

**Aktuelle Rechtsprechung:  
Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach dem  
Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) und dem  
Zuteilungsgesetz (ZuG) 2007**

- Sachstand -

**MRn Katja Meyer zu Heringdorf  
Rechtsreferendarin Sabine Büntig**

## **Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages**

Verfasserinnen: MRn Katja Meyer zu Heringdorf/Rechtsreferendarin Sabine Büntig

Aktuelle Rechtsprechung: Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) und dem Zuteilungsgesetz (ZuG) 2007

Sachstand WD 5 - 148/07

Abschluss der Arbeit: 31.8.2007

Fachbereich WD 5: Wirtschaft und Technologie;  
Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz;  
Tourismus

Ausarbeitungen und andere Informationsangebote der Wissenschaftlichen Dienste geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Die Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste sind dazu bestimmt, Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Diese bedürfen der Zustimmung des Direktors beim Deutschen Bundestag.

## 1. Einleitung

Der Deutsche Bundestag hat mit Beschluss vom 22.06.2007 zum Zuteilungsgesetz (ZuG) 2012 die gesetzlichen Grundlagen für die zweite Periode (2008 bis 2012) des Handels mit CO<sub>2</sub>-Emissionsberechtigungen geschaffen.

Mit der ablaufenden ersten Handelsperiode (2005-2007) liegt auch die erste obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit des TEHG und des ZuG 2007 vor. Gegenstand der richterlichen Entscheidungen war dabei auch die Rechtmäßigkeit der Umsetzung durch die beim Umweltbundesamt unter der Aufsicht des BMU angesiedelte Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt). Anlass dieser Arbeit sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Themenfeld im ersten Halbjahr 2007.

## 2. Rechtsprechungsübersicht

Unstreitig können die Regelungen zum Emissionshandel von Unternehmen als Beeinträchtigung ihrer zuvor bestehenden Freiheit, in unbeschränktem Maße Treibhausgase zu emittieren, empfunden werden. Entsprechend der „Solange II“ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) erfolgt eine Prüfung zwingender gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben anhand der nationalen Grundrechte wegen des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts sowie des Kooperationsverhältnisses des BVerfG und des EuGH grundsätzlich nicht.

So sind die vom Emissionshandel betroffene Berufs- und Unternehmensfreiheit sowie das Eigentumsgrundrecht auch auf Gemeinschaftsebene gewährleistete Grundrechte (Art. 6 Abs. 2 des Vertrages der Europäischen Union), jedoch sind diese nach der Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG durch die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG und das sie umsetzende TEHG hinsichtlich der Einführung des Emissionshandels ohnehin nicht verletzt.

Das **BVerwG** vertritt dabei in seiner **Entscheidung vom 30.06.2005** die Auffassung, dass es sich bei den erteilten Emissionsberechtigungen um eine Nutzungsbeschränkung des Anlageneigentums handele und nicht um einen (teilweisen) Eigentumsentzug etwa der Emissionsbefugnis. Dies ist umstritten. Das **BVerfG** hat jedoch in seinem **Beschluss vom 14.05.2007** die Auslegung des BVerwG gebilligt und ließ sie verfassungsrechtlich unbeanstandet. Überdies wies das BVerfG darauf hin, dass nach seiner Rechtsprechung auch das Unterstellen des Grundwassers unter eine öffentlich-rechtliche Be-

nutzungsordnung keine Enteignung darstellte. Gegenstand der damaligen Prüfung war das Wasserhaushaltsgesetz, welches das Grundwasser der Allgemeinheit zuordnet und klarstellt, dass dem Grundstückseigentümer prinzipiell kein Recht zukommt, auf das unterirdische Wasser zuzugreifen.

Die Nutzungsbeschränkung des Anlageneigentums durch die Einführung des Emissionshandels ist nach Ansicht des BVerwG gerechtfertigt, da sie dem Schutz eines hochrangigen Allgemeingutes dient und insbesondere wegen der kostenlosen Zuteilung der Berechtigungen verhältnismäßig sei. Auch hierzu äußert das BVerfG keine Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht. Die Verringerung der Treibhausgas-Emissionen sei tatsächlich ein dem Gemeinwohl dienendes Ziel der Gemeinschaft, da umweltpolitische Ziele im Vertrag der Europäischen Gemeinschaft fest verankert seien und die Gemeinschaft im Rahmen des Kyoto-Protokolls selbst Verpflichtungen eingegangen sei.

