



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 23.11
VG 10 K 287.10

Verkündet
am 14. März 2013
Hänig
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Nolte,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Philipp,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Guttenberger,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 25. Mai 2011 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin begehrt die Zuteilung weiterer Emissionsberechtigungen für die Bestandskapazität ihrer im Jahr 2005 erweiterten Anlage.
- 2 Sie betreibt in E. einen Drehrohrofen zur Herstellung von Zementklinker mit vier Zyklonen. Mit Bescheid vom 14. Dezember 2006 genehmigte die Bezirksregierung A. eine Kapazitätserweiterung von 1 700 auf 2 100 t Klinker pro Tag. Die Kapazitätserweiterung war am 14. März 2005 in Betrieb genommen worden. Die Anlage produzierte in den Jahren 2005 bis 2006 durchschnittlich 10,8 % mehr Klinker pro Jahr als in den Jahren 2000 bis 2004.
- 3 Mit Bescheid vom 22. Februar 2008 teilte die Beklagte der Klägerin gemäß § 8 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012 2 260 380 Emissionsberechtigungen zu. Bei der Berechnung der auf den Bestandsanlagenteil entfallenden Zuteilung nach § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 bestimmte sie die der Kapazitätserweiterung zuzurechnende Emissionsmenge nach dem Standardauslastungsfaktor gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012. Den weitergehenden Antrag, für die Bestandskapazi-

tät der Anlage Emissionsberechtigungen nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 zuzuteilen, hilfsweise von einem Abzug nach § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 abzusehen, weil die Erweiterung im Jahr 2005 nicht genutzt worden sei, lehnte sie ab.

- 4 Das Verwaltungsgericht wies die nach erfolglosem Widerspruch erhobene Klage ab. Zur Begründung führte es aus: Eine Zuteilung für die Bestandskapazität nach § 12 ZuG 2012 anstelle von § 6 Abs. 1 ZuG 2012 könne die Klägerin nicht verlangen. Ihre Anlage sei zwar sowohl im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 als auch des § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 eine „Anlage nach § 6“, allerdings eine solche, bei der zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 eine Kapazitätserweiterung in Betrieb genommen worden sei. Auf eine derartige Anlage finde die speziellere Regelung des § 8 Abs. 2 ZuG 2012 Anwendung, und zwar nach deren klarem Wortlaut und dem erklärten Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der „gesamten Anlage“. Auf § 12 ZuG 2012 verwiesen § 8 Abs. 2 Satz 3 oder 4 ZuG 2012 nicht. § 12 Abs. 1 ZuG 2012 setze voraus, dass in der Referenzperiode „durch die Gesamtheit der von demselben Unternehmen betriebenen ... Anlagen“ mindestens 10 % mehr produziert werde, nicht dass dies durch die Bestandskapazität einer Anlage nach §§ 6 oder 7 ZuG 2012 geschah. Eine Differenzierung zwischen einer Mehrproduktion durch die Bestandskapazität oder durch die Kapazitätserweiterung könne auch nicht dadurch konstruiert werden, dass lediglich die Bestandskapazität einer erweiterten Anlage als „Gesamtheit der Anlagen“ behandelt werde. Die von der Klägerin gerügten Verstöße gegen Art. 3 Abs. 1 GG lägen nicht vor. Ihr sei zwar einzuräumen, dass bei einer Kapazitätserweiterung nach dem 31. Dezember 2007 gemäß § 9 Abs. 5 ZuG 2012 eine kumulative Zuteilung nach § 12 ZuG 2012 für die Bestandsanlage neben einer Zuteilung für die Kapazitätserweiterung möglich sei. In einem solchen Fall liege jedoch hinsichtlich der Bestandskapazität bereits eine Zuteilungsentscheidung vor, auf die sich der Anlagenbetreiber habe einrichten können; außerdem könne ausgeschlossen werden, dass die Mehrproduktion in den Jahren 2005 und 2006 auf der Kapazitätserweiterung beruhe. Auch die Ungleichbehandlung von in ihrer Kapazität erweiterten Anlagen, deren Bestandskapazität in der Basisperiode ausgelastet war, gegenüber solchen, bei denen dies nicht der Fall war, sei gerechtfertigt. Zwar sei denkbar, dass letztere faktisch die für die Erweiterung eingeräumte Mehrzuteilung wegen fehlender

Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 für eine stärkere Auslastung der Bestandskapazität einsetzen müssten; für den Regelfall sei jedoch davon auszugehen, dass eine Anlage, die in der Basisperiode nicht voll ausgelastet war, eine Erweiterung entweder nicht vornehmen oder die Erweiterung nicht in dem Maße ausnutzen müsse, wie dies bei einer in der Basisperiode voll ausgelasteten Anlage zu erwarten sei.

