



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 23.09
OVG 12 B 14.06

Verkündet
am 21. Dezember 2010
Hardtmann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Sailer,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Krauß und Guttenberger,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin wird, soweit sie sich im Hauptantrag gegen die Zurückweisung der Berufung im Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 30. November 2006 richtet, zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über den im Revisionsverfahren gestellten Hilfsantrag der Klägerin an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin, ein Energieversorgungsunternehmen, wendet sich gegen die anteilige Kürzung von Emissionsberechtigungen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007.
- 2 Die Klägerin betreibt in G. ein Kraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplung. Am 20. September 2004 beantragte sie die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach § 9 des Gesetzes über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) i.V.m. § 7 Abs. 1 bis 6, § 14 des Gesetzes über den

nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007). Mit Bescheid vom 16. Dezember 2004 wurden ihr für die o.g. Anlage nach anteiliger Kürzung gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 60 954 891 Berechtigungen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 zugeteilt. Ohne anteilige Kürzung hätte die Klägerin seinerzeit weitere 2 952 660 Berechtigungen erhalten.

- 3 Die nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhobene Klage auf Neubescheidung des Zuteilungsantrags blieb vor dem Verwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht erfolglos. Der erkennende Senat wies die Revision der Klägerin mit Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 - mit der Begründung zurück, dass die anteilige Kürzung von Zuteilungen gemeinschafts- und verfassungsrechtlich unbedenklich sei, die dem maßgeblichen Kürzungsfaktor zugrunde liegende Prognose vor Erteilung der Zuteilungsbescheide zu ermitteln und gerichtlich nur eingeschränkt darauf nachprüfbar sei, ob die Behörde die einfach-rechtlichen Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln verkannt habe. Dies habe das Oberverwaltungsgericht zu Recht verneint.
- 4 Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Verfassungsbeschwerde ein. Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil des Senats mit Beschluss vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - wegen einer Verletzung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf und verwies die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurück.
- 5 Die Klägerin hält an ihrem Begehren auf Neubescheidung ihres Zuteilungsantrags vom 20. September 2004 fest. Hilfsweise beantragt sie die Feststellung, dass die anteilige Kürzung der Zuteilung von Emissionsberechtigungen hinsichtlich des zugrunde gelegten Kürzungsfaktors rechtswidrig war.
- 6 Ihr Anspruch auf Mehrzuteilung von Berechtigungen habe sich durch Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 am 31. Dezember 2007 nicht erledigt, sondern sei nunmehr durch Zuteilung von Berechtigungen für die zweite Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu erfüllen. Die Vorschrift des § 20 ZuG 2007, wonach Berechtigungen der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 abweichend von § 6

Abs. 4 Satz 4 TEHG nicht in die folgende Zuteilungsperiode überführt, sondern mit Ablauf des 30. April 2008 gelöscht werden, stehe dem nicht entgegen.

Diese Norm ziele nur darauf, ein periodenübergreifendes Banking der Berechtigungen aus der ersten Periode zu verhindern, um eine Belastung des Emissionsbudgets für die erste Kyoto-Periode von 2008 bis 2012 zu verhindern. Zu nicht erfüllten Zuteilungsansprüchen verhalte sie sich - ebenso wie § 6 Abs. 4 TEHG - nicht.

- 7 Herzuleiten sei ihr Anspruch auf Kompensation der rechtswidrig vorenthaltenen Berechtigungen für die abgelaufene Zuteilungsperiode durch Zuteilung von Berechtigungen für die laufende Zuteilungsperiode aus dem Grundsatz periodenübergreifender Kontinuität der Rechts- und Pflichtenpositionen der Anlagenbetreiber, der in § 18 Abs. 3 TEHG verankert sei.
- 8 Auch Art. 19 Abs. 4 GG gebiete es, unerfüllte Zuteilungsansprüche aus der abgelaufenen Periode durch Zuteilung von Berechtigungen der Folgeperiode zu erfüllen. Die in § 20 ZuG 2007 geregelte ersatzlose Löschung der Emissionsberechtigungen aus der Periode 2005 bis 2007 am 30. April 2008 und der Untergang offener Zuteilungsansprüche dürften nicht gleichgesetzt werden. Durch das Untergehen des Zuteilungsanspruchs werde der Anlagenbetreiber doppelt belastet: Zum einen habe er keine Möglichkeit gehabt, die mit den Berechtigungen verbundenen Vorteile zu realisieren. Zum anderen sei er weiterhin abgabepflichtig gewesen und verliere so einen Teil des ihm zum Ausgleich für die Einführung des Emissionshandels bzw. zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit gewährten Anspruchs.
- 9 Die gegenteilige Auffassung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Die Erfüllung offener Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 durch Zuteilung von Berechtigungen der zweiten Periode gefährde die Einhaltung der Reduktionszusage nicht. Das in der ersten Kyoto-Periode von 2008 bis 2012 zur Verfügung stehende Emissionsbudget werde dadurch nicht erhöht, weil die zur Erfüllung der offenen Zuteilungsansprüche erforderlichen Berechtigungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 der Reserve zu entnehmen seien. Die Reser-

ve sei Teil des Emissionsbudgets für die Periode 2008 bis 2012 und weite dieses nicht aus.

- 10 Die hilfsweise erhobene Fortsetzungsfeststellungsklage sei zulässig, insbesondere fehle es ihr nicht an einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche aus Amtshaftung oder enteignungsgleichem Eingriff seien nicht offensichtlich aussichtslos. Amtshaftungsansprüche folgten aus dem Erlass des nichtigen § 6 Abs. 6 ZuV 2007 durch die Bundesregierung und der rechtswidrigen Ermittlung des Kürzungsfaktors durch die Beklagte. Die Kollegialgerichtsrichtlinie stehe ihrem Amtshaftungsanspruch nicht entgegen, weil die Kollegialgerichte die Rechtslage - wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt habe - offensichtlich verkannt hätten. Ihr sei auch ein Schaden entstanden. Aufgrund der rechtswidrigen Vorenthaltung weiterer Berechtigungen habe sie am Markt Emissionsberechtigungen hinzukaufen müssen, um ihrer Abgabepflicht nachkommen zu können. Abgesehen davon bestehe auch Wiederholungsgefahr.
- 11 Die Beklagte tritt dem entgegen. Nach ihrer Auffassung hat sich der Rechtsstreit mit Löschung der Berechtigungen der ersten Zuteilungsperiode am 30. April 2008 erledigt. Mangels zuteilungsfähiger Berechtigungen sei auch der Zuteilungsanspruch erloschen, denn dieser könne nicht weiter reichen als die Emissionsberechtigungen selbst. Die Klage auf Neubescheidung sei daher mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig geworden, dasselbe gelte für die Revision.
- 12 Der Zuteilungsanspruch aus der ersten Periode 2005 bis 2007 habe sich mit Ablauf des 30. April 2008 auch nicht in einen Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen der zweiten Periode umgewandelt. Einen Grundsatz periodenübergreifender Kontinuität gebe es jedenfalls für den Übergang von der ersten zur zweiten Periode nicht. Er folge auch nicht aus § 6 Abs. 4 Satz 4 TEHG, weil diese Vorschrift für Berechtigungen der ersten Zuteilungsperiode nicht einschlägig sei. Für den Übergang von der ersten zur zweiten Zuteilungsperiode sei in § 20 ZuG 2007 vielmehr ausdrücklich Diskontinuität geregelt worden. Der Sinn und Zweck dieser Regelung, ein periodenübergreifendes Banking von der

