

Sachgebiet:

Umweltschutzrecht, insbesondere Chemikalienrecht und Immissionsschutzrecht

BVerwGE: ja
Fachpresse: ja

Rechtsquelle/n:

TEHG 2004 § 10 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2, § 11
ZuG 2007 § 7 Abs. 1 Satz 5
ZuG 2012 § 2 Satz 3, § 3 Abs. 2 Nr. 4, § 4 Abs. 3, § 7 Abs. 1
und 3, § 9 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4, § 12 Abs. 1 und 2, §§ 19,
20

Titelzeile:

Emissionshandel: bedingter Zuteilungsantrag unwirksam

Stichwort/e:

Heizkraftwerk; Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage; Zuteilungsantrag; Haupt- und Hilfsantrag; Mindestzuteilung; Bedingung; Auslegung; Zuteilungsregel; Härtefall; Kürzung; Kürzungsfaktor; Mengenplanung; Produktionsmenge; Produkteinheit; Zuteilungsperiode; frühzeitige Emissionsminderung; Veräußerungskürzung.

Leitsatz/-sätze:

Ein Antrag auf Zuteilung nach § 12 ZuG 2012, der an das Erreichen einer bestimmten Mindestzuteilungsmenge geknüpft ist, genügt nicht dem gesetzlichen Antragserfordernis.

Auch Anlagen, deren Emissionen frühzeitig um mehr als 40% gemindert wurden (§ 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007), unterliegen der Veräußerungskürzung nach § 20 ZuG 2012.

Eine Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 kommt nur in Betracht, wenn von jedem hergestellten Produkt mindestens 10% mehr produziert wurde; eine Steigerung der Gesamtproduktion der Anlagen um mindestens 10% genügt nicht.

Urteil des 7. Senats vom 30. Oktober 2014 - BVerwG 7 C 9.13

I. VG Berlin vom 17. März 2011
Az: VG 10 K 299.09

II. OVG Berlin-Brandenburg vom 28. Februar 2013
Az: OVG 12 B 25.11



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 9.13
OVG 12 B 25.11

Verkündet
am 30. Oktober 2014

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2014
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 Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 28. Februar 2013 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin begehrt weitere Emissionsberechtigungen für Emissionen, die ihre Heizkraftwerke in der zweiten Handelsperiode verursacht haben.

- 2 Die Klägerin steht zu 100% in kommunalem Eigentum. Sie betreibt in B. zwei Heizkraftwerke als Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (HKW K. und HKW S.). In beiden Anlagen werden die Produkte Strom und Wärme hergestellt. Im Vergleich zu den in die Basisperiode fallenden Jahren 2000 bis 2004 stieg die durchschnittliche Gesamtproduktion in beiden Anlagen, ausgedrückt in kWh, in den Jahren 2005 und 2006 um insgesamt 12,12%. Die Stromproduktion erhöhte sich um insgesamt 19,23%, die Wärmeproduktion um 9,34%.
- 3 Am 17. November 2007 beantragte die Klägerin für beide Heizkraftwerke die Zuteilung von Emissionsberechtigungen gemäß § 12 Zuteilungsgesetz 2012 (ZuG 2012), hilfsweise für das Produkt Strom gemäß § 12 ZuG 2012 und gleichzeitig für das Produkt Wärme gemäß § 7 ZuG 2012, weiter hilfsweise für beide Produkte gemäß § 7 ZuG 2012. Der Hauptantrag und die ersten Hilfsanträge waren jeweils auf die Zuteilung einer Mindestzahl von Berechtigungen gerichtet. Bei Nichterreichen dieser Mindestzahl sollte über den nächsten Hilfsantrag entschieden werden. Wegen der Einzelheiten der Antragstellung wird auf das den Formularanträgen beigelegte Schreiben der Klägerin vom 16. November 2007 Bezug genommen.
- 4 Mit Bescheiden vom 14. Februar 2008 teilte die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) der Klägerin jeweils auf den letzten Hilfsantrag gemäß § 7 ZuG 2012 für das HKW K. 340 585 Berechtigungen und für das HKW S. 233 500 Berechtigungen zu. Die vorrangig gestellten Haupt- und Hilfsanträge lehnte sie als unzulässig ab, weil die begehrte Mindestmenge an Berechtigungen eine rechtswidrige Verknüpfung des Antrags mit einer Bedingung darstelle.
- 5 In der Begründung ihrer Widersprüche gegen diese Bescheide hielt die Klägerin an den begehrten Mindestzuteilungsmengen nicht mehr fest. Die DEHSt wies die Widersprüche mit Widerspruchsbescheiden vom 4. August 2009 zurück.
- 6 Das Verwaltungsgericht hat die Beklagte durch Urteil vom 17. März 2011 zur Neubescheidung der Zuteilungsanträge verpflichtet, weil ihr bei der Berechnung des Kürzungsfaktors für die Veräußerungskürzung der Zuteilungen nach § 7 ZuG 2012 ein Fehler unterlaufen sei; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Das Oberverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 28. Februar 2013 die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