- 5 Die Beklagte habe der Zuteilung für die Bestandskapazität auch nicht statt des Standardauslastungsfaktors die tatsächliche Produktionsmenge der Kapazitätserweiterung in der Basisperiode zugrunde legen und, weil die Kapazitätserweiterung im gesamten Jahr 2005 nicht genutzt worden sei, von einer Anrechnung absehen müssen. Das Erfordernis der „anteiligen“ Anrechnung beziehe sich auf den Zeitraum von der Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung bis zum Ende der Basisperiode, nicht auf den anteiligen Produktionsumfang der Kapazitätserweiterung. Die Ungleichbehandlung gegenüber Kapazitätserweiterungen, die nach dem 31. Dezember 2005 in Betrieb genommen wurden, sei gerechtfertigt. Derartige Erweiterungen könnten auf die in der Basisperiode verursachten Emissionen keinen Einfluss mehr gehabt haben. Eine ex-post-Korrektur für den Fall einer hinter dem Standardauslastungsfaktor zurückbleibenden Auslastung der Erweiterung habe der Gesetzgeber nicht vornehmen müssen.
- 6 Die Klägerin hat die vom Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision eingelegt. Sie rügt eine Verletzung von § 9 Abs. 1 TEHG 2004 i.V.m. § 12 Abs. 1 und § 8 Abs. 2 ZuG 2012 und macht zur Begründung geltend: Die Bestandskapazität ihrer Anlage sei eine „Anlage nach § 6“ im Sinne von § 12 Abs. 1 ZuG 2012. Die Vorschrift verweise mit dieser Bezeichnung auf die Zuteilungsregel, an deren Stelle die Härtefallregelung zur Anwendung kommen solle. Der Gesetzgeber ordne ausdrücklich an, dass Industrieanlagen, für die § 8 Abs. 2 ZuG 2012 einschlägig sei, bezogen auf die Bestandskapazität auch Anlagen „nach § 6“ ZuG 2012 seien. § 12 Abs. 1 ZuG 2012 verlange, dass die Mehrproduktion durch die Anlage nach § 6 ZuG 2012, also die Bestandsanlage, erzielt werde. Dass § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 bei Anwendung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 nicht zur Anwendung komme, sei folgerichtig. Die Anrechnungsnorm solle verhindern, dass Emissionen einer während der Basisperiode betriebenen Kapazi-

tätserweiterung der Bestandskapazität zugerechnet werden und zu einer „Doppelallokation“ führen. Bei Anwendung des § 12 ZuG 2012 sei eine solche gesetzessystematisch ausgeschlossen. Für die Zuteilung komme es nicht auf die Emissionen, sondern auf die tatsächlichen Produktionsmengen der Anlage nach § 6 ZuG 2012 in den Jahren 2005 und 2006 an. Hierüber müsse der Anlagenbetreiber im Zuteilungsantrag verifizierte Angaben machen. Für die Erweiterungskapazität lägen ebenfalls verifizierte Produktmengenangaben vor; diese seien für die ex-post-Kontrolle nach § 8 Abs. 3 ZuG 2007 erhoben worden. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks 16/5240 S. 30) verfolge § 12 ZuG 2012 den Zweck, bei Anlagenbetreibern im mittelständischen Bereich Härten durch Unterauslastungen in der Basisperiode auszugleichen. Dieser Gedanke greife auch bei einer Kapazitätserweiterung. Anders als § 7 Abs. 10 und 11 ZuG 2007 mache § 12 ZuG 2012 die Zuteilung nicht von einer „besonderen Härte“ oder „erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen“ abhängig. Der faktische Zwang zum Einsatz der Zuteilung für die Kapazitätserweiterung zum Ausgleich der erheblichen Unterauslastung der Bestandskapazität in der Basisperiode stelle zudem eine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung dar. Warum eine Anlage mit einer in den Jahren 2003 bis 2007 vorgenommenen Erweiterung erheblich schlechter mit Emissionsberechtigungen ausgestattet sein solle als eine Anlage mit einer Kapazitätserweiterung danach, sei nicht ersichtlich. Für die Regelannahme des Verwaltungsgerichts, dass bei nicht ausgelasteter Bestandskapazität in der Basisperiode entweder eine Erweiterung nicht erforderlich sei oder diese nicht in dem Maße wie bei einer voll ausgelasteten Anlage genutzt werde, fehle jegliche empirische Abstützung. Im Übrigen mache das ZuG 2012 die Zuteilung für eine Kapazitätserweiterung nicht von der Auslastung der Bestandskapazität abhängig.

