Sachgebiet: BVerwGE: ja

Immissionsschutzrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

Richtlinie 2003/87/EG	Anhang III Nr. 3
GG	Art. 80 Abs. 1 Satz 2
ZuG 2007	§ 4 Abs. 4; § 5; § 7 Abs. 12; § 11; § 12; § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 und 2
ZuV 2007	§ 6

Stichworte:

Emissionshandel; Ziegelherstellung; prozessbedingte Emission; Verbrennung; Verbrennungsbegriff; Brennstoff; Rohstoff; Monitoring-Leitlinien; Emissionsminderungspotential; Erfüllungsfaktor; Emissionsbudget; anteilige Kürzung; Prognoseentscheidung; Kontrolldichte; Optionsanlage; Verordnungsvorschrift Nichtigkeit.

Leitsätze:

Der Begriff der Verbrennung in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 ist im naturwissenschaftlichen Sinn auszulegen.

Der Verordnungsgeber wird durch § 13 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2007 nicht zu einer eigenständigen Regelung des Verbrennungsbegriffs ermächtigt.

Zuteilungen an Optionsanlagen (§ 7 Abs. 12 i.V.m. § 11 ZuG 2007) sind nicht gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 anteilig zu kürzen.

Wendet die Behörde bei ihrer Ermittlung der für den Kürzungsfaktor relevanten Zuteilungsmenge eine Verordnungsregelung an, deren Nichtigkeit nachträglich festgestellt wird, kommt eine gerichtliche Korrektur des Kürzungsfaktors nicht in Betracht.

Urteil des 7. Senats vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 6.07

I. VG Berlin vom 17.11.2006 - Az.: VG 10 A 23.06 -

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 6.07
VG 10 A 23.06

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:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 17. November 2006 geändert.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 weitere 1 422 Berechtigungen zuzuteilen. Der Bescheid vom 17. Dezember 2004 und der Widerspruchsbescheid vom 20. Dezember 2005 werden aufgehoben, soweit sie dieser Verpflichtung entgegenstehen.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin acht Neuntel und die Beklagte ein Neuntel.

G r ü n d e :

I

1 Die Klägerin betreibt in Dülmen-Buldern seit 1995 ein Hintermauer-Ziegelwerk mit Tunnelofen zum Brennen keramischer Erzeugnisse. Bei der Produktion werden Tone und Zusätze zur Porosierung der Ziegel verwendet. Die Beteiligten streiten darum, ob die Emissionen aus dem Einsatz dieser Stoffe prozessbedingt sind. Die Klägerin beantragte für ihre Anlage die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) und dem Zuteilungsgesetz 2007 (ZuG 2007), wobei sie für eine Zuteilung nach Maßgabe der Regelung für zusätzliche Neuanlagen optierte (§ 7 Abs. 12 i.V.m. § 11 ZuG 2007).

2 Die Beklagte teilte durch den angefochtenen Bescheid für das Werk Dülmen-Buldern in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 insgesamt 101 388 Emissionsberechtigungen zu. Auf den Widerspruch der Klägerin wurde der Bescheid aufgehoben, soweit die Zuteilungsmenge 89 805 Emissionsberechtigungen überstieg: Die aus dem Einsatz von Porosierungsmitteln und den organischen Bestandteilen des Tonrohstoffs entstehenden Kohlendioxidemissionen beruhten auf einem Verbrennungsvorgang und seien deshalb nicht als prozessbedingte Emissionen einzustufen. Die der Klägerin zuteilbaren Berechtigungen seien anteilig zu kürzen, weil die Gesamtmenge der nach den Vorschriften des Zuteilungsgesetzes 2007 mit Ausnahme des § 11 ZuG 2007 zuzuteilenden Berechtigungen das Budget von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid jährlich überschreite (§ 4 Abs. 4 ZuG 2007).

3 Mit ihrer Klage beansprucht die Klägerin weitere 13 020 Emissionsberechtigungen. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Kohlendioxidemissionen aus der Verarbeitung von Ton sowie von Porosierungsmitteln wie Polystyrol, Holzspänen, Papierfangstoffen und Asche beruhten auf einer Verbrennung und seien damit nicht i.S.d. § 13 ZuG 2007 prozessbedingt. Dem Gesetz liege ein naturwissenschaftlicher Verbrennungsbegriff zugrunde. Eine Verbrennung in diesem Sinne finde nicht nur bei der chemischen Reaktion eines fossilen Energieträgers mit Sauerstoff statt. Mit der Anknüpfung an den naturwissenschaftlichen Verbrennungsbegriff habe der Gesetzgeber ein Kriterium zur Abgrenzung von energie- und prozessbedingten Emissionen normiert, das in typisierender Weise eine sachgerechte Unterscheidung ermögliche. Dem stehe europäisches Gemeinschaftsrecht nicht entgegen. Die Emissionshandelsrichtlinie vom 13. Oktober 2003 differenziere nicht zwischen energie- und prozessbedingten Emissionen. Die Vorgabe einer Übereinstimmung der Zuteilungsmenge mit dem Emissionsminderungspotential verlange nicht, dass bei jeder einzelnen Zuteilung das individuelle Emissionsminderungspotential der Anlage berücksichtigt werde. Aus der Bestimmung der prozessbedingten Kohlendioxidemissionen in § 6 der Zuteilungsverordnung 2007 (ZuV 2007) ergebe sich nichts anderes. § 6 Abs. 3 ZuV 2007 schreibe für die Roheisenproduktion im Hochofen eine Berechnungsmethode vor, die sich