Da das BVerfG diese Erwägungen jedoch vor dem Hintergrund der Prüfung einer eventuellen Verletzung der Vorlagepflicht des BVerwG gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG angestellt hat (in dem Verfahren war von Seiten der Beschwerdeführer gerügt worden, das BVerwG hätte den Sachverhalt dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen müssen) und die zu Grunde liegende Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hatte, dürften die Überlegungen zu dieser Problematik nicht abschließend sein.

Überdies stellt das BVerfG in dem gleichen Beschluss klar, dass insbesondere mit der Zuständigkeitsvorschrift des § 20 TEHG und der darin geregelten Zuständigkeitsverteilung zwischen Landesbehörden und dem Umweltbundesamt keine unzulässige Mischverwaltung geschaffen wurde. § 20 Abs. 1 TEHG sieht vor, dass für den Vollzug der §§ 4 und 5 bei genehmigungsbedürftigen Anlagen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 3 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes die dafür nach Landesrecht zuständigen Behörden verantwortlich sind. Im Übrigen ist das Umweltbundesamt zuständig. Das BVerfG stellt fest, dass Umweltbundesamt und die Landesbehörden würden innerhalb der ihnen zugewiesenen Sachbereiche in eigener Verantwortung entscheiden. Mitentscheidungsbefugnisse seien zwischen dem Umweltbundesamt und den Landesbehörden nicht vorgesehen. Auch sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Bund die Aufgabenübertragung nach § 20 Abs. 1 S. 2 TEHG an das Umweltbundesamt für einen bundeseinheitlichen Vollzug für erforderlich gehalten hat.

Eine Überprüfung der innerstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen durch die Gerichte anhand nationaler Grundrechte findet in Bereichen statt, in denen die Gemeinschaftsrichtlinie keine verbindlichen Regelungen trifft. Die Emissionshandelsrichtlinie gibt viele Eckpunkte vor, überlässt jedoch die konkrete Ausgestaltung der Einführung des Emissionshandelssystems den Mitgliedsstaaten. So bleibt es dem nationalen Gesetzgeber unter anderem überlassen, wie er Übergangsvorschriften und Härtefallregelungen ausgestalten will und ob er von der Möglichkeit Gebrauch machen möchte, Anteile an der gesamten Berechtigungsmenge bis zu der in der Richtlinie vorgesehenen Maximalhöhe (in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 sind das 5 %) zu veräußern.

Daher konnte die Übergangsvorschrift zur Anerkennung von frühzeitigen Emissionsminderungen (early actions) durch die Anlagenbetreiber in bestimmten Zeiträumen (§ 12 ZuG 2007) Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung werden. In ihrem Normenkontrollantrag rügte die Regierung des Landes Sachsen-Anhalt, dass die Norm nur nach dem 1.1.1994 abgeschlossene durchgeführte Emissionsminderungsmaßnahmen honoriere, davor liegende Modernisierungsmaßnahmen indes nicht hinreichend würdige und daher gegen den Gleichheitssatz verstoße. Mit **Beschluss vom 13.03.2007** stellte das **BVerfG** jedoch fest, dass keine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Anlagen vorliegt, bei denen bereits vor 1994 Modernisierungen vorgenommen wurden und deren Betreiber nun in den Genuss weder der Begünstigung des § 10 ZuG 2007 bei der Zuteilung von Emissionsberechtigungen an Ersatzanlagen noch der Honorierung gem. § 12 ZuG 2007 in Form eines begünstigenden Erfüllungsfaktors kommen. § 12 ZuG 2007 sieht vor, dass bei Modernisierungen nach dem 1.1.1994 unter bestimmten Voraussetzungen als Erfüllungsfaktor in der Formel für die Zuteilung der Emissionsberechtigungen der Faktor 1 (sogenannter „begünstigender Erfüllungsfaktor“) angesetzt wird. Der Erfüllungsfaktor, der als Basis für die übrigen Regelungen des Gesetzes angenommen wird, beträgt für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 demgegenüber 0,9709 (§ 5 ZuG 2007). Das BVerfG stellte fest, Sinn und Zweck des Emissionshandels sei es gerade, zusätzliche Anreize für künftige Modernisierung und zusätzliche Neuanlagen zu schaffen. Die Bevorzugung dieser Anlagen sei daher gerechtfertigt. Überdies seien vor dem Stichtag durchgeführte Emissionsminderungsmaßnahmen aus der Sicht des heutigen Standes der Technik nicht honorierungswürdig, da von ihnen kein zusätzlicher Nutzen für eine weitere Reduktion der Treibhausgasemissionen mehr ausgehe. Damit liegen nach Ansicht des BVerfG zumindest sachlich vertretbare Gründe für eine