- 7 Das Urteil beruhe zudem auf einer fehlerhaften Anwendung des § 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012. Das Wort „anteilig“ sei auf die Auslastung der Kapazitätserweiterung zu beziehen, nicht auf den Zeitraum ihres Betriebs; anderenfalls habe es keine eigenständige Bedeutung. Für die Ermittlung der in der Vergangenheit erfolgten Emissionen bedürfe es eines Standardauslastungsfaktors nicht; er sei der Zuteilung auf Basis historischer Emissionsmengen systematisch fremd. Bei Anlagen, deren Kapazitätserweiterung nach der Basisperio-

de in Betrieb gegangen seien, erfolge keine Anrechnung; das sei mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

8 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Mai 2011 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 22. Februar 2008 und des Widerspruchsbescheides vom 25. Juni 2010 zu verpflichten, der Klägerin zusätzlich zu der bereits erfolgten Zuteilung weitere 325 000 Berechtigungen kostenlos zuzuteilen.

9 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

10 Sie verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

11 Die zulässige Revision ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage ohne Verstoß gegen revisibles Recht abgewiesen. Die Klägerin hat weder nach § 9 Abs. 1 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) a.F. i.V.m. § 12 Abs. 1 Zuteilungsgesetz (ZuG) 2012 (1.) noch nach § 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012 (2.) einen Anspruch auf Zuteilung weiterer Emissionsberechtigungen für die Bestandskapazität ihrer erweiterten Anlage.

12 1. Die Zuteilung von Emissionsberechtigungen für bestehende Industrieanlagen, deren Kapazität - wie hier - im Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis 31. Dezember 2007 erweitert worden ist, richtet sich nach § 8 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012. Danach werden auf Antrag Berechtigungen für die gesamte Anlage nach Maßgabe der Sätze 2 bis 4 zugeteilt. Nach Satz 2 der Vorschrift findet bei der Berechnung der Zuteilungsmenge für die Kapazitätserweiterung Absatz 1 entsprechende Anwendung. Nach dessen Satz 1 werden Berechtigungen in einer Anzahl zugeteilt, die dem rechnerischen Produkt aus der Kapazität der Anlage,

dem für sie maßgebenden Standardauslastungsfaktor, dem Emissionswert je erzeugter Produkteinheit und der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 entspricht. Für die Anlage im Übrigen werden nach § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 bei einer Anlage nach § 6 zusätzlich Berechtigungen nach § 6 Abs. 1 ZuG 2012 zugeteilt; dabei sind bei einer Kapazitätserweiterung zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2005, also während der Basisperiode (§ 6 Abs. 2 ZuG 2012), zur Ermittlung der durchschnittlichen jährlichen CO₂-Emissionen der Anlage in der Basisperiode die der Kapazitätserweiterung im Zeitraum von der Inbetriebnahme bis zum Ende der Basisperiode nach Maßgabe von § 8 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2012 anteilig zuzurechnende Emissionsmenge (Nr. 1) sowie die CO₂-Emissionen, die durch die Kapazitätserweiterung bis zu deren Inbetriebnahme entstanden sind (Nr. 2), abzuziehen.

- 13 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht angenommen, dass diese Regelung des Zuteilungsanspruchs abschließend ist. § 12 ZuG 2012 findet neben § 8 Abs. 2 ZuG 2012 keine Anwendung.
- 14 a) Gemäß § 12 Abs. 1 ZuG 2012 wird, wenn durch die Gesamtheit der von demselben Unternehmen betriebenen und nach Maßgabe des Anhangs 2 vergleichbaren Anlagen nach den §§ 6 oder 7 ZuG 2012 im Durchschnitt der Kalenderjahre 2005 und 2006 mindestens 10 % mehr produziert wird als im Durchschnitt der Kalenderjahre 2000 bis 2004, auf Antrag für jede dieser Anlagen abweichend von den §§ 6 oder 7 ZuG 2012 eine Anzahl an Berechtigungen zugeteilt, die dem rechnerischen Produkt aus der durchschnittlichen jährlichen Produktionsmenge der Anlage in den Kalenderjahren 2005 und 2006, dem für eine entsprechende Neuanlage nach § 9 Abs. 2 bis 4 ZuG 2012 geltenden Emissionswert je erzeugter Produkteinheit und der Anzahl der Kalenderjahre in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 entspricht.
- 15 Das vor dem 1. Januar 2003 in Betrieb genommene Zementklinkerwerk der Klägerin ist eine Anlage nach Anhang 1 Ziffer X des TEHG a.F. und damit eine Anlage nach § 6 ZuG 2012, allerdings - worauf das Verwaltungsgericht zu Recht hingewiesen hat - eine solche, bei der zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 eine Kapazitätserweiterung in Betrieb genommen

wurde. In § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 bezeichnet das Gesetz auch solche kapazitätserweiterten Anlagen als „Anlage nach § 6“, unterscheidet allerdings für die Zuteilung zwischen der Kapazitätserweiterung und der „Anlage im Übrigen“, also der Bestandskapazität. § 12 Abs. 1 ZuG 2012 nimmt eine solche Unterscheidung nicht vor. Das spricht dagegen, wie von der Klägerin gefordert auch die Bestandskapazität einer erweiterten Anlage als „Anlage nach § 6“ zu qualifizieren.