aus den Besonderheiten des Produktionsprozesses rechtfertige und eine Einstufung energiebedingter Emissionen als prozessbedingt nicht erkennen lasse. Im Hochofenprozess liege der Schwerpunkt der chemischen Reaktion auf der Herauslösung des Sauerstoffs aus dem Eisenerz. Da eine solche Reduktionsreaktion bei der Ziegelproduktion nicht stattfinde, sei die Sonderregelung sachlich gerechtfertigt. Ähnliches gelte für die Stahlerzeugung im Oxygenstahlwerk, bei der sowohl prozess- als auch energiebedingte Emissionen entständen. Während die prozessbedingten Emissionen nach den Vorgaben des § 6 Abs. 4 ZuV 2007 zu ermitteln seien, würden die energiebedingten Emissionen nach § 5 ZuV 2007 bestimmt. Demgegenüber seien die Emissionen bei der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien ausschließlich energiebedingt. Dass sie nach den Vorgaben des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 gleichwohl als prozessbedingt behandelt würden, sei durch die gesetzliche Ermächtigung nicht gedeckt. Auf diese Regelung berufe sich die Klägerin ohne Erfolg, weil sie keine Gleichbehandlung im Unrecht verlangen könne. Die von der Beklagten vorgenommene anteilige Kürzung sei mit Gemeinschaftsrecht und mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar. Die hilfsweise gestellten, auf Feststellung einer Rechtsverletzung der Klägerin durch § 6 ZuV 2007 und eines Anspruchs auf Änderung dieser Vorschrift gerichteten Anträge seien unzulässig, weil das erforderliche Feststellungsinteresse fehle.

4 Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision, zu deren Begründung die Klägerin vorträgt: Das Urteil verletze § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007. Der Verbrennungsbegriff sei nicht im naturwissenschaftlichen Sinn auszulegen. Der Wortlaut ermögliche auch ein emissionshandelsrechtliches Verständnis, wie es sich aus der Anknüpfung des Gesetzgebers an die in den Monitoring-Leitlinien der Europäischen Kommission vom 29. Januar 2004 verwendete Abgrenzung zwischen energie- und prozessbedingten Emissionen und der Unterscheidung von Brennstoff und Rohstoff ergebe. Während Brennstoffe die erforderliche Energie für den Produktionsprozess lieferten, seien Rohstoffe wie fossiler organischer Kohlenstoff und Porosierungsmittel unabdingbarer Bestandteil des Produkts. Die durch den Einsatz von Rohstoffen verursachten Emissionen ließen sich regelmäßig nicht mindern, ohne das Produkt zu verändern oder die Produktion zu drosseln. Von energiebe-

dingten Emissionen sei daher nur bei Einsatz von Brennstoffen auszugehen, Emissionen aus der Verarbeitung von Rohstoffen seien prozessbedingt. Dem entspreche, dass die in § 6 ZuV 2007 genannten Emissionen aus der Roheisenproduktion im Hochofen, der Stahlerzeugung im Oxygenstahlwerk und der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien als prozessbedingt eingestuft würden, obwohl sie aus einer Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinn hervorgingen. Das Verwaltungsgericht habe ferner zu Unrecht die anteilige Kürzung für rechtmäßig gehalten. Schließlich hätte das Verwaltungsgericht den Hilfsanträgen stattgeben müssen.

5 Die Beklagte tritt der Revision entgegen. Das Verwaltungsgericht habe zu Recht angenommen, dass die Kohlendioxidemissionen aus dem Einsatz von Porosierungsmitteln und fossilen organischen Kohlenstoffen keine prozessbedingten Emissionen i.S.d. § 6 Abs. 1 ZuV 2007 seien, weil dieser Vorschrift der naturwissenschaftliche Verbrennungsbegriff zugrunde liege. Demgegenüber lasse § 13 Abs. 2 ZuG 2007 die Einstufung bestimmter Emissionen, die in den Monitoring-Leitlinien als Prozessemissionen bezeichnet würden, als prozessbedingte Emissionen auch dann zu, wenn von einer Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinn auszugehen sei. Die branchenbezogenen Sonderregeln des § 6 Abs. 2 bis 8 ZuV 2007 hielten sich deshalb im Rahmen der Ermächtigung. Mit Blick auf die prozessbedingten Emissionen sei der Verordnungsgeber nicht nur zur Konkretisierung der Berechnungsverfahren, sondern auch zur Konkretisierung der Berechnungsgrundlagen berechtigt. Die Entstehungsgeschichte des § 13 Abs. 2 ZuG 2007 lege zwar eine naturwissenschaftliche Auslegung des Verbrennungsbegriffs nahe. Sie deute aber zugleich darauf hin, dass aufgrund eines erweiterten Begriffsverständnisses im Sinne der Monitoring-Leitlinien punktuelle Erweiterungen im Verordnungswege hätten zugelassen werden sollen. Die Emissionen aus der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien seien bereits bei der Anpassung des Erfüllungsfaktors (§ 5 ZuG 2007) als prozessbedingt berücksichtigt worden. Das lege eine enge, am naturwissenschaftlichen Verbrennungsbegriff orientierte Auslegung unter Zulassung einzelner Ausnahmen nahe. Dem Zweck des § 13 ZuG 2007, prozessbedingte Emissionen wegen des typischerweise geringeren Minderungspotentials zu privilegieren, entspreche nicht nur der naturwissenschaft-