ersten zur zweiten Handelsperiode auszuschließen, stehe auch einer Ersetzung des Anspruchs auf Berechtigungen aus der ersten Periode durch einen Anspruch auf Berechtigungen aus der zweiten Periode entgegen.

- 13 Diese Auslegung sei mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Sie führe nicht zu einer Rechtsschutzlücke, weil die Möglichkeit bestanden habe, um einstweiligen Rechtsschutz auf vorläufige Zuteilung weiterer Berechtigungen nachzusuchen.
- 14 Abgesehen davon sei die Klage auf Neubescheidung auch deshalb unzulässig, hilfsweise unbegründet, weil sie im Ergebnis nicht zu einer Mehrzuteilung führen würde. Eine Neuberechnung müsse nicht nur die Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007, sondern auch die Unanwendbarkeit der anteiligen Kürzung auf die sog. Optierer nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007 berücksichtigen. Dies hätte eine Verminderung des Kürzungsfaktors zur Folge, sodass der Klägerin noch weniger Berechtigungen zuzuteilen wären. Zudem stehe noch nicht rechtskräftig fest, dass § 6 Abs. 6 ZuV 2007 tatsächlich nichtig sei.
- 15 Der Hilfsantrag sei mangels Fortsetzungsfeststellungsinteresses unzulässig. Es bestehe weder eine Wiederholungsgefahr noch lägen die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsanspruch oder eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff vor. Ein Amtshaftungsprozess wäre aussichtslos. Der Klägerin könne wegen des geringen Werts der Berechtigungen zum Ende der Zuteilungsperiode nur ein geringer Schaden entstanden sein. Überdies könne den Mitarbeitern der Deutschen Emissionshandelsstelle kein Verschulden vorgeworfen werden, weil Kollegialgerichte über drei Instanzen die Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Zuteilung bejaht hätten.

II

- 16 Die Revision ist zulässig (1), mit dem Hauptantrag auf Zuteilung weiterer Emissionsberechtigungen für die Periode 2005 bis 2007 aber unbegründet (2). Über den im Revisionsverfahren als Hilfsantrag gestellten, zulässigen Fortsetzungsfeststellungsantrag kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Insoweit muss die Sache an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen werden (3).

- 17 1. Entgegen der Auffassung der Beklagten begegnet die Zulässigkeit der Revision keinen Bedenken. Auf die Frage, ob das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Mehrzuteilung von Emissionsberechtigungen nach Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 am 31. Dezember 2007 entfallen ist, weil der Zuteilungsanspruch untergegangen ist, kommt es insoweit nicht an. Die Sachurteilsvoraussetzungen, von denen die Zulässigkeit der Klage abhängt, sind regelmäßig nicht zugleich Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision. Von ihnen hängt vielmehr die Begründetheit der Revision ab (Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 143 Rn. 10). Etwas Anderes gilt nur für das Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen, von denen zugleich die Wirksamkeit der Revision als Prozesshandlung abhängt. Eine solche Fallkonstellation liegt hier nicht vor.
- 18 2. Soweit sich die Revision im Hauptantrag dagegen richtet, dass das Oberverwaltungsgericht die Berufung der Klägerin gegen das ihre Klage auf Mehrzuteilung von Berechtigungen abweisende Urteil des Verwaltungsgerichts zurückgewiesen hat, ist sie unbegründet. Das angegriffene Urteil des Oberverwaltungsgerichts verstößt zwar in einem tragenden Punkt gegen revisibles Recht (§ 137 Abs. 1 VwGO, a). Es stellt sich aber im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO, b).
- 19 a) Das Oberverwaltungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Kürzungsvorschrift des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 mit Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht vereinbar ist, die Berechnung des Kürzungsfaktors unmittelbar vor Zuteilung der Berechtigungen nicht zu beanstanden ist und die gerichtliche Kontrolle der Prognose über die Zuteilungsmenge beschränkt ist, namentlich Korrekturen individueller Zuteilungsbescheide die Richtigkeit der Prognose nicht in Frage stellen (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 - BVerwGE 129, 328 ff. = Buchholz 406.253 § 4 ZuG 2007 Nr. 1 Rn. 18 f., 35 f., 44 f.; BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - DVBl 2010, 250 f.).

- 20 Mit revisiblem Recht nicht vereinbar ist dagegen die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass bei der Berechnung des Kürzungsfaktors die einfachrechtlichen Maßstäbe beachtet worden sind. Denn bei der Berechnung des Kürzungsfaktors ist auch § 6 Abs. 6 ZuV 2007 zur Anwendung gekommen, den der Senat mit Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 28.07 - (Buchholz 406.253 § 13 ZuG 2007 Nr. 1 Rn. 26) für nichtig befunden hat. Die Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 wirkt sich nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Dezember 2009 (a.a.O., BA S. 27/28) auf die Rechtmäßigkeit der behördlichen Prognose aus.
- 21 An der Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 hält der Senat auch in Ansehung der von der Beklagten erhobenen Einwände fest. Zum einen versteht es sich von selbst, dass die vom Senat festgestellte Nichtigkeit dieser Vorschrift auch gegenüber solchen Anlagenbetreibern beachtlich ist, die an dem o.g. Verwaltungsstreitverfahren nicht beteiligt waren. Zum anderen geben auch die inhaltlichen Einwände der Beklagten dem Senat keine Veranlassung, seine Rechtsprechung zu ändern. Der Senat hat in seinem Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 28.07 - (a.a.O.) eingehend dargelegt und begründet, dass der Begriff der Verbrennung in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 im naturwissenschaftlichen Sinne zu verstehen ist und die bei der Regeneration von Katalysatoren für die Crack- und Reformprozesse entstehenden Kohlendioxid-Emissionen ausschließlich das Produkt einer Verbrennung im naturwissenschaftlichen Sinne darstellen. Die Beklagte hat keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen, die diese Bewertung in Frage stellen.
- 22 Ohne Anwendung des nichtigen § 6 Abs. 6 ZuV 2007 wäre der Kürzungsfaktor für die Klägerin günstiger ausgefallen, weil die Zahl der dem Erfüllungsfaktor unterfallenden Anlagen größer gewesen wäre. Dieser Rechtsverstoß entfällt auch nicht deshalb, weil die Beklagte bei der Berechnung des Kürzungsfaktors zudem fehlerhaft davon ausgegangen ist, dass auch die Emissionsberechtigungen an Optionsanlagen im Sinne von § 7 Abs. 12 ZuG 2007 einer anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unterliegen (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 29.07 - Buchholz 406.253 § 7 ZuG 2007 Nr. 2). Ob sich dieser Fehler bei einer Neuberechnung so auswirken würde, dass die Klägerin - wie