- 16 b) Vor allem aber wäre eine Anwendung von § 12 Abs. 1 ZuG 2012 neben § 8 Abs. 2 ZuG 2012 unvereinbar mit der Systematik der Zuteilungsregeln. §§ 6 bis 12 ZuG 2012 regeln die Zuteilung von Emissionsberechtigungen für die jeweils definierten Gruppen von Anlagen nach je unterschiedlichen Methoden. § 6 ZuG 2012 knüpft für bestehende Industrieanlagen an die Emissionen in einer Basisperiode an, § 7 ZuG 2012 für bestehende Energieanlagen an die Produktionsmenge in einer Basisperiode und einen Emissionswert für bestehende Anlagen. § 8 Abs. 1 und § 9 ZuG 2012 knüpfen für zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 in Betrieb genommene Industrie- oder Energieanlagen bzw. für Neuanlagen an die Kapazität der Anlage, einen Standardauslastungsfaktor und einen Emissionswert für Neuanlagen an. § 8 Abs. 2 ZuG 2012 kombiniert für zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 erweiterte Anlagen die Methoden nach § 8 Abs. 1 und §§ 6 oder 7 ZuG 2012. § 10 ZuG 2012 betrifft den Sonderfall der Betriebseinstellung und ist im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant. § 11 ZuG 2012 enthält Modifikationen zu den vorgenannten Zuteilungsregeln für Kuppelgas erzeugende Anlagen. § 12 Abs. 1 ZuG 2012 knüpft für bestehende Industrie- und Energieanlagen, die in den Jahren 2000 bis 2004 unterausgelastet waren, an die Produktionsmenge in den Jahren 2005 und 2006 und den Emissionswert für Neuanlagen an. Jede dieser Vorschriften ist, soweit es um die Zuteilungsmethode geht, abschließend. Die Zuteilungsmethoden sind wegen der Unterschiedlichkeit der ihnen zugrunde liegenden Bezugsgrößen ohne eine ausdrückliche Regelung nicht untereinander austausch- oder kombinierbar (vgl. Wolke, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht Band IV, Stand Juni 2012, § 12 ZuG 2012 Rn. 7).

- 17 Eine Kombination der Zuteilung nach § 8 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 ZuG 2012 sieht das Gesetz nicht vor. Gemäß § 6 Abs. 7 ZuG 2012 erfolgt die Zuteilung für bestehende Anlagen mit einer Kapazitätserweiterung in den Jahren 2003 bis 2007 nach § 8 Abs. 2 ZuG 2012; Satz 3 Halbs. 1 dieser Vorschrift verweist für die Bestandskapazität einer solchen Anlage, soweit es um Industrieanlagen geht, auf die Zuteilung nach § 6 Abs. 1 ZuG 2012; eine Zuteilung nach § 12 ZuG 2012 ist nicht vorgesehen. Um zu vermeiden, dass bei der Zuteilung für die Bestandskapazität nach § 6 Abs. 1 ZuG 2012 die durchschnittlichen jährlichen CO₂-Emissionen in der Basisperiode durch die Kapazitätserweiterung mit verursacht wurden - für die Kapazitätserweiterung werden bereits Berechtigungen nach § 8 Abs. 1 ZuG 2012 zugeteilt -, sieht das Gesetz zudem vor, dass die der Kapazitätserweiterung zuzurechnenden Emissionen von den gesamten Emissionen der Anlage in der Basisperiode abgezogen werden (§ 8 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 ZuG 2012). Eine entsprechende Anrechnungsvorschrift für den Fall einer Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 fehlt. Auch dies zeigt, dass § 12 Abs. 1 ZuG 2012 auf kapazitätserweiterte Anlagen im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012 nicht angewendet werden soll. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann eine Doppelallokation bei Anwendung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 allein auf die Bestandskapazität einer kapazitätserweiterten Anlage nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Ein Antrag nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 setzt zwar verifizierte Angaben zu den tatsächlichen Produktionsmengen in den Jahren 2005 und 2006 voraus; die Produktionsmenge kann jedoch nicht gesondert für die Bestandsanlage einerseits und die Kapazitätserweiterung andererseits erfasst werden. Nach Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung kann die Anlage nur noch als geänderte Gesamtanlage produzieren. Für die Produktionsmenge gilt insoweit nichts anderes als für die Emissionen. In Bezug auf die Emissionen ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass für den Zeitraum seit der Kapazitätserweiterung nur noch die Emissionen der Gesamtanlage bekannt sind und dass diese nur rechnerisch auf den Bestandsanlageanteil und die Kapazitätserweiterung aufgeteilt werden können (BTDrucks 16/5240 S. 28).
- 18 Die Klägerin stellt diesen Zusammenhang in tatsächlicher Hinsicht nicht in Abrede. Sie hat die Kapazität ihres Zementklinkerwerks u.a. durch Umbauten am

