



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der R... AG,  
vertreten durch den Vorstand,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields, Bruckhaus, Deringer,  
Feldmühleplatz 1, 40545 Düsseldorf -

1. unmittelbar gegen  
das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C  
33.07 -,
2. mittelbar gegen  
§ 4 Abs. 4 des Gesetzes über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-  
Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungs-  
gesetz 2007 - ZuG 2007) vom 26. August 2004 (BGBl I S. 2211)

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch  
den Präsidenten Papier  
und die Richter Bryde,  
Schluckebier

am 10. Dezember 2009 einstimmig beschlossen:

1. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7  
C 33.07 - verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Artikel 19  
Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes. Das Urteil wird, soweit es die Beschwer-  
deführerin betrifft, aufgehoben. Die Sache wird insoweit an das Bundesverwal-  
tungsgericht zurückverwiesen.
2. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung ange-  
nommen.
3. Die Bundesrepublik Deutschland hat der Beschwerdeführerin ein Sechstel ih-  
rer notwendigen Auslagen zu erstatten.

4. Der Wert des Gegenstandes der anwaltlichen Tätigkeit wird auf 2.000.000 € (in Worten: zwei Millionen Euro) festgesetzt.

### Gründe:

#### I.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gegen die anteilige Kürzung der Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007. 1

1. a) Ausgangspunkt des europaweiten Emissionshandelssystems ist das Kyoto-Protokoll aus dem Jahr 1997. Darin hat die Europäische Union für die Jahre 2008 bis 2012 eine Senkung der Emission klimaschädlicher Treibhausgase um 8 % gegenüber dem Stand von 1990 zugesagt. Deutschland ist nach dem Lastenverteilungsplan der EU verpflichtet, die Menge des Treibhausgas-Ausstoßes um 21 % zu reduzieren. Zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen hat die Europäische Gemeinschaft die Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie des Rates 96/61/EG (Emissionshandelsrichtlinie, ABI Nr. L 275 vom 25. Oktober 2003, S. 32) erlassen, die einen Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen ab dem Jahr 2005 vorsieht. Ihrer Umsetzung dienen in Deutschland insbesondere das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG) vom 8. Juli 2004 (BGBl I S. 1578) und - für den Zeitraum 2005 bis 2007 - das Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007) vom 26. August 2004 (BGBl I S. 2211). Das ZuG 2007 legt im Hinblick auf den Zeitraum 2005 bis 2007 nationale Ziele für die Emission von Kohlendioxid in Deutschland sowie Regeln für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen fest. Für den Zeitraum 2008 bis 2012 ist das Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (Zuteilungsgesetz 2012 - ZuG 2012) vom 7. August 2007 (BGBl I S. 1788) erlassen worden. 2

b) Der Grundmechanismus des Systems lässt sich wie folgt beschreiben: Die Freisetzung von Kohlendioxid durch bestimmte unter den Anwendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes fallende Tätigkeiten (§ 2 TEHG) bedarf einer Emissionsgenehmigung (§ 4 Abs. 1 TEHG). Diese Genehmigung setzt voraus, dass der Verantwortliche - in der Regel also der Anlagenbetreiber (§ 3 Abs. 7 Satz 2 TEHG) - im Stande ist, die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und hierüber Bericht zu erstatten (§ 4 Abs. 2 TEHG). Der Verantwortliche ist sodann verpflichtet, bis zum 30. April eines jeden Jahres eine Anzahl von Emissionsberechtigungen an das Umweltbundesamt als zuständige Behörde abzuliefern, die den durch seine Tätigkeit im vorangegangenen Kalenderjahr verursachten Emissionen 3

entspricht (§ 6 Abs. 1 TEHG). Mit der Rückgabe an das Umweltbundesamt hat die Berechtigung keine Gültigkeit mehr und wird vom Konto des Anlagenbetreibers gelöscht (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TEHG).