die Beklagte geltend macht - keinen Anspruch auf Mehrzuteilung hätte, sondern ihr für die Periode 2005 bis 2007 zu viele Berechtigungen zugeteilt worden sind, ist nur für die Frage von Bedeutung, ob die begehrte Mehrzuteilung von Berechtigungen im Ergebnis zu Recht versagt worden ist.

23 b) Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts stellt sich trotz des Bundesrechtsverstoßes im Ergebnis als richtig dar. Der Hauptantrag ist zwar weiterhin zulässig (aa), in der Sache aber nicht begründet (bb).

24 aa. Der Hauptantrag ist bei verständiger Würdigung nicht auf Neubescheidung des Zuteilungsantrags, sondern auf die Verpflichtung der Beklagten zur Mehrzuteilung von Emissionsberechtigungen gerichtet. Die Zuteilungsentscheidung nach § 9 Abs. 1 TEHG i.V.m. den maßgeblichen Regelungen des jeweiligen Zuteilungsgesetzes ist eine gebundene Entscheidung, mag sie auch auf einem komplexen Rechenwerk beruhen. Fehler - etwa bei der Berechnung des Kürzungsfaktors oder der individuellen Zuteilungsmenge - rechtfertigen es daher nicht, den Zuteilungsbescheid aufzuheben und die Beklagte zur Neubescheidung zu verpflichten. Das Ergebnis einer solchen Verfahrensweise wäre regelmäßig lediglich eine Wiederholung des Rechenvorgangs bzw. des Verwaltungsverfahrens mit der Folge erneuter Bescheidung und Eröffnung eines weiteren Widerspruchs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Dies ist auch aus Gründen der Prozessökonomie abzulehnen. In der Regel ist daher im gerichtlichen Verfahren nur ein Antrag auf Verpflichtung zur Mehrzuteilung sachdienlich. Aus dem Urteil des 6. Senats vom 31. März 2004 - BVerwG 6 C 11.03 - (BVerwGE 120, 263 <276> = Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 1) folgt nichts Anderes. Zwar heißt es dort in Rn. 43 wörtlich, dass „es der Dispositionsbefugnis des Klägers unterfällt, statt der Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes nur die Verpflichtung zur Neubescheidung zu begehren“. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist aber mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Dass der 6. Senat insoweit einen für alle denkbaren Fallgestaltungen geltenden Rechtssatz aufstellen wollte, ist nicht ersichtlich. Dem nachvollziehbaren Unvermögen der Anlagenbetreiber, einen Antrag auf Mehrzuteilung zu beziffern, kann dadurch Rechnung getragen werden, dass eine konkrete Bezifferung nicht verlangt wird, sondern es ausreicht, wenn die

Begründung des Antrags erkennen lässt, aus welchen Gründen die Zuteilungsentscheidung als fehlerhaft erachtet wird und ein für die Anlagenbetreiber günstigeres Ergebnis jedenfalls nicht ausgeschlossen scheint.

- 25 Im Übrigen stellen z.B. die (Neu)Berechnung des Kürzungsfaktors und die Anwendung des Kürzungsfaktors auf den jeweiligen Einzelfall im Wesentlichen reines Rechenwerk dar. Diesem Rechenvorgang vorgelagerte Rechtsfragen, etwa welche Aspekte bei der Bestimmung des Kürzungsfaktors zu berücksichtigen sind, haben ohnehin die Gerichte zu klären. Diese sind daher bei Verpflichtungsklagen auf Mehrzuteilung von Berechtigungen grundsätzlich zur Spruchreifmachung verpflichtet. Die in der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen von der Verpflichtung zur Spruchreifmachung (vgl. Urteil vom 8. Dezember 1992 - BVerwG 1 C 5.92 - Buchholz 402.5 WaffG Nr. 66) sind insoweit nicht einschlägig.
- 26 Die Klage auf Mehrzuteilung von Berechtigungen ist nach Ablauf der Handelsperiode 2005 bis 2007 am 31. Dezember 2007 nicht unzulässig geworden, namentlich fehlt es der Klägerin nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis.
- 27 Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Verpflichtungsklage kann nur verneint werden, wenn die Nutzlosigkeit des erstrebten Verwaltungsaktes für den Kläger tatsächlich oder rechtlich außer Zweifel steht (Urteil vom 29. April 2004 - BVerwG 3 C 25.03 - BVerwGE 121, 1 ff. = Buchholz 451.74 § 9 KHG Nr. 9 = juris Rn. 19). Davon kann hier keine Rede sein. Die inzwischen entscheidungserheblich gewordene Frage, ob der Anspruch auf Zuteilung weiterer Berechtigungen aus der Handelsperiode 2005 bis 2007 untergegangen ist, ist bisher weder höchstrichterlich geklärt noch offensichtlich im Sinne der Beklagten zu beantworten. Ihre Klärung muss daher der Begründetheitsprüfung vorbehalten bleiben.
- 28 bb. Diese fällt im Ergebnis zu Lasten der Klägerin aus. Ein etwaiger Anspruch der Klägerin auf Mehrzuteilung von Berechtigungen ist mit Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 ersatzlos untergegangen.