liche Verbrennungsbegriff, sondern auch eine branchenspezifische Differenzierung mit Rücksicht auf das wirtschaftliche Minderungspotential. Daraus ergebe sich eine Auslegung des § 6 ZuV 2007 in dem Sinne, dass dessen Absatz 1 als Generalklausel zu verstehen sei, während die folgenden Absätze die branchenspezifischen Ausnahmen regelten. Der Einsatz von Porosierungsmitteln und fossilen organischen Kohlenstoffen in Ziegeleien unterfalle hiernach dem § 6 Abs. 1 ZuV 2007. Die damit verbundene Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber Unternehmen der privilegierten Branchen sei nicht sachwidrig. Der dem Gesetzgeber bei begünstigenden Regelungen eingeräumte weite Gestaltungsspielraum sei schon mit Blick auf die unterschiedlichen Branchen, Wettbewerbsbedingungen und Emissionsvolumina gewahrt. Die hilfsweise gestellten Feststellungsanträge der Klägerin seien deshalb unbegründet. Die vom Verwaltungsgericht angenommene Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 entfalte keine Rechtskraft. Die anteilige Kürzung der Zuteilung von Berechtigungen an die Klägerin gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei nicht zu beanstanden.

II

6 Die Revision der Klägerin ist teilweise begründet. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die bei der Ziegelherstellung aus dem Einsatz der fossilen organischen Kohlenstoffe (TOC) und der Porosierungsmittel entstehenden Kohlendioxidemissionen nicht i.S.d. § 13 ZuG 2007 prozessbedingt seien, verletzt kein Bundesrecht (1). Revisionsrechtlich zu beanstanden ist seine Annahme, dass die gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 vorgenommene anteilige Kürzung der ihr zuzuteilenden Berechtigungen die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt (2). Im Ergebnis zu Recht hat das Verwaltungsgericht die von der Klägerin gestellten Hilfsanträge abgewiesen (3).

7 1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Anwendung der Zuteilungsregel für prozessbedingte Emissionen (§ 13 ZuG 2007). Die in Rede stehenden Kohlendioxidemissionen aus dem Einsatz fossiler organischer Kohlenstoffe und von Porosierungsmitteln im Ziegelwerk der Klägerin sind keine prozessbedingten Emissionen, für die nach dieser Vorschrift ein Erfüllungsfaktor von 1 festzusetzen und damit abweichend von § 5 ZuG 2007 eine bedarfsgerechte Zuteilung

von Berechtigungen vorzunehmen ist. Prozessbedingte Emissionen sind nach der Legaldefinition des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 alle Freisetzungen von Kohlendioxid in die Atmosphäre, bei denen das Kohlendioxid als Produkt einer chemischen Reaktion entsteht, die keine Verbrennung ist. Nicht prozessbedingt sind demgegenüber energiebedingte Emissionen, die mangels einer gesetzlichen Begriffsbestimmung alle übrigen Kohlendioxidemissionen erfassen, also solche, bei denen das Kohlendioxid durch eine als Verbrennung bezeichnete Reaktion eines Stoffes mit Sauerstoff oder einem anderen Oxidationsmittel entsteht. Den zwischen den Beteiligten umstrittenen Begriff der Verbrennung hat das Verwaltungsgericht zu Recht im naturwissenschaftlichen Verständnis ausgelegt. Für die von der Revision vertretene, gegenüber dem naturwissenschaftlichen Verständnis engere Auslegung in einem „emissionshandelsrechtlichen“ Sinn, wonach eine Verbrennung nur bei Verbrauch eines Brennstoffs zum Zweck der Energiegewinnung anzunehmen sein soll, bietet das Gesetz keine Anhaltspunkte.

8 a) Schon der Wortlaut des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 lässt erkennen, dass die gesetzliche Definition auf einem naturwissenschaftlichen Verständnis beruht. Das Gesetz knüpft mit den Tatbestandsmerkmalen eines Produkts und einer chemischen Reaktion an naturwissenschaftliche Begriffe an. Angesichts dessen liegt die Annahme fern, der Schlüsselbegriff der Verbrennung sei nicht im naturwissenschaftlichen Verständnis auszulegen. Hätte der Gesetzgeber ein vom naturwissenschaftlichen Begriff abweichendes Verständnis der Verbrennung gewollt, wäre zu erwarten gewesen, dass er diesen Begriff ausdrücklich definiert. Da das Gesetz keine spezifische Definition der Verbrennung enthält, lässt sich die naturwissenschaftliche Auslegung nicht durch ein mehr oder weniger interessengeleitetes Begriffsverständnis anderen Inhalts ersetzen.