Die Verantwortlichen haben allerdings nach § 9 Abs. 1 TEHG für jede Tätigkeit im Sinne des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes einen Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen nach Maßgabe des jeweiligen Zuteilungsgesetzes. Um die Berechtigungen zu erhalten, muss der Anlagenbetreiber einen Antrag beim Umweltbundesamt stellen (§ 10 Abs. 1 TEHG). Dem Antrag sind die zur Prüfung des Anspruchs erforderlichen Unterlagen beizufügen. Die Angaben im Zuteilungsantrag müssen von einer von der zuständigen Behörde bekannt gegebenen sachverständigen Stelle verifiziert worden sein (§ 10 Abs. 1 Satz 2 und 3 TEHG). Die Berechtigungen werden dann aufgrund einer Entscheidung, die sich auf die jeweilige Zuteilungsperiode bezieht, dem Verantwortlichen zugeteilt und jährlich in Teilmengen an diesen ausgegeben (§ 9 Abs. 2 TEHG).

4

Die Zuteilungsanträge für die erste Zuteilungsperiode waren innerhalb von drei Wochen nach Inkrafttreten des Gesetzes über den nationalen Zuteilungsplan zu stellen (§ 10 Abs. 3 Satz 1 TEHG). Dieses Gesetz trat am 31. August 2004 in Kraft (vgl. § 24 ZuG 2007). Die Zuteilungsentscheidungen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 mussten spätestens sechs Wochen nach Ablauf der Antragsfrist ergehen (vgl. § 10 Abs. 4 Satz 2 TEHG). Eine Zuteilung sollte nach § 17 ZuG 2007 nur ergehen, wenn die Richtigkeit der Angaben des Betreibers ausreichend gesichert war; die zuständige Behörde konnte zur Prüfung der Richtigkeit der Angaben einen Sachverständigen beauftragen. In der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 wurden sämtliche Berechtigungen kostenlos zugeteilt (§ 18 Satz 1 ZuG 2007).

5

c) Was die in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 geltenden einzelnen Zuteilungsregeln für die am Emissionshandel teilnehmenden Anlagen anbelangt, so unterschied das Zuteilungsgesetz 2007 zwischen bestehenden Anlagen und Neuanlagen. Neuanlagen sind solche, deren Inbetriebnahme nach dem 31. Dezember 2004 erfolgte (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 ZuG 2007). Etwas vereinfacht lässt sich formulieren, dass für bestehende Anlagen die Zuteilung von Berechtigungen auf der Basis ihrer historischen Emissionen (Grandfathering-Verfahren) und für Neuanlagen auf der Basis ihrer Emissionswerte unter Zugrundelegung der Verwendung der besten verfügbaren Techniken (Benchmarking-Verfahren) erfolgte. Allerdings konnten Betreiber von Bestandsanlagen nach § 7 ZuG 2007 auf Antrag auch eine Zuteilung nach den Grundsätzen des Benchmarking-Verfahrens erhalten (§ 7 Abs. 12 ZuG 2007; Optionsregelung).

6

Die Zuteilung für Bestandsanlagen nach dem Grandfathering-Verfahren verlief folgendermaßen: Maßgeblich für die Anzahl der Berechtigungen war das Produkt aus den jährlichen durchschnittlichen Kohlendioxid-Emissionen der Anlage in einer Basisperiode, einem Erfüllungsfaktor und der Anzahl der Jahre in der ersten Zuteilungsperiode (§ 7 Abs. 1 ZuG 2007). Der Erfüllungsfaktor sollte sicherstellen, dass das Ge-

7

samtvolumen des Kontingents durch die Summe aller auf Einzelentscheidungen beruhenden Zuteilungen nicht überschritten wird. Er betrug 0,9709 (§ 5 ZuG 2007). Die Basisperiode war für die einzelnen Anlagen in Abhängigkeit von ihrer Inbetriebnahme definiert (§ 7 Abs. 2 bis 5 ZuG 2007). Für Anlagen, die 1999 oder früher in Betrieb genommen wurden, kam es zum Beispiel auf den historischen Ausstoß in den Jahren 2000 bis 2002 an (§ 7 Abs. 2 ZuG 2007). Als spätester Zeitpunkt der Inbetriebnahme einer Anlage für die Zuteilung nach dem Grandfathering-Verfahren war in § 7 Abs. 5 ZuG 2007 der 31. Dezember 2002 festgesetzt.