- 29 Zwischen den Beteiligten ist zu Recht unstrittig, dass ein Mehrzuteilungsanspruch der Klägerin nicht mehr durch Zuteilung von Berechtigungen aus der ersten Periode von 2005 bis 2007 erfüllt werden könnte. Die Berechtigungen der ersten Periode wurden am 30. April 2008 gelöscht (§ 20 ZuG 2007) und können daher nicht mehr Gegenstand einer Zuteilungsentscheidung sein.
- 30 Entgegen der Auffassung der Klägerin sind offene Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode auch nicht durch Zuteilung von Berechtigungen für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu erfüllen. Für dieses Begehren fehlt es an einer Anspruchsgrundlage.
- 31 Das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz enthält zu der Frage, welches Schicksal unerfüllte Zuteilungsansprüche bzw. offene Zuteilungsverfahren am Ende der jeweiligen Zuteilungsperiode erleiden, keine ausdrücklichen Regelungen. Es behandelt nur die zugeteilten Berechtigungen. So ist etwa in § 6 Abs. 4 Satz 1, § 3 Abs. 4 Satz 1 TEHG bestimmt, dass Berechtigungen nur für eine bestimmte Zuteilungsperiode Geltung haben. Nach § 6 Abs. 4 Satz 4 TEHG werden nicht abgegebene Berechtigungen einer abgelaufenen Zuteilungsperiode vier Monate nach Ende der Zuteilungsperiode in Berechtigungen der laufenden Zuteilungsperiode überführt. Die Vorschrift ermöglicht damit ein Ansparen von Berechtigungen zur Erfüllung zukünftiger Abgabeverpflichtungen in einer neuen Zuteilungsperiode oder zum Verkauf auf dem freien Markt (sog. Banking).
- 32 Als Rechtsgrundlage für die Umwandlung offener Zuteilungsansprüche aus einer abgelaufenen Periode in solche auf Berechtigungen der neuen Periode scheidet § 6 Abs. 4 Satz 4 TEHG - von allem anderen abgesehen - hier schon deshalb aus, weil der nationale Gesetzgeber für die Berechtigungen der Periode 2005 bis 2007 aufgrund der Ermächtigung in § 6 Abs. 4 Satz 5 TEHG, die ihrerseits auf eine Ermächtigung in Art. 13 Abs. 2 UA 2 EH-Richtlinie zurückgeht, in § 20 ZuG 2007 eine abweichende Regelung getroffen hat. Danach werden die Berechtigungen der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 abweichend von § 6 Abs. 4 Satz 4 TEHG nicht in die folgende Zuteilungsperiode überführt, sondern mit Ablauf des 30. April 2008 gelöscht.

- 33 Sinn und Zweck des § 20 ZuG 2007 ist es, eine Überführung von Emissionsberechtigungen der ersten Zuteilungsperiode in die zweite Zuteilungsperiode auszuschließen, um sicherzustellen, dass die Einhaltung der Reduktionsverpflichtungen des Kyoto-Protokolls nicht gefährdet wird. Die Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll beziehen sich auf den Zeitraum 2008 bis 2012. Maßgeblich ist der Vergleich der Treibhausgas-Emissionen im Vergleichsjahr (in der Regel 1990) mit den durchschnittlichen Emissionen im Zeitraum 2008 bis 2012. Bereits vor 2008 erreichte Minderungen können auf die Verpflichtungen im Zeitraum 2008 bis 2012 nicht angerechnet werden. Vielmehr hätten die Berechtigungen aus der sog. Pre-Kyoto-Periode mit denjenigen aus der zugeteilten Menge nach dem Kyoto-Protokoll verrechnet werden müssen, was eine Reduzierung der ab 2008 in Deutschland für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 ausgegebenen Menge an Emissionsberechtigungen zur Folge gehabt hätte. Das Ansparen von Emissionsberechtigungen in der ersten Periode mit dem Ziel der Überführung in die zweite Periode hätte daher zumindest das Risiko mit sich gebracht, die Reduktionsverpflichtungen zu verfehlen (vgl. BTDrucks 15/2966 S. 26; Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 20 ZuG 2007 Rn. 6 - 8; Frenz, Emissionshandelsrecht, 2005, § 20 ZuG 2007 Rn. 2; Klinski, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 2, Stand März 2010, § 20 ZuG 2007 Rn. 4; Mutschler, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2010, § 6 TEHG Rn. 26).
- 34 Ein Anspruch darauf, dass offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 durch Zuteilung von Berechtigungen der Periode 2008 bis 2012 erfüllt werden, folgt auch nicht aus einem „Grundsatz periodenübergreifender Kontinuität der Rechts- und Pflichtenpositionen der Anlagenbetreiber“, den die Klägerin aus § 18 Abs. 3 TEHG herleiten will. Die im Abschnitt 5 „Sanktionen“ angesiedelte Vorschrift des § 18 TEHG betrifft schon nach ihrer amtlichen Überschrift, aber auch nach ihrem Regelungsgehalt nur die Durchsetzung der Abgabepflicht. Nach § 18 Abs. 3 Satz 1 TEHG bleibt der Verantwortliche verpflichtet, die fehlenden Berechtigungen, im Fall des Absatzes 2 nach Maßgabe der erfolgten Schätzung, bis zum 31. Januar des Folgejahres abzugeben. Tut er dies nicht, werden Berechtigungen, auf deren Zuteilung oder Ausgabe der Ver-

antwortliche einen Anspruch hat, auf seine Verpflichtung nach Satz 1 angerechnet (§ 18 Abs. 3 Satz 2 TEHG). Diese Regelungen, die unmittelbar zur Durchsetzung der in § 1 TEHG verankerten klima- und umweltpolitischen Ziele des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes dienen, rechtfertigen den Umkehrschluss auf einen periodenübergreifenden Fortbestand offener Zuteilungsansprüche nicht. Zwar lässt § 18 Abs. 3 TEHG, namentlich die Verrechnungsregelung in Satz 2, ebenso wie § 6 Abs. 4 Satz 4 TEHG erkennen, dass die Zuteilungsperioden nicht strikt voneinander getrennt, sondern in Teilbereichen miteinander verzahnt sind. Der Umstand, dass der Gesetzgeber Verzahnungen zwischen den Zuteilungsperioden in § 6 Abs. 4 Satz 4 und § 18 Abs. 3 TEHG für bestimmte Bereiche explizit geregelt hat, spricht aber eher dagegen als dafür, diese Regelungen auch auf andere Sachverhalte anzuwenden.