9 b) Für ein abweichendes Verständnis des Verbrennungsbegriffs i.S.d. § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 unergiebig sind namentlich die von der Revision bemühten Monitoring-Leitlinien der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Januar 2004 (ABl EG Nr. L 59 S. 1). Richtig ist zwar, dass die Monitoring-Leitlinien von einem engeren Begriff der Verbrennung ausgehen, der nur die exotherme Reaktion eines „Brennstoffs“ mit Sauerstoff erfasst (Anhang I

Nr. 2 Buchst. e); dabei spricht viel für die Ansicht der Revision, dass die Monitoring-Leitlinien für den Begriff des Brennstoffs dessen Verwendung zur Energiegewinnung voraussetzen (so explizit Anhang I Nr. 2 Buchst. d). Entsprechend weiter gefasst ist die dort vorgenommene Definition von „Prozessemissionen“ als „Treibhausgasemissionen, bei denen es sich nicht um 'Emissionen aus der Verbrennung' handelt und die durch eine beabsichtigte bzw. unbeabsichtigte Reaktion zwischen Stoffen oder durch deren Umwandlung entstehen, u.a. durch die chemische oder elektrolytische Reduktion von Metallerzen, die thermische Zersetzung von Stoffen und die Produktion von Stoffen zur Verwendung als Produkt oder Ausgangsmaterial“ (Anhang I Nr. 2 Buchst. o). Folgerichtig werden deshalb in den tätigkeitsspezifischen Leitlinien für Anlagen zur Herstellung von keramischen Erzeugnissen die Kohlendioxidemissionen aus dem Eingangsstoff als Prozessemissionen bestimmt (Anhang X Nr. 2.1.2.1).

10 Die Monitoring-Leitlinien sind aber für die Auslegung des Verbrennungsbegriffs in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 nicht maßgeblich. Abgesehen davon, dass sie den Zielen einer Überwachung von Treibhausgasemissionen und der entsprechenden Berichterstattung durch die Anlagenbetreiber dienen und damit weder Vorgaben für die nationalen Zuteilungsregeln enthalten noch einen Bezug zum Grund der Privilegierung prozessbedingter Emissionen (vgl. Anhang III Nr. 3 der Emissionshandelsrichtlinie) erkennen lassen (Sundmacher, ZfU 2006, 235 <246> mit Fn. 24), hat der deutsche Gesetzgeber die einschlägigen Begriffsbestimmungen der Monitoring-Leitlinien nicht übernommen. Aus der Begründung des Gesetzentwurfs geht hervor, dass der Gesetzgeber die Abgrenzung der prozessbedingten von den energiebedingten Emissionen nur „auf Basis“ der Monitoring-Leitlinien regeln und damit deren Definitionen nicht wortgetreu oder inhaltsgleich in das Gesetz aufnehmen wollte (BTDrucks 15/2966 S. 24 zu § 13). Die Eigenständigkeit der nationalen Regelung wird dadurch bestätigt, dass sich der Bundesrat im Vermittlungsausschuss mit seinem Wunsch, dem § 13 Abs. 3 des Gesetzentwurfs zur „Klarstellung“ einen Satz 3 anzufügen, der eine Abgrenzung der prozessbedingten von anderen Emissionen nach Maßgabe der Monitoring-Leitlinien vorsah, nicht durchgesetzt hat (BTDrucks 15/3303, S. 4 Nr. 20). Das lässt sich nur dahin verstehen, dass der Begriff der Verbrennung in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 und damit die prozessbedingten Emissio-

nen abweichend von den Monitoring-Leitlinien definiert werden sollten, wie es der Sache nach bereits im Nationalen Allokationsplan vom 31. März 2004 vorgesehen war (S. 29: Gleichsetzung von Verbrennung und Oxidation; S. 44: „Präzisierung“ der prozessbedingten Emissionen „auf Basis“ der Monitoring-Leitlinien).

11 Gleiches gilt für die von der Klägerin ebenso wie von der Beklagten herangezogenen Empfehlungen des Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC-Guidelines). Diese differenzieren ebenso wie die Monitoring-Leitlinien, die auf den Kategorien der IPCC-Guidelines aufbauen und teilweise auf sie verweisen (Anhang I Nr. 12), zwischen Emissionen aus „fuel combustion“ und „industrial process“ (vgl. IPCC-Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, 2006, Volume 3, Section 1.2 und Box 1.1). Sie beruhen damit auf einer Abgrenzung, die von der Definition der prozessbedingten Emissionen in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 abweicht und deshalb für deren Auslegung unbeachtlich ist.

12 c) Der Befund, dass dem nationalen Recht abweichend von den Monitoring-Leitlinien der weite naturwissenschaftliche Verbrennungsbegriff zugrunde liegt, wird durch eine systematische Auslegung der beiden Regelwerke erhärtet. Sie ergibt, dass die differierenden Abgrenzungen von prozessbedingten und energiebedingten Emissionen auf verschiedenen Konzepten beruhen, die systemwidrig unterlaufen würden, wenn von einem übereinstimmenden Verbrennungsbegriff beider Regelwerke ausgegangen würde. Die Regelwerke verfolgen gleichermaßen das Ziel, die Emissionen der betroffenen Anlagenbetreiber lückenlos zu erfassen, verwirklichen es aber auf unterschiedliche Weise:

13 Der engen Definition der „Emissionen aus Verbrennung“ in den Monitoring-Leitlinien steht eine Begriffsbestimmung der „Prozessemissionen“ gegenüber, die gleichsam als Auffangbegriff immer dann eingreift, wenn keine Verwendung von Brennstoff zur Energiegewinnung vorliegt. Genau umgekehrt enthält § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 eine Definition der prozessbedingten Emissionen, während die energiebedingten Emissionen als legal nicht definierte Auffangkategorie fungieren. Schon diese Regelungstechnik des Gesetzes legt die Annahme nahe, dass der ausdrücklich bestimmte Begriff der prozessbedingten Emissio-

nen anders als der entsprechende Auffangbegriff der Monitoring-Leitlinien im Zweifel eng auszulegen ist.