- 7 Auf § 12 Abs. 1 ZuG 2012 könne die Klägerin ihren Mehrzuteilungsanspruch nicht stützen, weil sie einen zulässigen Antrag auf Härtefallzuteilung nicht gestellt habe. Das Erreichen der Mindestzuteilungsmenge sei eine nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht unzulässige verfahrensexterne Bedingung. Die Höhe der individuellen Zuteilung hänge wegen der Mengenplanung und der dafür erforderlichen Kürzungen auch von den anderen Zuteilungsanträgen ab. Zudem wäre die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens in Frage gestellt, müsste die Beklagte den Kürzungsfaktor immer wieder neu ermitteln, wenn ein Antrag wegen Nichterreichens der Mindestzuteilungsmenge entfiere. Die Klägerin habe ihre Anträge von einer genau bezifferten Mindestzuteilung abhängig gemacht. Für eine abweichende Auslegung sei kein Raum. Bei Umstellung der Anträge im Widerspruchsverfahren sei der materielle Anspruch nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 bereits erloschen gewesen.
- 8 Auch aus § 7 Abs. 1 ZuG 2012 ergebe sich kein Anspruch auf Mehrzuteilung. Das HKW K. sei nicht gemäß § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 von der Veräußerungskürzung freigestellt. Die generellen Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit der Veräußerungskürzung griffen - wie in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Oktober 2012 (BVerwG 7 C 8, 9 und 10.10) dargelegt - nicht durch. Bei der Berechnung des Kürzungsfaktors hätte die Beklagte zwar davon ausgehen müssen, dass die nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 erforderliche Mehrproduktion nicht für jedes Produkt gesondert vorliegen müsse, sondern dass auf die Steigerung der Gesamtproduktion aller vergleichbaren Anlagen abzustellen sei. Das abweichende Verständnis der Beklagten habe jedoch lediglich Einzelfallentscheidungen betroffen, nicht aber eine generell fehlerhafte Auslegung der Zuteilungsregeln dargestellt, die sich in relevanter Weise auf die Ermittlung des Kürzungsfaktors habe auswirken können.
- 9 Mit ihrer vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung materiellen Rechts. Bei der Verknüpfung des Zuteilungsantrags

mit einer Mindestzuteilungsmenge handele es sich um eine zulässige verfahrensinterne Bedingung. Die Kürzung sei ein im jeweiligen Zuteilungsverfahren zu ermittelnder Parameter, der lediglich indirekt von den anderen Zuteilungsanträgen abhängt. Zu einer „Dauerschleife“, in der die Kürzungsfaktoren bei Nichterreichen der Mindestzuteilungsmenge immer wieder neu berechnet werden müssten, komme es nicht. Die DEHSt müsse nur mittels einer einmaligen Berechnung feststellen, ob die beantragten Mindestzuteilungsmengen erreicht würden. Im Übrigen ergebe eine sachgerechte Auslegung des Antrags, dass es der Klägerin nicht um eine zahlenmäßig genau bezifferte Zuteilung, sondern lediglich darum gegangen sei, mit dem Hauptantrag nicht schlechter als mit dem Hilfsantrag zu stehen. Jedenfalls habe sie ihren rechtzeitig gestellten Antrag später konkretisieren können.