- 35 Ein Anspruch auf Erfüllung offener Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 durch Zuteilung von Berechtigungen aus der zweiten Periode kann schließlich auch nicht aus § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 hergeleitet werden.
- 36 Nach § 5 Abs. 1 ZuG 2012 werden 23 Millionen Berechtigungen pro Jahr als Reserve für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zurückbehalten. Die Gesamtmenge der zuteilbaren Berechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 beträgt 442,07 Millionen zzgl. einer Menge von bis zu 11 Millionen Berechtigungen pro Jahr für die Zuteilung an Anlagen, auf die § 26 Abs. 1 TEHG Anwendung findet (§ 4 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012). Die Gesamtmenge umfasst auch die Berechtigungen, die als Reserve nach § 5 Abs. 1 ZuG 2012 (und für eine Veräußerung nach § 19 TEHG) zurückbehalten werden (§ 4 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2012). Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 dient die Reserve u.a. der Erfüllung von Ansprüchen in den Fällen, in denen die Ansprüche nach Abschluss des Zuteilungsverfahrens rechtskräftig festgestellt worden sind und soweit diese Ansprüche über die ursprüngliche Zuteilungsmenge hinausgehen.
- 37 Der Wortlaut der Norm schließt es zwar nicht aus, § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 im Wege einer erweiternden Auslegung auch auf offene Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode 2005 bis 2007 anzuwenden (vgl. Mutschler,

in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl. 2010, § 5 TEHG Rn. 5 Fn. 3 unter Hinweis auf Günther/Schnutenhaus, NVwZ 2007, 1140). Vor allem angesichts des „soweit“-Satzes liegt aber die Annahme näher, dass § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 nur die Fälle erfasst, in denen Zuteilungsansprüche für die Periode 2008 bis 2012 nach Abschluss des Zuteilungsverfahrens, aber vor Ende der Zuteilungsperiode rechtskräftig festgestellt werden (so wohl Neuser, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. 2, Stand März 2010, § 5 ZuG 2012 Rn. 4).

- 38 Dafür spricht auch der systematische Zusammenhang mit § 2 Satz 2 ZuG 2012. Nach dieser Vorschrift gilt das Zuteilungsgesetz 2012, soweit nichts Anderes bestimmt ist, für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012. Damit soll ausweislich der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Geltung von Zuteilungsregeln in den Zuteilungsgesetzen auf die jeweilige Zuteilungsperiode beschränkt ist, da sich die erforderliche Billigung des nationalen Zuteilungsplanes durch die Europäische Kommission nach den Vorgaben der Emissionshandels-Richtlinie auf die jeweilige Zuteilungsperiode beschränkt (BTDrucks 16/5240, S. 23/24). Offene Ansprüche auf Mehrzuteilung von Berechtigungen aus der Periode 2005 bis 2007 wären aber nach den Zuteilungsregeln des Zuteilungsgesetzes 2007 zu berechnen.
- 39 Zudem spricht gegen eine entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 auf offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007, dass sich weder in der Begründung zum Zuteilungsgesetz 2012 noch in den sonstigen Gesetzgebungsmaterialien Anhaltspunkte dafür finden, dass der Gesetzgeber aus der Reserve auch solche Ansprüche bedienen wollte und sie entsprechend bemessen hat.
- 40 Bei Erlass des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes im Juli 2004 und des Zuteilungsgesetzes 2007 im August 2004 hat der Gesetzgeber offenbar nicht bedacht, dass es bei Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 möglicherweise noch offene Zuteilungsverfahren gibt. In der Gesetzesbegründung zum Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz werden die Rechtsschutzmöglichkeiten nur allgemein erörtert (vgl. BTDrucks 15/2328 S. 13). Bei Einleitung des Ge-

setzgebungsverfahren zum Zuteilungsgesetz 2012 stellte sich die Situation dagegen anders dar: Das Gesetzgebungsverfahren zum Zuteilungsgesetz 2012 wurde im Frühjahr 2007 eingeleitet und im August 2007 abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war eine Reihe nicht abgeschlossener Widerspruchs- und Gerichtsverfahren anhängig, die Zuteilungsentscheidungen nach dem Zuteilungsgesetz 2007 zum Gegenstand hatten. Beispielhaft kann insoweit auf die seinerzeit beim Senat anhängigen Revisionsverfahren verwiesen werden, deren Ausgang bei Erlass des Zuteilungsgesetzes 2012 im August 2007 offen war. Es ist davon auszugehen, dass das Problem bei Ablauf der Zuteilungsperiode noch nicht abgeschlossener Rechtsmittelverfahren auch dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben ist. Trotzdem verhalten sich die Gesetzesmaterialien zu den offenen Zuteilungsverfahren nicht, obwohl das Zuteilungsgesetz 2012 anders als das Zuteilungsgesetz 2007 in § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b erstmalig eine Prozessreserve vorsieht, die nach der Gesetzesbegründung zur Erfüllung rechtskräftig festgestellter Ansprüche von Anlagenbetreibern auf Erhöhung der Zuteilungsmenge als Ergebnis eines erfolgreichen Rechtsmittelverfahrens dient. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers korrespondiert die Öffnung der Reserve für mögliche Ansprüche auf Mehrzuteilung mit dem Rückfluss von Berechtigungen durch Minderzuteilungen infolge des Widerrufs oder der Rücknahme von Zuteilungsentscheidungen (BTDrucks 16/5240 S. 25). Für die Annahme, dass mit der Prozessreserve auch offene Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode 2005 bis 2007 erfüllt werden sollen, gibt diese Begründung nichts her. Auch die Erläuterungen zur Reserve unter Ziffer 6.3.3 des Nationalen Allokationsplans 2008 - 2012 für die Bundesrepublik Deutschland vom 28. Juni 2006 (S. 33/34) sprechen eindeutig gegen eine erweiternde Anwendung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 auf offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007. Dort werden die fünf Zwecke, für die die Reserve ausgelegt ist, ausführlich und ohne Erwähnung offener Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode dargestellt. Vor diesem Hintergrund ist das Schweigen des Gesetzgebers zu den offenen Zuteilungsverfahren im Zuteilungsgesetz 2012 als „beredtes Schweigen“ zu qualifizieren (vgl. dazu Urteile vom 24. Oktober 2002 - BVerwG 3 C 7.02 - Buchholz 428.7 § 16 StrRehaG Nr. 1 = juris Rn. 15 und vom 31. Januar 2002 - BVerwG 3 C 39.01 - Buchholz 442.16

§ 18 StVZO Nr. 2 = juris Rn. 18; BSG, Urteil vom 1. Juli 2010 - B 13 R 58/09 R - juris Rn. 32).