14 Die Monitoring-Leitlinien gehen davon aus, dass Kohlendioxidemissionen nicht nur aus der exothermen Reaktion eines Brennstoffs mit Sauerstoff zum Zweck der Energieerzeugung oder aus dem eingesetzten Rohstoff, sondern auch aus sonstigen Stoffen entstehen können. Demgemäß erfassen „Emissionen aus Verbrennung“ und „Prozessemissionen“ neben solchen aus Brennstoffen und Rohstoffen auch Emissionen aus anderen Stoffen wie Zusatzstoffen (Anhang X Nr. 2) oder Nebenprodukten (Anhang III Nr. 2.1.3, 1). Übereinstimmend hiermit ist bei den Prozessemissionen (Anhang I Nr. 2 Buchst. o) ganz allgemein von „Stoffen“ die Rede, die thermisch zersetzt oder zur Verwendung als Produkt oder Ausgangsmaterial hergestellt werden. Die weite Formulierung des Substrats von Emissionen ist die zwangsläufige Folge des engen Brennstoffbegriffs der Monitoring-Leitlinien, da nur auf diese Weise die relevanten Emissionen vollständig erfasst werden können. Das wird deutlich am Beispiel der Emissionen aus der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien. Der einschlägige Stoff (Koks) wird hier nicht wie bei anderen Verbrennungsvorgängen als Brennstoff zur Energiegewinnung eingesetzt, sondern zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit des Katalysators als „Störstoff“ verbrannt (vgl. Römpp-Lexikon Chemie, hrsg. von Falbe/Regitz, 10. Aufl. 1997, Stichwort „Kracken“). Da der zu verbrennende Koks auch nicht als Rohstoff in das Produkt des industriellen Prozesses eingeht, ist er ein sonstiger Stoff, aus dessen Verbrennung relevante Emissionen entstehen, die durch die Monitoring-Leitlinien von dem konsequenterweise weiten Begriff der „Prozessemissionen“ erfasst werden (Anhang I Nr. 2 Buchst. o).

15 Im Gegensatz hierzu kennen das Zuteilungsgesetz 2007 und das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) nur Emissionen, die entweder aus Brennstoffen oder aus Rohstoffen entstehen (vgl. Anhang 2 Teil I zu § 5 Abs. 1 TEHG; § 8 Abs. 2 Nr. 2, § 11 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 ZuG 2007). Emissionen aus Zusatzstoffen, Nebenprodukten oder Störstoffen sind in diesen Vorschriften nicht geregelt. Da auch der deutsche Gesetzgeber alle relevanten Emissionen erfassen muss, sind diese notwendigerweise anders als nach den Monitoring-

Leitlinien zuzuordnen. Das zwingt zu dem Schluss, dass der enge Begriff der energiebedingten Emissionen in den Monitoring-Leitlinien nicht der deutschen Rechtslage entsprechen kann. Dem deutschen Recht liegt vielmehr ein weiter Begriff des Brennstoffs und der Verbrennung zugrunde. Dieser setzt eine Verwendung zur Energieerzeugung nicht voraus, weil relevante Emissionen andernfalls nicht den jeweiligen Kategorien zugeordnet werden könnten. Hierfür stehen beispielhaft die Emissionen aus der Verbrennung überschüssiger, nicht nutzbarer, diskontinuierlich anfallender Gase und Dämpfe mit offener Flamme (Abfackelung), die offenkundig weder der Energiegewinnung noch der Herstellung eines Produkts aus Rohstoffen dient.

16 d) Dem naturwissenschaftlichen Verständnis des Verbrennungsbegriffs gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 stehen weder der Gesetzeszweck noch der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) oder gemeinschaftsrechtliche Vorgaben entgegen. Die durch den hierfür maßgeblichen Erfüllungsfaktor 1 privilegierte Zuteilung an Anlagen mit prozessbedingten Emissionen (§ 13 Abs. 1 ZuG 2007) trägt dem Umstand Rechnung, dass sich prozessbedingte Emissionen typischerweise nicht oder nicht ohne weiteres durch technische Maßnahmen verringern lassen (vgl. Marr, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Bd. II, § 13 ZuG 2007 Rn. 1; Sundmacher, a.a.O., S. 236). Die Privilegierung für Anlagen mit Kohlendioxidemissionen zu versagen, die aus einer Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinn entstehen, ist mit dem Regelungszweck vereinbar. Der Gesetzgeber ist in pauschalierender Weise davon ausgegangen, dass sich Kohlendioxidemissionen aus Reaktionen, denen keine Verbrennung zugrunde liegt, regelmäßig nicht oder jedenfalls schwerer vermeiden oder verringern lassen, als dies bei Kohlendioxidemissionen aus Verbrennungsreaktionen der Fall ist.