Betreibern von Anlagen, die vom 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2004 in Betrieb genommen worden waren, wurden gemäß § 8 ZuG 2007 die Emissionsberechtigungen prognostisch auf der Basis der Kapazität der Anlagen, des zu erwartenden Auslastungsniveaus und des Emissionswerts je erzeugter Produkteinheit zugeteilt. Hierbei handelte es sich um eine Art modifizierte Benchmark-Regel.

8

Für Neuanlagen, das heißt Anlagen, die nach dem 31. Dezember 2004 in Betrieb genommen wurden, galt mit der Emissionswertregelung in § 11 ZuG 2007 ein reines Benchmarking-Verfahren. Soweit allerdings ab dem 1. Januar 2005 Neuanlagen als Ersatz für Bestandsanlagen im Sinne von § 7 ZuG 2007 in Betrieb genommen wurden, galt die Regelung des § 10 ZuG 2007. Danach fand auf diese Anlagen eine Übertragungsregelung Anwendung, nach der der jeweilige Betreiber noch vier Betriebsjahre nach Betriebseinstellung die Zuteilung für die in Betrieb genommenen Ersatzanlagen auf der Grundlage der Zuteilung der stillgelegten Anlagen bekam. Darüber hinaus erhielt er einen Erfüllungsfaktor von 1 für die Neuanlage für weitere 14 Jahre.

9

d) Die Gesamtmenge der nach diesen Regeln zuzuteilenden Berechtigungen wurde - mit Ausnahme der Zuteilung für Neuanlagen nach § 11 ZuG 2007 - auf 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid pro Jahr beschränkt (vgl. § 4 Abs. 4 ZuG 2007). Dieses jährliche Budget ergibt sich aus dem in § 4 Abs. 2 ZuG 2007 für die Sektoren Energie und Industrie bestimmten Emissionsziel von 503 Millionen Tonnen abzüglich 4 Millionen Tonnen für die nicht am Emissionshandel teilnehmenden Anlagen, 3 Millionen Tonnen als Reserve nach § 6 ZuG 2007 für Neuanlagen nach § 11 ZuG 2007 und 1 Million Tonnen für Härtefälle (§ 7 Abs. 10 Satz 5 ZuG 2007). Falls die Gesamtmenge der zuzuteilenden Berechtigungen die Gesamtmenge von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid überschreitet, sollten die Zuteilungen, die dem Erfüllungsfaktor nach § 5 ZuG 2007 unterliegen, gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 anteilig gekürzt werden.

10

Diese mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffene Vorschrift lautet:

11

#### § 4 Nationale Emissionsziele

12

...

(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 Vor-

13

schriften vorgenommenen Zuteilungen an die Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterliegen, anteilig gekürzt.