- 41 Dass der Gesetzgeber auf eine Regelung der offenen Zuteilungsverfahren aus der Periode 2005 bis 2007 im Zuteilungsgesetz 2012 verzichtet hat, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass er entweder keinen Regelungsbedarf gesehen hat, weil er insoweit von einer entsprechenden Anwendung des § 20 ZuG 2007 ausgegangen ist, oder der Auffassung war, dass eine „Überführung“ der offenen Zuteilungsverfahren aus der ersten Periode in die zweite Periode aus anderen Gründen systemwidrig wäre. Zwar kommt dem primären Normzweck des § 20 ZuG 2007, die Einhaltung der Kyoto-Reduktionsverpflichtungen sicherzustellen, hinsichtlich der offenen Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode keine vorrangige Bedeutung zu. Wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, wäre die Einhaltung der Kyoto-Reduktionszusagen auch dann nicht gefährdet, wenn offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 aus der Reserve des Zuteilungsgesetzes 2012 bedient würden. Unter den Beteiligten bestand Einvernehmen darüber, dass - nicht zuletzt angesichts der in § 5 Abs. 5 ZuG 2012 geregelten Möglichkeit, die Reserve aufzufüllen - bei Erfüllung von Zuteilungsansprüchen der Periode 2005 bis 2007 aus der Reserve weder eine Überforderung der Reserve noch gar die Nichteinhaltung der Kyoto-Reduktionsverpflichtungen zu befürchten wäre.
- 42 Über ihren primären Normzweck, die Einhaltung der Kyoto-Reduktionsverpflichtungen sicherzustellen, hinaus ist die Erlöschensregelung des § 20 ZuG 2007 aber auch Ausdruck dessen, dass die erste Periode 2005 bis 2007 (sog. Pre-Kyoto-Periode) im Wesentlichen eine Vorbereitungs- und Übungsphase zum Sammeln von Erfahrungen für die erste Kyoto-Periode 2008 bis 2012 darstellen sollte (vgl. etwa S. 3 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen, KOM (2001, 581 endgültig) und die erste Kyoto-Periode 2008 bis 2012 „unbelastet“ beginnen sollte. Mit diesem Anliegen wäre es schwerlich zu vereinbaren gewesen, wenn offene Zuteilungsverfahren in die erste Kyoto-Periode „mitgeschleppt“ worden wären. Hinzu kommt, dass die Erfüllung der offenen Zuteilungsansprüche aus der ersten Periode mithilfe der Prozessreserve der Periode

2008 bis 2012 zwar die Einhaltung der Kyoto-Reduktionszusagen nicht gefährdet hätte. Eine entsprechend größere Bemessung der Reserve hätte aber zwangsläufig zu einer Reduzierung des verbleibenden Gesamtbudgets geführt, sodass insgesamt für die Periode 2008 bis 2012 weniger Berechtigungen zur Verfügung gestanden hätten. Von diesem „Verteilungsproblem“ wären u.a. auch diejenigen betroffen gewesen, deren noch vorhandene Berechtigungen aus der ersten Periode am 30. April 2008 ersatzlos erloschen waren. Überdies war dem Gesetzgeber des Zuteilungsgesetzes 2012 bekannt, dass aufgrund der Überausstattung mit Berechtigungen in der ersten Periode ein erheblicher Preiseinbruch stattgefunden hatte und der Handelswert der Berechtigungen von ca. 20 - 30 € zu Beginn der Handelsperiode später - ab Mitte 2006 - kontinuierlich auf einen Handelswert von unter einem Euro abfiel. Auch dies mag eine Ursache dafür sein, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Prozessreserve des § 5 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b ZuG 2012 auf offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 zu erstrecken. Dies hätte nämlich zur Folge gehabt, dass diejenigen, deren Verfahren auf Mehrzuteilung noch kurz vor dem 31. Dezember 2007 abgeschlossen wurden, nahezu wertlose Berechtigungen erhalten hätten, während diejenigen, deren Verfahren erst in der Periode 2008 bis 2012 abgeschlossen werden, werthaltige Berechtigungen zugeteilt worden wären. Es liegt auf der Hand, dass ein solches Ergebnis unbillig wäre.

- 43 Auch Verfassungsrecht zwingt nicht zu einer erweiternden Auslegung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012.
- 44 Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Emissionsbefugnis dem Eigentum an den körperlichen Gegenständen der Anlage zugeordnet. Die Einführung des Emissionshandelssystems und die damit verbundene Limitierung der zulässigen Emissionen sind als verhältnismäßige Eingriffe in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG in Gestalt einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu qualifizieren (Urteil vom 30. Juni 2005 - BVerwG 7 C 26.04 - BVerwGE 124, 47 ff. = Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr. 19 = juris Rn. 34, 35). Ungeachtet der Frage, ob die Berechtigungen als solche eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition dar-

stellen (vgl. dazu Mutschler a.a.O. § 6 Rn. 17), stellt das Erlöschen eines rechtswidrig unerfüllten Zuteilungsanspruchs ebenso wie die Löschung der Berechtigungen der ersten Periode nach § 20 ZuG 2007 einen Eingriff in diese Grundrechte dar. Die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind aber gewahrt. Zwar ist der Klägerin zuzugeben, dass das Erlöschen zugeteilter Emissionsberechtigungen nach § 20 ZuG 2007 und der Untergang offener Zuteilungsansprüche nicht ohne Weiteres gleichzusetzen sind. Auf das Erlöschen der Berechtigungen am 30. April 2008 konnten sich die Betroffenen einstellen, die Berechtigungen waren damit von vornherein belastet. Demgegenüber konnten Anlagenbetreiber, denen Berechtigungen rechtswidrig vorenthalten wurden, nur eingeschränkt am Emissionshandel teilnehmen und mussten gegebenenfalls Berechtigungen am Markt zukaufen, um ihrer Abgabepflicht nachzukommen. Dies stellt aber angesichts der mit dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz verfolgten, dem Gemeinwohl verpflichteten Klimaschutzziele und der vorgenannten Aspekte der System- und Verteilungsgerechtigkeit sowie der Vermeidung unbilliger Ergebnisse noch keine unverhältnismäßige Belastung der betroffenen Anlagenbetreiber dar, die zu einer erweiternden Auslegung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 zwingt. Dies gilt umso mehr als der Anlagenbetrieb als solcher davon nicht betroffen war, sondern es der Sache nach allein um den finanziellen Aufwand für den Erwerb zusätzlicher Berechtigungen am Markt geht.