17 Selbst wenn diese Einschätzung des Gesetzgebers aus technischer Sicht nicht zweifelsfrei sein sollte, wäre die Regelung nicht zu beanstanden. Das gilt auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz. Bei der Ausgestaltung der Zuteilungsregeln, die eine Bevorzugung oder auch Benachteiligung bestimmter Anlagengruppen einschließt, verfügt der Gesetzgeber entsprechend der Neuartigkeit und Komplexität des Regelungsbereichs über einen weiten Gestaltungsspiel-

raum. Dieser wird erst dann überschritten, wenn sich eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sachbereichsbezogen nicht mehr auf einen vernünftigen oder einleuchtenden Grund zurückführen lässt (BVerfGE 78, 249 <288>). Davon kann hier keine Rede sein. Emissionen aus Verbrennungen im naturwissenschaftlichen Sinn sind eine wesentliche Quelle des klimaschädlichen Treibhauseffekts. Es ist deshalb nicht willkürlich, dass der Gesetzgeber solche Emissionen von der Privilegierung gemäß § 13 Abs. 1 ZuG 2007 generell ausschließt, selbst wenn sie im Ausnahmefall gleichfalls nicht ohne weiteres vermieden oder verringert werden können. Auch in einem solchen Ausnahmefall wird der Betreiber durch die Versagung der Privilegierung nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, da nach der Grundidee des Emissionshandels der Zukauf von Berechtigungen zum Marktpreis der Unterlassung einer Emissionsreduktion funktional adäquat ist und die Anlage damit auch ohne Emissionsminderung, allerdings unter höheren Kosten, weiterbetrieben werden kann.

18 Zu keinem anderen Ergebnis führt die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, dass die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen mit dem Emissionsminderungspotential der vom Emissionshandelssystem erfassten Tätigkeiten in Einklang stehen muss (Anhang III Nr. 3 der Emissionshandelsrichtlinie). Abgesehen davon, dass diese Vorgabe eher auf eine effiziente Emissionsminderung denn auf eine Erweiterung des Kreises der privilegierten Anlagen zielt, betrifft sie nicht das konkrete Emissionsminderungspotential der einzelnen Anlagen, sondern die Gesamtmenge der Zuteilungen in den Mitgliedstaaten. Bei der Bemessung der Gesamtmenge muss das Emissionsminderungspotential der dem System unterfallenden Tätigkeiten in ihrer Gesamtheit berücksichtigt werden. Zu der Frage, ob und in welchem Umfang die Emissionen einzelner Anlagen bei den Zuteilungen privilegiert werden dürfen oder müssen, sagt die Vorgabe nichts aus (s. auch die Hinweise der EU-Kommission zur Anwendung der in Anhang III genannten Kriterien vom 7. Januar 2004, Rn. 26 ff.).

19 e) Der in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 geregelte Begriff der Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinn lässt sich auch nicht mit den von der Beklagten - mit Blick auf andere Fallkonstellationen - angeführten Gründen in Frage stellen. Die Beklagte meint, der Gesetzgeber habe punktuelle Ausnahmen von die-

sem Verbrennungsbegriff dadurch in seinen Willen aufgenommen, dass im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens von sachverständiger Seite eine Erweiterung der Verordnungsermächtigung des § 13 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2007 gefordert worden sei, um in Einzelfällen auch solche Emissionen als prozessbedingt einstufen zu können, die nach naturwissenschaftlichem Verständnis aus einer Verbrennungsreaktion hervorgegangen sind. Abgesehen davon, dass sich aus sachverständigen Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren nicht auf einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers schließen lässt, ergibt das Vorbringen der Beklagten das Gegenteil der von ihr vertretenen Auffassung. Der Gesetzgeber hat trotz der sachverständigen Äußerung von einer Erweiterung der Verordnungsermächtigung abgesehen. Das ist angesichts der Tatsache, dass die Verordnungsermächtigung auf die Bestimmung der Einzelheiten für die Berechnung prozessbedingter Emissionen beschränkt ist, als Ablehnung einzelner Ausnahmen vom Verbrennungsbegriff gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 zu verstehen.

20 Nichts anderes ergibt sich aus dem Hinweis der Beklagten auf die im Gesetzgebungsverfahren vorgenommene Anpassung des Erfüllungsfaktors (§ 5 ZuG 2007). Die Beklagte folgert daraus, dass der Gesetzgeber damit seinen Willen zum Ausdruck gebracht habe, den Verordnungsgeber zur Privilegierung weiterer, von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 nicht erfasster Emissionen zu ermächtigen. Sie übersieht dabei, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung im Gesetz bestimmt werden müssen (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Diesen Anforderungen genügt es nicht, wenn der Gesetzgeber außerhalb der Ermächtigungsgrundlage eine Regelung trifft, die nicht erkennen lässt, dass die Ermächtigung damit erweitert werden soll. Die Herabsetzung des Erfüllungsfaktors, der ein Instrument zur Erreichung des nationalen Emissionsziels darstellt, kann auf mannigfachen Gründen beruhen. Wie der Erfüllungsfaktor zu berechnen ist, ist im Gesetz nicht geregelt. Er ist selbst nach dem Vorbringen der Beklagten, die die Anpassung des Erfüllungsfaktors auf die Anerkennung bestimmter Emissionen in der Mineralölindustrie als prozessbedingt zurückführt, nicht in dem hiernach erforderlichen Ausmaß verringert worden. Angesichts dessen ist die Anpassung des Erfüllungsfaktors nicht geeignet, die Verordnungsermächtigung über die Bestimmung der Einzel-

heiten für die Berechnung prozessbedingter Emissionen hinaus zu einer von der Ermächtigungsgrundlage abweichenden Bestimmung der Grundlagen der Berechnung zu erweitern.