- 10 Bundesrechtswidrig sei auch die Veräußerungskürzung nach §§ 19, 20 ZuG 2012. Für das HKW K. stehe der Kürzung bereits § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 entgegen. Unabhängig hiervon sei noch offen, ob die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungskonformität der Versteigerungskürzung Bestand hätten. Jedenfalls leide die Berechnung des Kürzungsfaktors aufgrund der fehlerhaften Auslegung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 an einem systematischen Fehler.
- 11 Das Urteil beruhe auf den dargelegten Rechtsverletzungen. Für die Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 genüge es, dass - wie hier - die Gesamtproduktion der Anlagen um mehr als 10% gestiegen sei. Die Ansprüche seien auch nicht zum 30. April 2013 untergegangen.
- 12 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 28. Februar 2013 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 17. März 2011 aufzuheben,

die Beklagte zu verpflichten, ihr für das HKW K. weitere 85 263 und für das HKW S. weitere 11 410 Emissionsberechtigungen der dritten Handelsperiode zuzuteilen, und

die Zuteilungsbescheide vom 14. Februar 2008 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 4. August 2009 aufzuheben, soweit sie dieser Verpflichtung entgegenstehen.

13 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

14 Sie verteidigt das angefochtene Urteil und macht ergänzend geltend, dass ein etwaiger Mehrzuteilungsanspruch jedenfalls mit der Löschung der Berechtigungen der zweiten Handelsperiode mit Ablauf des 30. April 2013 erloschen sei.

II

15 Die zulässige Revision ist nicht begründet. Ein Anspruch auf Zuteilung weiterer Emissionsberechtigungen hat der Klägerin bereits vor Ablauf der zweiten Handelsperiode nicht zugestanden. Einen Anspruch aus § 12 ZuG 2012 hat das Oberverwaltungsgericht ohne Verstoß gegen revisibles Recht verneint (1.). Auch aus § 7 ZuG 2012 ergibt sich kein Anspruch auf Mehrzuteilung (2.). Die Ansprüche unterliegen - wie das Oberverwaltungsgericht zu Recht entschieden hat - der Veräußerungskürzung nach §§ 19, 20 ZuG 2012 (2.a). Ob die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, die von ihm als fehlerhaft beanstandete Auslegung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 durch die DEHSt habe sich nicht auf die Ermittlung des Kürzungsfaktors auswirken können, mit Bundesrecht vereinbar ist, kann offenbleiben. Das Urteil erweist sich insoweit jedenfalls im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO), weil die der Berechnung des Kürzungsfaktors zugrunde gelegte Auslegung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 nicht zu beanstanden ist (2.b).

16 1. Die Zuteilungsanträge nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 hat das Oberverwaltungsgericht als unwirksam angesehen, weil sie in unzulässiger Weise an die Bedingung einer genau bezifferten Mindestzahl zuzuteilender Berechtigungen geknüpft seien. Das ist mit Bundesrecht vereinbar.