Wärmeaustauscherturm des vorhandenen Ofens gesteigert. Seit dem 14. März 2005 betreibt sie die Anlage mit dem geänderten Ofen. Dementsprechend hat sie im Zuteilungsantrag nach § 12 ZuG 2012 für die Jahre 2005 und 2006 mit 529 318 t bzw. 502 657 t jeweils die Produktionsmengen der Gesamtanlage angegeben. Sie will jedoch aus dem Umstand, dass sie in beiden Jahren die bereits vor der Erweiterung bestehende Maximalkapazität der Anlage (620 500 t Klinker/Jahr) nicht ausgeschöpft hat, ableiten, dass die Produktion allein der Bestandskapazität zuzurechnen und die Kapazitätserweiterung nicht in Anspruch genommen worden sei.

- 19 Eine solche Zurechnung ist ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage nicht möglich. Die Produktionsmenge konnte technisch nur durch die geänderte Gesamtanlage erzielt werden. Davon ist - wie dargelegt - auch der Gesetzgeber ausgegangen. Im Übrigen setzt der Begriff der Kapazitätserweiterung eine technische Änderung der Anlage voraus. § 3 Abs. 2 Nr. 6 ZuG 2012 definiert eine Kapazitätserweiterung als eine Erhöhung der Kapazität aufgrund einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Änderung der Anlage. Allein die Erhöhung der rechtlich maximal möglichen Produktion durch eine Änderung der Genehmigungslage genügt hierfür nicht; erforderlich ist eine entsprechende technische Veränderung der Anlage (BTDrucks 16/5240 S. 24). Ausgehend hiervon hätte der Gesetzgeber, wenn er die von einer geänderten Anlage erzielte Produktionsmenge ungeachtet der technischen Gegebenheiten vorrangig der Bestandskapazität hätte zurechnen wollen, dies ausdrücklich regeln müssen.
- 20 Die von der Klägerin behauptete Zurechnungsregel kann auch nicht aus den in der ersten Zuteilungsperiode geltenden Vorschriften über die ex-post-Kontrolle der Zuteilungen für Erweiterungen von Kapazitäten bestehender Anlagen (§ 8 Abs. 3 bis 5, § 11 Abs. 5 und 6 ZuG 2007) abgeleitet werden. Ob nach diesen Vorschriften die tatsächliche Produktionsmenge einer erweiterten Anlage zunächst dem Bestandsanlageanteil zuzurechnen war mit der Folge, dass wenn die tatsächliche Produktionsmenge die vor der Erweiterung zugelassene Maximalkapazität nicht erreichte, die für die Kapazitätserweiterung zugeteilten Berechtigungen zurückzugeben waren, oder ob - wie die Beklagte meint - auch die ex-post-Kontrolle einheitlich für die gesamte Anlage erfolgte, kann offen bleiben.

Denn die damalige Rechtslage lässt Rückschlüsse auf den Zuteilungsanspruch für kapazitätserweiterte Anlagen in der zweiten Handelsperiode nicht zu. Auf eine ex-post-Kontrolle der Zuteilung hat der Gesetzgeber für die zweite Handelsperiode verzichtet. Den Zuteilungsanspruch für kapazitätserweiterte Anlagen hat er neu geregelt. Die frühere Form der getrennten Zuteilung für die alten und neuen Kapazitäten hat er dabei nicht fortsetzen wollen; er hat vielmehr einen einheitlichen Zuteilungsanspruch mit nur noch rechnerischer Aufteilung zwischen der Bestands- und der Erweiterungskapazität geschaffen (BTDrucks 16/5240 S. 28).