Nach den Mitte Dezember 2004 vom Umweltbundesamt im Zuteilungsverfahren angestellten Berechnungen hätten ohne eine anteilige Kürzung in der Zuteilungsperiode insgesamt 1.527 Millionen Berechtigungen zugeteilt werden müssen. Um das in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 festgelegte Budget von 1.485 Millionen Tonnen Kohlendioxid einzuhalten, wurden daher die dem Erfüllungsfaktor unterliegenden Zuteilungen um einen Faktor von 0,9537972599 gekürzt, das sind rund 4,6 %. Hiervon betroffen waren Zuteilungen für Bestandsanlagen nach § 7 Abs. 1 bis 5 ZuG 2007, Härtefallzuteilungen nach § 7 Abs. 10 und Abs. 11 ZuG 2007 sowie Zuteilungen für Bestandsanlagen, deren Betreiber von der Optionsregel des § 7 Abs. 12 ZuG 2007 Gebrauch gemacht hatten (die Einbeziehung der Optierer nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007 wurde später vom Bundesverwaltungsgericht beanstandet, vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 29.07 -, NVwZ 2008, S. 228). Ausgenommen von der anteiligen Kürzung wurden Zuteilungen an Anlagen, bei denen der Erfüllungsfaktor keine Anwendung findet, unter anderem neuere Bestandsanlagen nach § 8 Abs. 1 ZuG 2007 sowie Neuanlagen nach § 11 ZuG 2007, Zuteilungen, für die ein Erfüllungsfaktor von 1 festgesetzt wurde (frühzeitige Emissionsminderungen nach § 12 ZuG 2007 und prozessbedingte Emissionen nach § 13 ZuG 2007) sowie bestimmte Sonderzuteilungen (ergänzende Zuteilung bei Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung nach § 14 ZuG 2007 und für eingestellte Kernkraftwerke nach § 15 ZuG 2007).

14

2. Die Beschwerdeführerin - eine Aktiengesellschaft - ist ein Unternehmen der Energiewirtschaft, das in F... ein Kraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplung betreibt. Mit Bescheid des Umweltbundesamts vom 16. Dezember 2004 wurden ihr für dieses Werk 60.954.891 Berechtigungen zugeteilt, ausgegeben in drei jährlichen Teilmengen. Ohne anteilige Kürzung hätte die Beschwerdeführerin weitere 2.952.660 Berechtigungen erhalten. Der hierauf eingelegte Widerspruch blieb ebenso erfolglos wie die anschließend erhobene Klage (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 7. April 2006 - VG 10 A 444.05 -; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 30. November 2006 - OVG 12 B 14.06 -, juris; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07 -, BVerwGE 129, 328).

15

In seinem Urteil führte das Bundesverwaltungsgericht zur Begründung aus, die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, dass die Beschwerdeführerin durch die gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 vorgenommene anteilige Kürzung der andernfalls zuzuteilenden Berechtigungen nicht in ihren Rechten verletzt werde und keinen Ausgleich der anteiligen Kürzung aus Rückflüssen von Berechtigungen infolge nachträglicher Korrekturen beanspruchen könne, sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

16

a) Die Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei - entgegen der Ansicht der im Revisionsverfahren streitgenossenschaftlich beteiligten M. AG - mit Gemeinschaftsrecht und mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar. Sie verletze nicht den Grundsatz des Vertrauensschutzes und sei verhältnismäßig. Auch der Wesentlichkeitsgrund-

17

satz sei gewahrt.

b) Die Anwendung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 durch das Umweltbundesamt verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten. Die anteilige Kürzung sei einmalig vor der allgemeinen Zuteilung der Berechtigungen vorzunehmen und sei innerhalb der Zuteilungsperiode nicht variabel. Der Kürzungsfaktor unterliege einer funktional eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. 18