- 17 a) Ob das Erreichen der Mindestzuteilungsmenge eine verfahrensinterne oder -externe Bedingung ist und ob ein in dieser Weise bedingter Antrag die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens gefährden würde, kann dahinstehen. Ein Antrag auf Zuteilung nach § 12 ZuG 2012, der an das Erreichen einer bestimmten Mindestzuteilungsmenge geknüpft ist, genügt bereits nicht dem gesetzlichen Antragserfordernis. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz 2004 (TEHG a.F.) setzt die Zuteilung einen schriftlichen Antrag bei der zuständigen Behörde voraus. Das Zuteilungsgesetz 2012 konkretisiert dieses Antragserfordernis. Es bestimmt - mit Ausnahme der Zuteilung für Kuppelgas erzeugende Anlagen nach § 11 ZuG 2012 - für jede Zuteilungsregel (§ 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und Abs. 2, § 9 Abs. 1, § 12 Abs. 1 ZuG 2012) gesondert, dass die Zuteilung nur „auf Antrag“ erfolgt. Der Anlagenbetreiber muss sich im Zuteilungsantrag für eine bestimmte Zuteilungsregel entscheiden. Das Antragserfordernis bezieht sich gerade auf die Zuteilungsregel. Die Angabe einer bestimmten Menge zuzuteilender Berechtigungen gehört hingegen nicht zum Antragsinhalt. Wegen der Kürzungen nach § 4 Abs. 3, § 12 Abs. 2 Satz 2, § 20 ZuG 2012, deren Höhe auch von den Anträgen anderer Antragsteller abhängt, wäre der Anlagenbetreiber hierzu auch nicht in der Lage (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 - BVerwGE 129, 328 Rn. 22 = Buchholz 406.253 § 4 ZuG 2007 Nr. 1 Rn. 22).
- 18 Die Vor- und Nachteile der jeweiligen Allokationsregelungen abzuwägen und entsprechende Zuteilungen innerhalb der Frist zu beantragen, ist Sache des Anlagenbetreibers (Urteil vom 12. Dezember 2012 - BVerwG 7 C 24.11 - Buchholz 406.253 § 11 ZuG 2007 Nr. 1 Rn. 26). Er kann sich anhand der gesetzlichen Zuteilungsregeln Kenntnis über die Zahl der Berechtigungen verschaffen, die seiner Anlage ohne anteilige Kürzung zuzuteilen wären. Hinsichtlich der Kürzungen sind die maßgeblichen Parameter und der Berechnungsmodus den jeweiligen Kürzungsvorschriften zu entnehmen (Urteil vom 16. Oktober 2007 a.a.O. Rn. 21). Dass der Anlagenbetreiber die ihm nach den jeweiligen Zuteilungsregeln und den Kürzungsvorschriften zustehenden Berechtigungen bei Antragstellung nicht exakt berechnen kann, ist dem System der Mengenplanung geschuldet. Die damit einhergehenden Unwägbarkeiten bei der Antragstellung stellen die Vereinbarkeit des Zuteilungsverfahrens mit dem Grundge-

setz nicht in Frage (Urteil vom 16. Oktober 2007 a.a.O. Rn. 21 ff.). Das Antragserfordernis verlangt von den Anlagebetreibern auf der Grundlage der ihnen bei Ablauf der Antragsfrist zur Verfügung stehenden Informationen eine definitive Entscheidung zwischen den in Betracht kommenden Zuteilungsregeln. An einer solchen definitiven Entscheidung fehlt es, wenn der Anlagenbetreiber die Wahl der Zuteilungsregel vom Erreichen einer erst im Zuteilungsverfahren zu ermittelnden Mindestzuteilungsmenge abhängig macht. Ein in dieser Weise bedingter Antrag ist darauf gerichtet, den Anlagenbetreiber von den mit der Entscheidung für eine Zuteilungsregel verbundenen Risiken freizustellen. Die Behörde soll verpflichtet werden zu prüfen, welche Zuteilungsregel für die jeweilige Anlage am günstigsten ist. Eine solche „Günstiger-Prüfung“ ist aber weder im Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz 2004 noch im Zuteilungsgesetz 2012 vorgesehen.

- 19 b) Die Anträge der Klägerin können auch nicht dahin ausgelegt werden, dass die Zuteilung nach § 12 ZuG 2012 nicht vom Erreichen einer zahlenmäßig genau bezifferten Mindestzuteilungsmenge abhängen soll, sondern lediglich davon, nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 mehr Berechtigungen zugeteilt zu bekommen als nach § 7 Abs. 1 ZuG 2012. Eine solche Auslegung hat das Oberverwaltungsgericht zu Recht ausgeschlossen. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist zwar der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Dabei sind auch das Gesamtverhalten und die näheren Umstände, die im Zusammenhang mit der Abgabe der Erklärung stehen, zu berücksichtigen, soweit in ihnen der wirkliche Wille erkennbar zum Ausdruck kommt (Urteile vom 25. Oktober 1988 - BVerwG 9 C 18.88 - Buchholz 402.25 § 8 AsylVfG Nr. 5 S. 10 - juris Rn. 20 und vom 29. Mai 1980 - BVerwG 5 C 65.78 - Buchholz 436.36 § 15 BAföG Nr. 9 S. 24 - juris Rn. 14). Die Klägerin hat ihre Anträge aber eindeutig gefasst. Sie hat die Mindestzuteilungsmenge exakt beziffert und die Hilfsanträge ausdrücklich nur für den Fall der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des vorrangigen Antrags „in der bezeichneten Mindestzuteilungsmenge“ gestellt. Lediglich in der Antragsbegründung hat sie dargelegt, entscheidend sei für sie, durch die Einstufung als Härtefall nicht schlechter gestellt zu werden als nach den Hilfsanträgen (S. 8 und 16 des Schreibens vom 16. November 2007). Damit hat sie das Motiv für

die gewählte Antragstellung erläutert, ohne vom Erreichen der bezeichneten Mindestzuteilungsmenge als Voraussetzung für die Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 abzurücken.