- 45 Auch Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es nicht, § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b ZuG 2012 auf offene Zuteilungsansprüche aus der Periode 2005 bis 2007 entsprechend anzuwenden. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame Kontrolle in allen ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen. Dabei kommt Art. 19 Abs. 4 GG u.a. die Aufgabe zu, irreparable Entscheidungen soweit als möglich auszuschließen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501; Beschluss vom 29. Oktober 1975 - 2 BvR 630/73 - BVerfGE 40, 272 <275>). Der Untergang der offenen Zuteilungsansprüche mit Ablauf der ersten Periode 2005 bis 2007 zeitigt keine irreparablen Folgen. Ob der geltend ge-

machte Anspruch auf Mehrzuteilung ihr zu Unrecht versagt worden ist, kann die Klägerin im Wege einer Fortsetzungsfeststellungsklage zur Überprüfung stellen (näher dazu unter 3.). Für den Ausgleich finanzieller Schäden steht ihr der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offen. Überdies bestand die Möglichkeit, um einstweiligen Rechtsschutz etwa auf vorläufige Zuteilung zusätzlicher Berechtigungen nachzusuchen. Damit ist den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Genüge getan.

- 46 3. Der im Revisionsverfahren hilfsweise gestellte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig (a). Ob er auch begründet ist, kann im Revisionsverfahren nicht abschließend beurteilt werden (b).
- 47 a) In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auf die Verpflichtungsklage analog anwendbar ist und der Übergang von der Verpflichtungsklage auf die Fortsetzungsfeststellungsklage bzw. die hilfsweise Erhebung einer Fortsetzungsfeststellungsklage im Revisionsverfahren keine nach § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO unzulässige Klageänderung darstellt (vgl. Urteile vom 15. Dezember 1993 - BVerwG 6 C 20.92 - BVerwGE 94, 352 <355> = Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 321 = juris Rn. 19 und vom 25. Juli 1985 - BVerwG 3 C 25.84 - LS 1 = BVerwGE 72, 38 ff. = Buchholz 451.74 § 8 KHG Nr. 7).
- 48 Der Hilfsantrag ist auch im Übrigen statthaft, sofern man ihn - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - im Einverständnis mit der Klägerin dahingehend versteht, dass festgestellt werden soll, dass die Beklagte bis zum 30. April 2008 verpflichtet war, der Klägerin die begehrte Mehrzuteilung von Berechtigungen für das Kraftwerk Frimmersdorf zu gewähren und der Bescheid vom 16. Dezember 2004 und der Widerspruchsbescheid vom 26. Oktober 2005 rechtswidrig waren, soweit sie dem entgegenstanden. Wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, zielt ihr Hilfsantrag entgegen der missverständlichen Formulierung nicht darauf, festzustellen, dass der der Zuteilungsentscheidung zugrunde gelegte Kürzungsfaktor rechtswidrig war. Ein solcher Antrag wäre auch nicht statthaft, denn ein Fortsetzungsfeststellungsantrag nach Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens kann nicht auf die Feststellung gerichtet

werden, aus welchem Grund die Ablehnung des beantragten Verwaltungsakts rechtswidrig gewesen ist (Urteil vom 31. März 1987 - BVerwG 1 C 29.84 - BVerwGE 77, 164 ff. = Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 5 = juris Rn. 26). Die Bezugnahme auf den Kürzungsfaktor im Hilfsantrag dient nach den klarstellenden Ausführungen der Klägerin vielmehr lediglich dazu, die nach ihrer Auffassung relevante Beurteilungsgrundlage für ihren Anspruch auf Mehrzuteilung inhaltlich näher zu umreißen, weil ihr eine Bezifferung ihres Antrags nicht möglich ist.

- 49 Das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse für den Hilfsantrag liegt vor. Angesichts der Änderung der Zuteilungsregeln für die Periode 2008 bis 2012 ist allerdings zweifelhaft, ob es sich auf eine Wiederholungsgefahr stützen ließe. Es folgt aber jedenfalls daraus, dass ein Zivilprozess auf Entschädigung wegen enteignungsgleichem Eingriff nicht offensichtlich aussichtslos erscheint.
- 50 Im Hinblick auf einen etwaigen Schadensersatzprozess vor den Zivilgerichten gilt der Grundsatz, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse dann besteht, wenn der Zivilprozess nicht offensichtlich aussichtslos ist. Von offensichtlicher Aussichtslosigkeit ist auszugehen, wenn ohne ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete zivilrechtliche Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht. Bezogen auf Amtshaftungsklagen ist das etwa dann der Fall, wenn ein Kollegialgericht das Verhalten eines Beamten als rechtmäßig gewertet hat und deshalb diesem gegenüber nicht der Vorwurf erhoben werden kann, er habe offensichtlich fehlsam gehandelt und damit schuldhaft eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt. Dieser Grundsatz gilt ausnahmsweise dann nicht, wenn es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine grundsätzliche Maßnahme zentraler Dienststellen bei Anwendung eines ihnen besonders anvertrauten Spezialgesetzes handelt oder wenn das Gericht die Rechtslage trotz eindeutiger und klarer Vorschriften verkannt oder eine eindeutige Bestimmung handgreiflich falsch ausgelegt hat. Die Regel ist ferner unanwendbar, wenn besondere Umstände dafür sprechen, dass der verantwortliche Beamte es kraft seiner Stellung oder seiner besonderen Einsichten „besser“ als das Kollegialgericht hätte wissen müssen (Urteil vom 30. Juni 2004 - BVerwG 4 C 1.03 - BVerwGE 121, 169 ff. = Buchholz 406.11 § 172 BauGB Nr. 3 = juris Rn. 21).