- 21 Eine Doppelallokation kann nur dann von vornherein ausgeschlossen werden, wenn die Kapazitätserweiterung im Jahr 2007 und damit nach Ablauf der für die Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 maßgebenden Kalenderjahre 2005 und 2006 in Betrieb genommen wurde. Abgesehen davon, dass ein solcher Fall hier nicht gegeben ist, kann aus dieser besonderen Konstellation nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe dem Betreiber einer kapazitätserweiterten Anlage eine Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 eröffnen wollen, ohne jedenfalls für in den Jahren 2003 bis 2006 in Betrieb genommene Kapazitätserweiterungen eine Doppelallokation zu vermeiden. Das ergibt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 12 ZuG 2012. Dort wird zwar dargelegt, dass der Unterschied der Produktionsmengen „über alle Bestandsanlagen hinweg“ mehr als 10 % betragen müsse (BTDrucks 16/5240 S. 30). Der Begriff „Bestandsanlage“ wird jedoch nicht in Abgrenzung zu Kapazitätserweiterungen verwendet, sondern um klarzustellen, dass der Zuteilung, obwohl es um bestehende Anlagen geht, der für entsprechende *Neuanlagen* geltende Emissionswert zugrunde gelegt werden soll.
- 22 c) Die dargelegte Rechtslage ist mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.
- 23 aa) Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Bin-

dung. Dies gilt auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. In diesem Fall ist im Einzelnen zu prüfen, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Überdies sind dem Gesetzgeber desto engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann (BVerfG, Beschluss vom 13. März 2007 - 1 BvF 1/05 - BVerfGE 118, 79 <100> m.w.N.).

- 24 Eine strenge Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse besteht hiernach im vorliegenden Fall nicht. Die Zuteilungsregeln knüpfen nicht - auch nicht mittelbar - an personelle Merkmale an. Ob § 12 Abs. 1 ZuG 2012 ausschließlich privilegierend wirkt und der Gesetzgeber damit lediglich dem Willkürverbot unterliegt oder ob § 12 Abs. 1 ZuG 2012, weil er einer Unterausstattung mit Emissionsberechtigungen infolge einer Unterauslastung der Anlage in der Basisperiode entgegenwirken soll, sich auch auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann und damit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist, kann offen bleiben. Die von der Klägerin gerügten Ungleichbehandlungen sind auch unter Anlegung des Verhältnismäßigkeitsmaßstabs gerechtfertigt.
- 25 bb) Ungleich behandelt werden innerhalb der Gruppe der kapazitätserweiterten Anlagen solche Anlagen, bei denen die Kapazitätserweiterung - wie im Fall der Klägerin - in den Jahren 2003 bis 2007 in Betrieb genommen wurde, und solche, bei denen dies im Jahr 2008 oder später geschah. Für die Kapazitätserweiterung werden zwar in beiden Gruppen Emissionsberechtigungen nach den für Neuanlagen geltenden Regeln zugeteilt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 bzw. § 9 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2012). Für den Bestandsanlageanteil erhält aber die erste Gruppe, wenn es um eine Industrieanlage geht, Berechtigungen auf der Grundlage der durchschnittlichen jährlichen CO₂-Emissionen in der Basisperiode unter Anrechnung der der Kapazitätserweiterung zuzurechnenden Emissionen (§ 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012); bei der zweiten Gruppe bleibt von der Zuteilung für die Kapazitätserweiterung die Zuteilung für die Anlage im Übrigen unberührt (§ 9 Abs. 5 Satz 2 ZuG 2012), und zwar auch dann, wenn diese

nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 erfolgt ist. Für Anlagen, die erst in 2008 oder später erweitert wurden, lag bei Zuteilung der Berechtigungen für die Kapazitätserweiterung eine Zuteilung für die Bestandsanlage in aller Regel bereits vor; sie war bis zum 19. November 2007 zu beantragen (§ 14 Abs. 1 ZuG 2012, § 22 Zuteilungsverordnung <ZuV> 2012). Diese Zuteilung unberührt zu lassen, drängte sich aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität auf. Zudem ist bei Kapazitätserweiterungen nach dem 31. Dezember 2007 von vornherein ausgeschlossen, dass die Mehrproduktion in den Jahren 2005 und 2006, die Voraussetzung und Berechnungsgrundlage für eine Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 ist, auf der Kapazitätserweiterung beruht. Bei Anlagen, deren Kapazität bis zum 31. Dezember 2006 erweitert wurde, lässt sich dies - wie dargelegt - jedoch nicht ausschließen. Bei in 2007 erweiterten Anlagen kann die Kapazitätserweiterung die Produktionsmenge der Jahre 2005 und 2006 - vom Probetrieb abgesehen - zwar ebenfalls nicht erhöht haben; für diese Anlagen lag für bei der Zuteilung für die Kapazitätserweiterung eine Zuteilung für den Bestandsanlageanteil in aller Regel aber noch nicht vor.