- 20 Unabhängig hiervon würde es an der erforderlichen definitiven Entscheidung für eine Zuteilungsregel im Zuteilungsantrag auch dann fehlen, wenn der Antrag unter der Bedingung gestellt wäre, nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 mehr Berechtigungen zugeteilt zu bekommen als nach § 7 ZuG 2012. Dass gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2012 nur „die über die Zuteilungen nach § 6 oder § 7 hinausgehende Zuteilungsmenge“ der anteiligen Kürzung unterliegt und die Kürzung deshalb bereits aus Rechtsgründen nicht - wie von der Klägerin befürchtet - dazu führen kann, dass nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 weniger Berechtigungen zugeteilt werden als nach § 7 ZuG 2012, ändert daran nichts. Die Anlagenbetreiber können ihre im Zuteilungsantrag zu treffende Entscheidung für eine Zuteilungsregel auch nicht von der Bedingung abhängig machen, dass die Behörde ihnen in einer bestimmten Rechtsauffassung folgt; sie müssen bei Stellung des Zuteilungsantrags auch Rechtsfragen in eigener Verantwortung beantworten. Kommt die DEHSt im Zuteilungsverfahren zu einem anderen Auslegungsergebnis, können sie den Rechtsweg beschreiten. Das haben sie z.B. hinsichtlich der Frage, ob die Zuteilungen an Optionsanlagen im Sinne von § 7 Abs. 12 ZuG 2007 der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unterliegen, erfolgreich getan (vgl. Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 29.07 - Buchholz 406.253 § 7 ZuG 2007 Nr. 2). Die Bedingung, dass die DEHSt bei der Anwendung einer Zuteilungsregel einer bestimmten Rechtsauffassung folgt, ist selbst dann schädlich, wenn - wie hier - nicht ersichtlich ist, woraus sich Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsauffassung ergeben sollten. Gerade in einem solchen Fall ist es dem Anlagenbetreiber zuzumuten, sich definitiv für eine Zuteilungsregel zu entscheiden.
- 21 c) Nach Ablauf der Antragsfrist kann ein an eine Mindestzuteilung geknüpfter Zuteilungsantrag nicht mehr auf einen unbedingten Antrag umgestellt werden. Auch das hat das Oberverwaltungsgericht zutreffend erkannt. Ist nicht rechtzeitig ein wirksamer Zuteilungsantrag gestellt worden, besteht der Anspruch nicht mehr (§ 10 Abs. 3 Satz 2 TEHG a.F.). Ein Zuteilungsantrag ohne unbedingte

Entscheidung für eine Zuteilungsregel ist - wie dargelegt - unwirksam; es genügt nicht, überhaupt eine Zuteilung zu beantragen („Ob“) und die Wahl der Zuteilungsregel („Wie“) dem weiteren Verfahren zu überlassen. Aus der Befugnis der Behörde nach § 11 TEHG a.F., die im Zuteilungsverfahren gemachten Angaben auch nachträglich, also nach Ergehen der Zuteilungsentscheidung, zu überprüfen, ergibt sich nichts anderes. Die Entscheidung des Anlagenbetreibers für eine Zuteilungsregel gehört nicht zu den einer Richtigkeitskontrolle unterliegenden Angaben; sie muss vor Ergehen der Zuteilungsbescheide für die Berechnung der Kürzungsfaktoren vorliegen. Einen unbedingten Antrag nach § 12 ZuG 2012 hat die Klägerin erst mit Schriftsatz vom 29. August 2008 und damit nach Fristablauf gestellt.