21 Infolgedessen muss es sein Bewenden dabei haben, dass der Verbrennungsbegriff gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 ausnahmslos im naturwissenschaftlichen Sinn zu verstehen ist und damit keine Kohlendioxidemissionen erfasst, die durch eine Verbrennungsreaktion entstehen.

22 2. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Regelung über die anteilige Kürzung von Zuteilungen zur Einhaltung des Emissionsbudgets (§ 4 Abs. 4 ZuG 2007) weder gegen Gemeinschaftsrecht noch gegen Verfassungsrecht verstößt. Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 - im Einzelnen dargelegt, aus welchen Gründen die Regelung über die anteilige Kürzung mit Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht vereinbar ist; auf diese Gründe, die den Beteiligten bekannt sind, kann deshalb verwiesen werden. Bundesrechtswidrig ist die Anwendung der Kürzungsregelung durch die Beklagte auf die Anlage der Klägerin, soweit die ihr zuzuteilenden Berechtigungen für energiebedingte Emissionen gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 anteilig gekürzt wurden (a). Im Übrigen ist die Anwendung der Kürzungsregelung nicht zu beanstanden (b).

23 a) Die Zuteilung an Optionsanlagen unterliegt, wie der Senat in seinem Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 29.07 - im Einzelnen ausgeführt hat, nicht der anteiligen Kürzung i.S.d. § 4 Abs. 4 ZuG 2007. Nach dieser Bestimmung werden die nach den Vorschriften des Zuteilungsgesetzes 2007 mit Ausnahme von dessen § 11 vorgenommenen Zuteilungen an Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterliegen, anteilig gekürzt, soweit die Gesamtmenge der nach den genannten Vorschriften zuzuteilenden Berechtigungen den Gegenwert von jährlich 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid (Emissionsbudget) übersteigt.

24 Schon der Wortlaut der Regelung lässt erkennen, dass sich die Anwendung des Erfüllungsfaktors nach der jeweils maßgeblichen Zuteilungsregel richtet und damit zuteilungsakzessorisch ist. Der Optierer macht von der Zuteilungsregel

nach § 11 ZuG 2007 Gebrauch. Bei dieser Zuteilungsregel findet ein Erfüllungsfaktor keine Anwendung (§ 11 Abs. 1 Satz 3 ZuG 2007). Dass dies auch für den Optierer gilt, geht aus § 7 Abs. 12 Satz 1 ZuG 2007 hervor. Diese Vorschrift verweist ohne Einschränkung auf die Zuteilungsregel für Neuanlagen. Sie ist deshalb als Rechtsfolgenverweisung zu verstehen, die eine Anwendung des Erfüllungsfaktors ebenso wie bei Neuanlagen ausschließt. Das wird durch die gesetzessystematische Auslegung bestätigt. Nach § 7 Abs. 10 ZuG 2007 kann ein Betreiber bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen für eine Bestandsanlage die Zuteilung unter entsprechender Anwendung des § 8 ZuG 2007 beantragen und damit die Zuteilungsregel für neuere Bestandsanlagen wählen. Nach dieser Zuteilungsregel findet ein Erfüllungsfaktor für einen bestimmten Zeitraum keine Anwendung (§ 8 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007). Für Betreiber, die eine Zuteilung entsprechend § 8 ZuG 2007 beantragen, ordnet das Gesetz ausdrücklich an, dass die Anwendung eines Erfüllungsfaktors unberührt bleibt (§ 7 Abs. 10 Satz 2 ZuG 2007). In Fällen dieser Art ist folglich die Zuteilung anteilig zu kürzen. Demgegenüber bestimmt § 7 Abs. 12 Satz 1 ZuG 2007 keine derart eingeschränkte Verweisung. Das kann nur dahin verstanden werden, dass auf Optionsanlagen kein Erfüllungsfaktor anzuwenden ist. Damit fehlt es bei diesen Anlagen an der Voraussetzung für eine anteilige Kürzung. Die Nichtanwendung eines Erfüllungsfaktors auf Optionsanlagen widerspricht nicht dem Zweck des Gesetzes, die Zuteilung für diese Anlagen nach den Regeln für Neuanlagen vorzunehmen, wenn sie die für Neuanlagen geltenden Voraussetzungen erfüllen. Dagegen widerspricht es dem Zweck der Wahlmöglichkeit, auch die ersichtlich auf Neuanlagen beschränkte Investitionsschutzregelung des § 11 Abs. 1 Satz 6 ZuG 2007 auf Optionsanlagen anzuwenden. Eine Anwendung dieser Regelung hätte zur Folge, dass Betreiber von Bestandsanlagen, deren Inbetriebnahme mehr als 14 Jahre zurückliegt, von der Ausübung des Wahlrechts ausgeschlossen wären. Eine solche Folge wäre unvereinbar mit dem Zweck, den Optierern ein Wahlrecht einzuräumen.

25 Bei richtiger Anwendung der Zuteilungsregel ohne anteilige Kürzung ergibt sich ein Anspruch der Klägerin auf weitere 1 422 Berechtigungen. Von den der Klägerin zugeteilten Berechtigungen entfallen nach der unwidersprochenen Darstellung im Widerspruchsbescheid auf energiebedingte Emissionen 29 373 Be-

rechtigungen, die ohne anteilige Kürzung auf 30 796 Berechtigungen hätten festgesetzt werden müssen. Zusammen mit den für prozessbedingte Emissionen zugeteilten 60 431 Berechtigungen kann die Klägerin demgemäß 91 227 Berechtigungen verlangen, während ihr durch den angefochtenen Bescheid nur 89 805 Berechtigungen zugeteilt wurden.