- 26 Die dargelegten Unterschiede rechtfertigen die Ungleichbehandlung. Der Gesetzgeber durfte annehmen, dass die Zuteilung für die Bestandskapazität einer in den Jahren 2003 bis 2007 kapazitätserweiterten Anlage nach § 6 Abs. 1 ZuG 2012 trotz schwacher Auslastung der Anlage in der Basisperiode den Betreiber auch ohne Ausgleich nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 nicht unverhältnismäßig belastet. Hat ein Betreiber die Kapazität seiner Anlage noch während der Basisperiode oder in den darauf folgenden Jahren 2006 und 2007 erweitert, muss von einer besonderen Härte infolge einer Unterauslastung der Bestandsanlage in der Regel nicht ausgegangen werden. Im Übrigen ließe ein Gleichheitsverstoß, soweit es um Kapazitätserweiterungen in 2007 geht, die Zuteilungsregeln in § 8 Abs. 2 ZuG 2012 unberührt, soweit sie auf Anlagen Anwendung finden, deren Kapazitätserweiterung - wie hier - in den Jahren 2003 bis 2006 in Betrieb genommen wurde; die Regelung wäre insoweit ohne Weiteres teilbar.
- 27 cc) Eine Ungleichbehandlung von „kapazitätserweiterten Anlagen mit einer erheblichen Unterauslastung im Sinne des § 12 ZuG 2012“ gegenüber kapazitätserweiterten Anlagen, deren Bestandskapazität in der Basisperiode ausge-

lastet war, kann schon deshalb nicht festgestellt werden, weil die zuerst genannte Gruppe mangels Anwendbarkeit des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 auf kapazitätserweiterte Anlagen im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012 nicht gebildet werden kann. Im Übrigen werden kapazitätserweiterte Anlagen, die in der Basisperiode schwach ausgelastet waren, gegenüber in der Basisperiode voll ausgelasteten Anlagen rechtlich nicht ungleich, sondern gleich behandelt. Beide Gruppen erhalten für die Kapazitätserweiterung - unabhängig von deren Auslastung - Berechtigungen nach § 8 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 ZuG 2012, für die Bestandskapazität nach § 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012. In Fällen der ersten Gruppe ist jedoch denkbar, dass - eine gesonderte Auslastung des Bestands und der Erweiterungskapazität als möglich unterstellt - faktisch die für die Kapazitätserweiterung eingeräumte Mehrzuteilung wegen fehlender Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG für eine stärkere Auslastung der Bestandskapazität eingesetzt werden muss, während dies bei Anlagen, deren Bestandskapazität bereits in der Basisperiode ausgelastet war, nicht der Fall ist. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat (UA S. 12), ist jedoch für den Regelfall davon auszugehen, dass eine Anlage, die bereits in der Basisperiode nicht voll ausgelastet war, eine Kapazitätserweiterung entweder gar nicht vornehmen oder aber eine dennoch vorgenommene nicht in dem Maße ausnutzen muss, wie dies bei einer bereits in der Basisperiode voll ausgelasteten Anlage mit einer späteren Kapazitätserweiterung der Fall ist. Eine empirische Abstützung dieser Regelannahme ist nicht erforderlich. Dass bei Anlagen, die in den Jahren 2000 bis 2004 im Vergleich zu den beiden Folgejahren unterausgelastet waren, bis zum Ende der ersten Zuteilungsperiode typischerweise kein Anlass bestand, die Kapazität zu erweitern, weil bei steigender Nachfrage zunächst die Bestandskapazität ausgeschöpft werden konnte, liegt auf der Hand. Gleiches gilt für die Annahme, dass eine gleichwohl vorgenommene Kapazitätserweiterung typischerweise nicht in gleichem Maße eingesetzt werden wird wie bei einer bereits in der Basisperiode ausgelasteten Anlage. Die Klägerin selbst beruft sich darauf, die Kapazitätserweiterung in 2005 und 2006 nicht in Anspruch genommen zu haben.

- 28 Dass das ZuG 2012 die Zuteilung für eine Kapazitätserweiterung - wie die Klägerin weiter geltend macht - auch in anderen Konstellationen nicht von der Aus-

lastung der Bestandskapazität abhängig macht, trifft zu; das ist allerdings auch bei der Zuteilung für die Kapazitätserweiterung ihrer Anlage nicht geschehen. Sie hat für die Erweiterungskapazität Emissionsberechtigungen erhalten, obwohl bereits die Bestandskapazität nicht ausgelastet war. Nur die Zuteilung für die Bestandsanlage ist auf der Grundlage der durchschnittlichen jährlichen Emissionen in der Basisperiode und damit in Abhängigkeit von der Auslastung der Anlage erfolgt. An die Emissionen in der Basisperiode durfte der Gesetzgeber aber typisierend anknüpfen, ohne für alle Konstellationen von Unterauslastungen einen Ausgleich vorzusehen.