- 22 d) Die Verneinung der Wirksamkeit des Antrags nach § 12 ZuG 2012 verstößt weder gegen Treu und Glauben noch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Eine Mitverantwortung der DEHSt für die Befürchtung der Klägerin, wegen der Mengengrenzung für Härtefallzuteilungen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2012) nach § 12 ZuG 2012 schlechter als nach § 7 ZuG 2012 zu stehen, ist nicht erkennbar. Dass sie keine Prüfung der für den Anlagenbetreiber günstigsten Antragskonstellation durchführen werde, hatte die DEHSt im Übrigen bereits in ihrem „Leitfaden: Zuteilungsregeln 2008 - 2012“ vom 17. August 2007 (S. 8) dargelegt.
- 23 2. Einen Anspruch auf Mehrzuteilung von Emissionsberechtigungen aus § 7 ZuG 2012 hat das Oberverwaltungsgericht ebenfalls zu Recht verneint. Die Kürzung der Ansprüche nach § 20 ZuG 2012, die die DEHSt vorgenommen hat, ist weder dem Grunde (2.a) noch der Höhe nach (2.b) zu beanstanden.
- 24 a) Das HKW K. ist nicht gemäß § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 von der Veräußerungskürzung freigestellt. Auch Anlagen, deren Emissionen frühzeitig um mehr als 40% gemindert wurden (§ 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007), unterliegen der Veräußerungskürzung nach § 20 ZuG 2012. Davon ist das Oberverwaltungsgericht zutreffend ausgegangen.

25 Der Senat hat für den in § 8 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007 vorgesehenen periodenübergreifenden Ausschluss eines Erfüllungsfaktors bereits entschieden, dass die Regelung - wie in § 2 Satz 3 ZuG 2012 klargestellt - durch § 8 ZuG 2012 insgesamt, also auch hinsichtlich ihres periodenübergreifenden Gehalts, ersetzt worden ist (Urteil vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 10.10 - BVerwGE 144, 248 Rn. 24 = Buchholz 406.255 § 8 ZuG 2012 Nr. 1 Rn. 24). Für § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 gilt nichts anderes. Nach dieser Vorschrift sollte für Anlagen, deren Emissionen zwischen dem 1. Januar 1994 und dem 31. Dezember 2002, also vor Inkrafttreten des ZuG 2007, um mehr als 40% gemindert worden waren, für die erste und die zweite Handelsperiode der Erfüllungsfaktor 1 angesetzt werden. Soweit sich Regelungen des Zuteilungsgesetzes 2007 - wie hier § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 - über die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 hinaus erstrecken, werden sie gemäß § 2 Satz 3 ZuG 2012 durch die Regelungen des Zuteilungsgesetzes 2012 ersetzt. Einer auf die jeweilige Vorschrift bezogenen Anordnung bedarf diese Ersetzung nicht; anderenfalls wäre § 2 Satz 3 ZuG 2012 überflüssig. § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 ist durch § 7 i.V.m. § 20 ZuG 2012 ersetzt worden. In der zweiten Handelsperiode erhalten bestehende Anlagen der Energiewirtschaft Emissionsberechtigungen nicht mehr auf der Grundlage historischer Emissionen und eines Erfüllungsfaktors, sondern auf der Basis eines Benchmark-Systems (BTDrucks 16/5240 S. 27), d.h. auf der Grundlage der durchschnittlichen jährlichen Produktionsmenge der Anlage in einer Basisperiode und des Emissionswerts je erzeugter Produkteinheit (§ 7 Abs. 1 ZuG 2012). Diese Zuteilungen unterliegen, soweit sie auf die Produktion von Strom entfallen, der Veräußerungskürzung nach § 20 ZuG 2012. Das gilt für alle bestehenden Anlagen der Energiewirtschaft, also auch solche, deren Emissionen frühzeitig um mehr als 40% gemindert wurden (§ 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007). Diese Anlagen sind gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 ZuG 2012 lediglich von der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 ZuG 2012 ausgenommen. Dass eine entsprechende Ausnahme von der Veräußerungskürzung im Gesetzgebungsverfahren schlicht vergessen worden sein könnte, liegt fern. Die Veräußerungskürzung dient vornehmlich dem Ziel, bei den Betreibern von Energieanlagen wenigstens teilweise nicht intendierte Zusatzgewinne zu verhindern, die im Falle unentgeltlich zugewiesener Emissionsberechtigungen anfallen würden (Urteil vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 10.10 - a.a.O. Rn. 54; BTDrucks 16/5769