26 b) Im Übrigen lässt die Anwendung der Kürzungsregelung durch die Beklagte keine beachtlichen Rechtsfehler zu Lasten der Klägerin erkennen. Dabei ist davon auszugehen, dass die für den Kürzungsfaktor maßgebliche Prognoseentscheidung über die Zuteilungsmenge gerichtlich nur darauf zu überprüfen ist, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt hat (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07). Dass die Zuteilung an die Klägerin auf solchen Rechtsfehlern beruht, ergibt das Revisionsvorbringen nicht. Die Rüge, die Beklagte habe Optierern zu Unrecht die Möglichkeit einer Kombination mit einer Zuteilung nach den Regeln für frühzeitige Emissionsminderungen (§ 12 ZuG 2007) eingeräumt und damit eine anteilige Kürzung ausgeschlossen, führt zu einem Rechtsfehler zu Lasten der Klägerin schon deshalb nicht, weil die Zuteilungen für Optionsanlagen, wie dargelegt, auch ohne die Kombination mit der Zuteilungsregel des § 12 ZuG 2007 richtigerweise nicht der anteiligen Kürzung unterliegen.

27 Die Klägerin ist auch nicht dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Beklagte zu Unrecht von der Gültigkeit der Regelung über die Bestimmung prozessbedingter Emissionen bei der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien (§ 6 Abs. 6 ZuV 2007) ausgegangen ist. Da die bei diesen Prozessen entstehenden Kohlendioxidemissionen ausschließlich das Produkt einer Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinn und damit energiebedingt sind, sind die entsprechenden Zuteilungen rechtswidrig, soweit die Emissionen als prozessbedingt privilegiert wurden. Die Annahme der Beklagten, der Verordnungsgeber sei zu einer solchen branchenbezogenen Privilegierung ermächtigt, ist, wie bereits erwähnt, unzutreffend. Bei rechtmäßiger Zuteilung an die betroffenen Anlagen der Erdöl verarbeitenden Industrie wäre daher der Kürzungsfaktor für die Klägerin und alle übrigen Optierer günstiger gewe-

sen, weil sich die Zahl der dem Erfüllungsfaktor unterliegenden Anlagen vergrößert hätte.

28 Gleichwohl kann die Prognoseentscheidung der Beklagten gerichtlich nicht beanstandet werden. Der Rechtsfehler betrifft zwar nicht einzelne Fehlzuteilungen, die nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge und des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktor führen, sondern eine generell unzutreffende Anwendung der Zuteilungsregel des § 13 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2007, die bei der Überprüfung der Prognoseentscheidung grundsätzlich beachtlich ist (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07). Der Beklagten kann aber nicht entgegengehalten werden, dass sie im Rahmen ihrer Prognose über die i.S.d. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 voraussichtlich zuzuteilenden Berechtigungen von der Gültigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 ausgegangen ist. Die Nichtigkeit dieser Vorschrift war für die Beklagte nicht offensichtlich, sondern wurde erst im Nachhinein gerichtlich festgestellt. Die Anwendung der Vorschrift im Rahmen der behördlichen Prognose bewirkte deshalb keinen beachtlichen Mangel bei der Ermittlung des Kürzungsfaktors.

29 3. Die Hilfsanträge der Klägerin bleiben ohne Erfolg. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung des Zuteilungsantrags scheidet schon deswegen aus, weil die Klägerin über die durch dieses Urteil zuerkannten Zuteilungen hinaus weitere Berechtigungen nicht beanspruchen kann. Der Feststellungsantrag, mit dem die Klägerin eine Verletzung in ihren Rechten durch die Regelungen des § 6 ZuV 2007 festgestellt wissen möchte, ist mangels Feststellungsinteresse unzulässig. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat, ist allein die Vorschrift des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 wegen Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage nichtig. Indes kann die Klägerin keine Gleichbehandlung mit der durch diese Vorschrift zu Unrecht privilegierten Vergleichsgruppe beanspruchen. Ebenso wenig führt die Nichtigkeit der Vorschrift, wie gezeigt, zu einer Neuberechnung des Kürzungsfaktors für die laufende Zuteilungsperiode. Für eine Feststellung der Nichtigkeit der Vorschrift mit Blick auf die künftige Zuteilungsperiode fehlt das Feststellungsinteresse deshalb, weil eine Privilegierung prozessbedingter Emissionen in das Zuteilungsgesetz 2012 nicht übernommen wurde. Der weitere Feststellungsantrag, mit dem die Klägerin festgestellt wis-

sen möchte, dass ihr Recht auf Gleichbehandlung eine entsprechende Änderung der Zuteilungsverordnung 2007 gebiete, muss schon deshalb erfolglos bleiben, weil der geltend gemachte Normänderungsanspruch nicht besteht. Es ist Sache des Normgebers zu entscheiden, ob er künftig von einer Privilegierung der von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 betroffenen Anlagen der Erdöl verarbeitenden Industrie absieht oder ob durch eine Änderung des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 auch die bei der Ziegelherstellung entstehenden Emissionen aus dem Einsatz fossiler organischer Kohlenstoffe und von Porosierungsmitteln als prozessbedingt privilegiert werden.

30 Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Sailer Herbert Krauß

Neumann Guttenberger