Ungleichbehandlung vor, die damit gerechtfertigt und verfassungsrechtlich unbedenklich sei.

Das **Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin - Brandenburg** hat am **30.11.2006** im Rahmen von sechs Musterverfahren über verschiedene Streitpunkte im Zusammenhang mit der Zertifikatezuteilung verhandelt und entschieden (Urteile OVG 12 B 13.06 u.a.). Dabei ging es um die Prüfung der Rechtmäßigkeit des sog. zweiten Erfüllungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007. Dieser sieht eine anteilige Kürzung der erfolgten Zuteilung vor, falls die für eine Handelsperiode gesetzlich festgelegte Gesamtmenge an zuzuteilenden Emissionsberechtigungen überschritten wird. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 lautet:

*„(4) Übersteigt die Gesamtmenge der nach den Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme der nach § 11 zuzuteilenden Berechtigungen den Gegenwert von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid je Jahr, so werden die nach den genannten Vorschriften vorgenommenen Zuteilungen an die Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterliegen, anteilig gekürzt.“*

Der Kürzungsfaktor wird als sog. „zweiter Erfüllungsfaktor“ bezeichnet.

Nach Auffassung des Gerichts ist diese Regelung mit Europarecht und dem Grundgesetz vereinbar. Der Gesetzgeber habe bei der Einführung des Emissionshandels grundsätzlich einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum. Soweit die Bestimmtheit der Norm gerügt wurde, weil die Anlagebetreiber die Höhe der anteiligen Kürzungen nicht vorhersehen können, sieht das Gericht hierin keinen Verlust sämtlicher Planungs- und Investitionssicherheit, da die Kürzungen nur im geringen Umfang stattfänden. Der Anspruch auf Vertrauensschutz bleibe gewahrt.

Drei der sechs Musterverfahren betrafen die Anwendung der Regelung auf sogenannte „Nichtoptionsanlagen“. Darunter sind Anlagen zu verstehen, die Emissionsberechtigungen auf der Basis historischer Emissionen zugeteilt bekommen haben.

Streitig war dabei insbesondere die Frage, ob der zweite Erfüllungsfaktor während der Handelsperiode (wiederholt) nach zu berechnen und die Kürzungsentscheidungen entsprechend zu korrigieren seien. Das OVG kam dabei zum Ergebnis, dass der von der DEHSt gewählte Kürzungszeitpunkt vor Erlass der Zuteilungsentscheidung rechtmäßig sei. Das OVG führt dazu aus, dass diese Korrekturen zum einen in nicht erheblichem Umfang erfolgen. Die Abweichung der gekürzten Zuteilungsmenge von der Gesamtzuteilungsmenge sei damit zumutbar. Auch hätten die Anlagenbetreiber keinen Anspruch auf vollständige Ausschöpfung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Obergrenze. Viel-



mehr dienten die Regelungen des ZuG 2007, auch die des § 4 Abs. 4, dazu, die Einhaltung der staatlichen Verpflichtungen Deutschlands zu gewährleisten. Dementsprechend bestünde nur ein Recht auf Teilhabe an einem verhältnismäßig ausgestalteten System.

Weitere drei Musterverfahren befassten sich mit der Anwendung des zweiten Erfüllungsfaktors auf sog. „Optierer.“ Unter „Optierern“ werden Betreiber von Bestandsanlagen verstanden, welche die Zuteilung anhand von Emissionswerten auf Basis bestverfügbarer Technik erhalten und nicht auf Basis historischer Emissionen. Da der zweite Erfüllungsfaktor schon nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 auf sog. Optierer keine Anwendung finden sollte, erklärte das OVG eine so erfolgte Anwendung der Regelung durch die DEHSt für rechtswidrig. Hiergegen hat die DEHSt Revision eingelegt.