S. 17). Die Möglichkeit, die Kosten der Emissionsberechtigungen auf die Stromendverbraucher umzulegen und damit solche Gewinne zu erlangen, besteht aber unabhängig davon, ob der Betreiber frühzeitig Maßnahmen der Emissionsminderung durchgeführt hat oder nicht. Im Übrigen bleibt der Vorteil, wegen der Emissionsminderungen weniger Berechtigungen zukaufen zu müssen, den Anlagenbetreibern erhalten. Ein schutzwürdiges Vertrauen, auch von der Veräußerungskürzung ausgenommen zu werden, konnte unter Geltung des § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 schon deshalb nicht entstehen, weil es eine solche Kürzung damals noch nicht gab. Ein Privilegierungstatbestand kann nicht aus dem jeweiligen Zuteilungssystem herausgelöst werden. Wird das Zuteilungssystem - wie hier u.a. durch die Zurückhaltung von Berechtigungen für die Veräußerung - grundlegend geändert, muss neu geprüft werden, ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, die bisher begünstigten Anlagen auch in dem neuen System zu privilegieren. Unabhängig hiervon hat § 12 Abs. 1 Satz 5 ZuG 2007 - ebenso wie § 8 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007 - nur vor Inkrafttreten des ZuG 2007 liegende Investitionen honoriert, ohne damit Anreize für künftige, im Vertrauen auf den Regelungsbestand zu tätige Investitionen zu schaffen (vgl. Urteil vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 10.10 - a.a.O. Rn. 83).

- 26 Die Veräußerungskürzung nach § 20 ZuG 2012 ist sowohl mit der bundesstaatlichen Finanzverfassung als auch mit den Grundrechten der Anlagenbetreiber vereinbar. Das hat der Senat bereits entschieden (Urteile vom 10. Oktober 2012 - BVerwG 7 C 8.10 - Buchholz 406.255 § 20 ZuG 2012 Nr. 1 Rn. 21 ff., BVerwG 7 C 9.10 - Buchholz 406.255 § 20 ZuG 2012 Nr. 2 - Rn. 14 ff. und BVerwG 7 C 10.10 a.a.O. Rn. 35 ff.). Neue Gesichtspunkte ergeben sich aus dem Revisionsvorbringen nicht.
- 27 b) Der Umfang der Kürzung ist nicht zu beanstanden.
- 28 Nach der insoweit vom Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - BVerfGK 16, 418) nicht beanstandeten Rechtsprechung des Senats ist die für die Berechnung des Kürzungsfaktors erforderliche Prognoseentscheidung über die Zuteilungsmenge gerichtlich nur darauf zu überprüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zutei-

lungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt hat; die unrichtige Anwendung des Gesetzes bei Zuteilungen im Einzelfall führt nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge und des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors (Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 - BVerwGE 129, 328 Rn. 44 = Buchholz 406.253 § 4 ZuG 2007 Nr. 1 Rn. 44). Die DEHSt ist davon ausgegangen, dass eine Zuteilung nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 nur in Betracht kommt, wenn von jedem hergestellten Produkt mindestens 10% mehr produziert wurde, eine Steigerung der Gesamtproduktion aller Anlagen um mindestens 10% also nicht genügt. Das ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen (vgl. VG Berlin, Urteil vom 23. Februar 2011 - 10 K 274.09 - juris) mit Bundesrecht vereinbar.