- 29 2. Die der Kapazitätserweiterung anteilig zuzurechnende Emissionsmenge, die gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 ZuG 2012 von den gesamten CO₂-Emissionen der Anlage in der Basisperiode abzuziehen ist, ist nach den normativ vorgegebenen Parametern des § 8 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2012, d.h. nach dem Standardauslastungsfaktor und dem Emissionswert, zu bestimmen; die der Kapazitätserweiterung zuzurechnende tatsächliche Emissionsmenge ist nicht maßgebend. Dies hat der Senat für erweiterte Energieanlagen und die nach der entsprechenden Abzugsregel in § 8 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 ZuG 2012 maßgebende Produktionsmenge in seinem Urteil vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 10.10 (Rn. 20 bis 23) bereits entschieden und im Einzelnen begründet. Für erweiterte Industrieanlagen und die gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 ZuG 2012 maßgebende Emissionsmenge gilt nichts anderes. Auch das hat das Verwaltungsgericht zu Recht angenommen.
- 30 Der Abzug nach § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 führt nicht zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Für Anlagen mit nach Ablauf der Basisperiode in Betrieb genommenen Kapazitätserweiterungen ist ein Abzug zwar nicht vorgesehen; er ist aber auch nicht erforderlich, denn die Kapazitätserweiterung kann die für die Zuteilung nach § 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012 maßgebenden Emissionen in der Basisperiode nicht erhöht haben. Die Klägerin meint, die Vermeidung etwaiger Überausstattungen mit Emissionsberechtigungen könne die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen; Überausstattungen würden auch bei im Jahr 2006 oder später erweiterten Anlagen hingenommen; das ZuG 2012 sehe für die Kapazitätserweiterungen dieser Anlagen eine pauschalierend an

Standardauslastungsfaktoren ausgerichtete Zuteilung vor und verzichte auf eine ex-post-Korrektur. Dieser Einwand geht fehl. Die Anrechnung nach § 8 Abs. 2 Satz 3 ZuG 2012 dient nicht der Korrektur der Zuteilung bei einer vom Standardauslastungsfaktor abweichenden tatsächlichen Auslastung der Anlage, sondern der Vermeidung einer systemwidrigen Überausstattung der Gesamtanlage durch eine doppelte Berücksichtigung der Kapazitätserweiterung, nämlich bei der Zuteilung sowohl nach § 8 Abs. 1 ZuG 2012 für die Kapazitätserweiterung selbst als auch, da nur die Emissionen der Gesamtanlage bekannt sind, nach § 8 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 ZuG 2012 für die Anlage im Übrigen.

31 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Dr. Nolte

Dr. Philipp

Guttenberger

Schipper

Brandt

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 3 753 750 € festgesetzt.

G r ü n d e :

1 Die Klägerin begehrt die Mehrzuteilung von 325 000 Emissionsberechtigungen. Bei Einlegung der Revision (§ 40 GKG) lag der börsennotierte Preis des Zertifikats bei 11,55 € (EEX vom 2. August 2011), was den Streitwert bestimmt (§ 52 Abs. 1 GKG; vgl. Beschluss vom 21. Februar 2013 - BVerwG 7 C 18.11).

Dr. Nolte

Dr. Philipp

Guttenberger

Sachgebiet

BVerwGE: nein

Immissionsschutzrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

ZuG 2012 § 3 Abs. 2 Nr. 6, § 6 Abs. 1 und 7, §§ 7 und 8 Abs. 1 und 2,
§§ 9, 11 und 12 Abs. 1, § 14 Abs. 1
ZuG 2007 § 8 Abs. 3 bis 5, § 11 Abs. 5 und 6
GG Art. 3 Abs. 1

Stichworte:

Emissionsberechtigung; Zuteilung; Zementklinker; Kapazitätserweiterung; Bestandsanlage; Bestandskapazität; Neuanlage; Auslastung; Unterauslastung; Standardauslastungsfaktor; ex-post-Korrektur; Doppelallokation; Verwaltungspraktikabilität.

Leitsätze:

1. § 8 Abs. 2 ZuG 2012 regelt die Zuteilung für bestehende Anlagen mit einer zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2007 in Betrieb genommenen Kapazitätserweiterung abschließend; § 12 ZuG 2012 findet neben § 8 Abs. 2 ZuG 2012 keine Anwendung. <Rn. 13>

2. Die der Kapazitätserweiterung anteilig zuzurechnende Emissionsmenge, die gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 ZuG 2012 von den gesamten CO₂-Emissionen der Anlage in der Basisperiode abzuziehen ist, ist nach den normativ vorgegebenen Parametern des § 8 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2012, d.h. nach dem Standardauslastungsfaktor und dem Emissionswert, zu bestimmen; die der Kapazitätserweiterung zuzurechnende tatsächliche Emissionsmenge ist nicht maßgebend (im Anschluss an Urteil vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 10.10 - Rn. 20 ff.). <Rn. 29>

Urteil des 7. Senats vom 14. März 2013 - BVerwG 7 C 23.11

I. VG Berlin vom 25.05.2011 - Az.: VG 10 K 287.10 -