### **3. Ausblick**

Der Gesetzgeber hat mit Verabschiedung des ZuG 2012, das am 11.8.2007 in Kraft getreten ist (BGBl 2007, Teil I, Nr. 38 vom 10.8.2007, S. 1788 ff.), Probleme, die sich bei der Ausführung des ZuG 2007 ergaben, aufgegriffen und einer Regelung zugeführt. Vom produzierenden Gewerbe werden weniger Minderungsleistungen verlangt als von der Energiewirtschaft. Zudem werden kleinere Emittenten mit einem Ausstoß von weniger als 25.000 Tonnen CO<sub>2</sub> im Jahr von Minderungsbeträgen ganz freigestellt. Wird die vom Gesetzgeber vorgegebene Obergrenze bei der Vergabe der Emissionsberechtigungen tatsächlich unterschritten, sollen verbleibende Berechtigungen nunmehr der Reserve zufließen, die in gesetzlich festgelegten Fällen für zusätzliche Ansprüche auf Emissionszuteilungen zur Verfügung steht. Im ZuG 2012 umfasst die Reserve 23 Millionen Berechtigungen pro Jahr (§ 5 Abs. 1 ZuG 2012).

Darüber hinaus hat der Bundestag beschlossen, dass ab dem Jahr 2008 jährlich 40 Millionen Emissionsberechtigungen veräußert werden. Damit weicht er vom Grundsatz des § 18 ZuG 2007 der uneingeschränkten kostenlosen Zuteilung ab. Dies bedeutet ein weiteres Voranschreiten auf juristischem Neuland.

**Quellen- und Literaturverzeichnis:**

Adam, Michael/ Hentschke, Helmar/ Kopp-Assenmacher, Stefan, Handbuch des Emissionshandelsrecht, Berlin Heidelberg 2006.

Begemann, Arndt/ Luster, Henning, Rechtsfragen zum zweiten Erfüllungsfaktor, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2006, S. 135ff.

BMU, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Startschuss für die zweite Handelsperiode des Emissionshandels, Pressemitteilung vom 10.8.2007, abrufbar unter:

[http://www.bmu.bund.de/pressemitteilungen/aktuelle\\_pressemitteilungen/pm/39792.php](http://www.bmu.bund.de/pressemitteilungen/aktuelle_pressemitteilungen/pm/39792.php)

BMU, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Deutschland geht bei Veräußerung von Emissionsrechten EU-weit voran, Pressemitteilung vom 22.06.2007, abrufbar unter:

[http://www.bmu.de/pressemitteilungen/aktuelle\\_pressemitteilungen/pm/37377.php](http://www.bmu.de/pressemitteilungen/aktuelle_pressemitteilungen/pm/37377.php)

BMU, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Zuteilungsgesetz 2008 bis 2012, abrufbar unter:

[http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/rechtgrdl\\_emissionshandel.pdf](http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/rechtgrdl_emissionshandel.pdf)

BVerfG, Beschluss v. 14.05.2007, Az. 1 BvR 2036/05, abrufbar unter:

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070514\\_1bvr203605.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070514_1bvr203605.html)

BVerfG, Beschluss v. 13.03.2007, Az. 1 BvF 1/05, abrufbar unter:

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20070313\\_1bvf000105.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20070313_1bvf000105.html)

BVerwG, Urt. v. 30.06.2005, Az. 7 C 26.04, in: Gewerbearchiv (GewArch) 2005, S. 417ff.

Enders, Christoph, Die Inkorporation des Emissionshandels in das deutsche Luftreinhalteungsrecht - normativer Rahmen und aktuelle Rechtsprobleme, in: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2007, S. 193ff.



Günther, Julia/ Schnutenhaus, Jörn, Rechtsfragen zur anteiligen Kürzung von Zuteilungen im Emissionshandelsrecht - Anmerkung zu den Urteilen des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 30.11.2006 (m.w.N., insbesondere den Aktenzeichen der Entscheidungen in Fn 4), in: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2007, S. 193ff.