- 51 Ob daran gemessen und unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Beschluss vom 10. Dezember 2009 (a.a.O.) ein Amtshaftungsprozess offensichtlich aussichtslos wäre, kann offenbleiben. Jedenfalls auf die beabsichtigte Klage auf Entschädigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs trifft dies nicht zu.
- 52 Der - verschuldensunabhängige - Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kann neben einen Amtshaftungsanspruch treten. Er setzt voraus, dass rechtswidrig in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition von hoher Hand unmittelbar eingegriffen wird, die hoheitliche Maßnahme also unmittelbar eine Beeinträchtigung des Eigentums herbeiführt, und dem Berechtigten dadurch ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt wird (BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 - III ZR 282/00 - DVBl 2001, 1619, 1621). Dass diese Voraussetzungen vorliegen, erscheint nicht offensichtlich ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Emissionsbefugnis dem Eigentum an den körperlichen Gegenständen der Anlage oder dem Unternehmen in seiner genehmigten Ausprägung zuzuordnen (Urteil vom 30. Juni 2005 - BVerwG 7 C 26.04 - BVerwGE 124, 47 <59 f.> = Buchholz 451.91 EuropUmweltR Nr. 19 Rn. 34). Das rechtswidrige Vorenthalten von Emissionsberechtigungen stellt daher eine Beeinträchtigung des aus der eigentumsrechtlich geschützten Anlage bzw. dem eigentumsrechtlich geschützten Gewerbebetrieb folgenden Nutzungsrechts dar. Als Eingriffsakte kommen sowohl der Erlass des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 als auch die Ablehnung der begehrten Mehrzuteilung in Betracht. Auch die Allgemeinwohlbezogenheit des Treibhausgas-Emissionshandels begegnet keinen Bedenken. Zudem erscheint der Anspruch weder wegen Subsidiarität noch in Ermangelung eines Schadens als offensichtlich ausgeschlossen. Die Klägerin hat um Primärrechtsschutz nachgesucht und nach eigener Darstellung die fehlenden Berechtigungen am Markt zukaufen müssen. Alles Weitere ist den Zivilgerichten zu überlassen (Urteil vom 30. Juni 2004 - BVerwG 4 C 1.03 - a.a.O. Rn. 24, 25).
- 53 b) Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn die Klägerin bei Eintritt des erledigenden Ereignisses, d.h. bei Ablauf der ersten Zuteilungsperiode

2005 bis 2007, einen Anspruch auf Mehrzuteilung von Berechtigungen hatte, der Zuteilungsbescheid vom 16. Dezember 2004 und der Widerspruchsbescheid vom 26. Oktober 2005 mithin rechtswidrig waren und die Klägerin in ihren Rechten verletzt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, kann der Senat im Revisionsverfahren nicht abschließend klären.

- 54 Die Frage, ob die Klägerin einen Anspruch auf Mehrzuteilung hatte, kann nur auf der Grundlage einer Neuberechnung des Kürzungsfaktors beantwortet werden. Die Beklagte hat eine solche Neuberechnung im Revisionsverfahren vorgenommen. Diese ist aber von der Klägerin mit substantiierten Einwendungen als fehlerhaft angegriffen worden. Streitig - und nicht im Revisionsverfahren zu ermitteln - ist u.a., wie viele Anlagen von der Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 betroffen sind. Schon dies nötigt zur Zurückverweisung an die Vorinstanz.
- 55 Bei der Neuberechnung des Kürzungsfaktors ist nicht nur die sich zugunsten der Klägerin auswirkende Nichtigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 zu berücksichtigen. Zu den generellen, bei der Prognose über die Zuteilungsmenge zu beachtenden Regeln gehört vielmehr auch, dass Zuteilungen an Optionsanlagen nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 6.07 - BVerwGE 129, 346 ff. = Buchholz 406.253 § 7 ZuG 2007 Nr. 1 = juris Rn. 23) keiner anteiligen Kürzung unterliegen. Die Auffassung der Klägerin, dass - sofern bei der Korrektur des Kürzungsfaktors überhaupt eine Saldierung zulässig sei - als Saldierungsposten nur solche Zuteilungen nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007 eingestellt werden dürfen, die die Beklagte auch tatsächlich korrigiert hat, ist unzutreffend. Im Rahmen der Neuberechnung des Kürzungsfaktors geht es nicht darum, alle Korrekturen individueller Zuteilungsbescheide einfließen zu lassen, sondern nur darum, die generellen Zuteilungsregeln bei der Prognoseerstellung nachträglich ordnungsgemäß anzuwenden. Vor diesem Hintergrund gehen auch die Hinweise der Klägerin auf das gesonderte Budget für die (konkreten) Korrekturen der Zuteilungen an die Optionsanlagen und die fehlende Berücksichtigung der ex-post-Korrekturen fehl. Der Sache nach zielt dieses Vorbringen auf einen Ausgleich zurückfließender Berechtigungen durch nachträgliche Korrekturen. Dem hat der Senat schon in seinem vom Urteil vom 16. Oktober 2007 (a.a.O. Rn. 47 ff.) eine Absage erteilt.

- 56 Ob und inwieweit bei der Neuberechnung noch weitere, im Verfahren bisher nicht erörterte Umstände relevant sein können, die ebenfalls dem Bereich der generellen Zuteilungsregeln zuzuordnen sind, kann der Senat nicht abschließend beurteilen und muss der rechtlichen Würdigung durch das Oberverwaltungsgericht vorbehalten bleiben.

Sailer

Krauß

Guttenberger

Schipper

Brandt

Sachgebiet: BVerwGE: nein
Immissionsschutzrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 12 Abs. 1; Art. 14 Abs. 1; Art. 19 Abs. 4
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4
TEHG	§ 6 Abs. 4; § 18 Abs. 3
ZuG 2007	§ 4 Abs. 4; § 7 Abs. 12; § 20 Abs. 7
ZuG 2012	§ 2 Abs. 2; § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b
ZuV 2007	§ 6 Abs. 6

Stichworte:

Treibhausgas-Emissionen; Emissionshandel; Periode; Zuteilungsperiode; Pre-Kyoto-Periode; Berechtigung; Zuteilung; Mehrzuteilung; Kürzung; Prognose; Kürzungsfaktor; Erfüllungsfaktor; Optierer; Optionsanlagen; Antrag, sachdienlicher; Bescheidung; Verpflichtung; Spruchreifmachung; Zuteilungsansprüche, offene; Banking; Kyoto-Protokoll; Kyoto-Reduktionsverpflichtungen; Reserve; Prozessreserve; beredtes Schweigen; Fortsetzungsfeststellungsklage; Fortsetzungsfeststellungsinteresse; enteignungsgleicher Eingriff.

Leitsätze:

1. Die Zuteilungsentscheidung nach § 9 Abs. 1 TEHG i.V.m. den maßgeblichen Regelungen des jeweiligen Zuteilungsgesetzes ist eine gebundene Entscheidung. Die Gerichte sind daher bei Verpflichtungsklagen auf Mehrzuteilung von Berechtigungen grundsätzlich zur Spruchreifmachung verpflichtet.

2. Offene Ansprüche auf Mehrzuteilung von Berechtigungen sind mit Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 ersatzlos untergegangen und nicht durch Zuteilung von Berechtigungen für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu erfüllen.

Urteil des 7. Senats vom 21. Dezember 2010 - BVerwG 7 C 23.09

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