- 29 Nach § 12 Abs. 1 ZuG 2012 kommt eine Härtefallzuteilung in Betracht, wenn „durch die Gesamtheit der ... Anlagen ... mindestens 10% mehr produziert“ wird. Dass die Mehrproduktion an die Anlagen und nicht an die einzelnen dort erzeugten Produkte geknüpft sein soll, folgt daraus nicht. Denn § 12 Abs. 1 ZuG 2012 regelt nicht, wie die Produktionsmenge einer Anlage zu bestimmen ist. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ZuG 2012 und § 2 Nr. 1 Zuteilungsverordnung 2012 (ZuV 2012) ist die Produktionsmenge produktbezogen zu bestimmen. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ZuG 2012 definiert die Produktionsmenge als die Menge der je Jahr in einer Anlage erzeugten Produkteinheiten, § 2 Nr. 1 ZuV 2012 als die Menge der je Jahr in einer Anlage erzeugten Produkteinheiten, bezogen auf die jährliche Nettomenge verkaufsfertiger Produkte. Dass die „Produkteinheit“ lediglich eine Maßeinheit sein soll, überzeugt nicht. Auch wenn z.B. Strom und Wärme in kWh gemessen werden, handelt es sich um unterschiedliche Produkte mit einem unterschiedlichen Emissionswert. Dass sie bei der Bestimmung der für die Härtefallzuteilung relevanten Produktionsmenge gleich gewichtet werden sollen, versteht sich jedenfalls nicht von selbst. Bei einer anlagenbezogenen Betrachtungsweise wäre zudem unklar, wie die Produktionsmenge berechnet werden soll, wenn die unterschiedlichen Produkte auch in unterschiedlichen Einheiten gemessen werden, z.B. wenn eine Industrieanlage neben der Industrieproduktion aus erhitztem Abgas Strom erzeugt oder aus dem Rücklauf eines Kühlturms Wärme in das Fernwärmenetz einspeist. § 9 Abs. 3 Satz 2 ZuG 2012 regelt le-

diglich, wie der Emissionswert in einem solchen Fall bestimmt werden soll; eine vergleichbare Regelung für die Bestimmung der Produktionsmenge gibt es nicht.

- 30 Die produktbezogene Betrachtung ist auch mit Sinn und Zweck der besonderen Härtefallregelung vereinbar. Sie soll insbesondere im Bereich mittelständischer Unternehmen aus einer Unterauslastung in der Basisperiode resultierende Nachteile der Standardzuteilung ausgleichen (BTDrucks 16/5240 S. 30). Produktionsschwankungen einer Anlage dürften aber in der Regel alle dort hergestellten Produkte betreffen. Wenn z.B. eine Industrieanlage ihre Produktion steigert, wird die Menge des aus erhitztem Abgas erzeugten Stroms oder der aus dem Rücklauf eines Kühlturms in das Fernwärmenetz eingespeisten Wärme entsprechend steigen. Bei KWK-Anlagen hängt das Verhältnis der Produkte elektrische Energie und Nutzwärme hingegen nicht davon ab, wie viel Energie insgesamt zur Umwandlung eingesetzt wird. Bei der Zuteilung trägt das Zuteilungsgesetz 2012 den Besonderheiten dieses Anlagentyps ausdrücklich Rechnung. Abweichend von dem Grundsatz, dass für eine Anlage nur eine Zuteilungsregel zur Anwendung kommt (vgl. Urteil vom 14. März 2013 - BVerwG 7 C 23.11 - Buchholz 406.255 § 8 ZuG 2012 Nr. 3 Rn. 16), erhalten KWK-Anlagen für Strom und für Wärme gesonderte Zuteilungen (§ 7 Abs. 3, § 9 Abs. 4 ZuG 2012). Diese Regelung soll vermeiden, dass ihnen ein Nachteil aus dem Umstand erwächst, dass der CO²-Ausstoß bei gleichzeitiger Produktion von Strom und Wärme höher ist als bei reiner Stromerzeugung; anderenfalls bestünde ein Anreiz, die bestehende Wärmeauskopplung zu reduzieren (BTDrucks 15/2966 S. 24). Hätte der Gesetzgeber Strom und Wärme abweichend hiervon bei der Ermittlung der Produktionsmenge für die Zuteilung nach § 12 ZuG 2012 nicht gesondert betrachten wollen, wäre eine ausdrückliche Regelung zu erwarten gewesen.

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 Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf
452 430 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Klägerin begehrt die Mehrzuteilung von 96 673 Emissionsberechtigungen. Bei Einlegung der Revision lag der börsennotierte Preis des Zertifikats bei 4,68 €, was den Streitwert bestimmt (§ 52 Abs. 1 GKG; vgl. Beschluss vom 21. Februar 2013 - BVerwG 7 C 18.11 - juris).

Dr. Nolte

Dr. Philipp

Guttenberger