aa) Für die Berechnung des Kürzungsfaktors sei der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungsbescheide maßgeblich. Dies ergebe sich aus § 10 Abs. 4 Satz 2 TEHG und Art. 11 Abs. 1 der Emissionshandelsrichtlinie. Zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Beginn des Emissionshandels müssten danach die Mengenplanung und auch der Kürzungsfaktor feststehen. Diese Stichtagsregelung wäre sinnlos, wenn mit ihr nicht der für die Mengenplanung verbindliche Zeitpunkt bestimmt worden wäre. Nachträgliche Änderungen individueller Zuteilungen seien für den Kürzungsfaktor unerheblich. Dies geböten die Planungs- und Investitionssicherheit der am Emissionshandel teilnehmenden Anlagenbetreiber, die Stabilität des Emissionshandelssystems und die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens. Die Anlagenbetreiber dürften darauf vertrauen, während der Handelsperiode im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften über die Menge der ihnen zugeteilten Berechtigungen verfügen zu können und vor deren Wertverlust durch Ausgabe zusätzlicher, aus nachträglichen Änderungen von Zuteilungsbescheiden hervorgegangener Berechtigungen verschont zu bleiben. Das Emissionshandelssystem solle weder durch nachträgliche staatliche Eingriffe in den Marktmechanismus noch durch eine mangels kalkulierbarer Rahmenbedingungen sachwidrige Zurückhaltung der Marktteilnehmer beim Verkauf von Berechtigungen beeinträchtigt werden. Eine stetige Anpassung des Kürzungsfaktors an Veränderungen der Zuteilungsmenge wäre zudem widersinnig. Denn er könnte dann erst kurz vor dem Erlöschen der Berechtigungen mathematisch exakt berechnet werden. Aus § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 ZuG 2007 ergebe sich kein Anspruch auf bestmögliche Erfüllung des Zuteilungsanspruchs. Der Zuteilungsanspruch stehe von vornherein unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Regelungen. Angesichts dessen stelle die anteilige Kürzung keinen Eingriff in ein subjektives Recht des Anlagenbetreibers dar. Der Eingriff in die Rechte des Anlagenbetreibers werde durch die Abgabepflicht bewirkt. Auf welche Weise der dem Ausgleich dieses Eingriffs dienende Zuteilungsanspruch erfüllt werde, entscheide der Gesetzgeber auf der Grundlage seines weiten Gestaltungsspielraums. 19

bb) Das Gesetz räume der zuständigen Behörde bei der Bestimmung des Kürzungsfaktors einen durch die Funktion der Mengenplanung gebotenen Prognose-spielraum ein. Dem entspreche eine eingeschränkte Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Kürzungsfaktors im Rahmen der gerichtlichen Prüfung der individuellen Zuteilungsbescheide. Durch diese Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung würden die betroffenen Anlagenbetreiber nicht in ihren Rechten verletzt. 20

(1) § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ziele darauf ab, die Einhaltung des Emissionsbudgets auf 21

der Ebene der Mengenplanung sicherzustellen. Dabei bestimme sich die Zuteilungsmenge aber nicht aus der Summe der zugeteilten Berechtigungen, die sich aufgrund einer gerichtlichen Nachprüfung als rechtmäßig erwiesen hätten. Sie ergebe sich vielmehr aus der Prognose der zuständigen Behörde über die im Sinne des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 voraussichtlich zuzuteilenden Berechtigungen. Grundlage der Prognose sei die Zahl der gemäß § 17 ZuG 2007 überprüften Zuteilungsanträge und die Zuordnung der Anlagen zu den jeweiligen Zuteilungsregeln. Dem Gesetzgeber könne nicht verborgen geblieben sein, dass die vor Beginn des Zuteilungsverfahrens zu ermittelnde Zuteilungsmenge nicht an eine durch gerichtliche Nachprüfung festgestellte Rechtmäßigkeit der Zuteilungsbescheide geknüpft sein könne. Die Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Ermittlung der zuzuteilenden Berechtigungen im maßgeblichen Zeitpunkt könne deshalb nur als gesetzliche Ermächtigung zur prognostischen Beurteilung der für die anteilige Kürzung relevanten Zuteilungsmenge nach dem Stand ihrer Erkenntnisse verstanden werden. Dies folge aus der Eigenart der an die Behörde übertragenen Aufgabe, innerhalb kürzester Frist aus einer die Milliardenengrenze weit überschreitenden Zahl beantragter Zuteilungen auf der Grundlage vielfältiger und komplexer Zuteilungsregeln die für die anteilige Kürzung relevante Zuteilungsmenge zu ermitteln. Angesichts dessen könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er die Behörde im Rahmen der von ihr zu leistenden Prognose vor die unlösbare Aufgabe habe stellen wollen, die Rechtmäßigkeit der individuellen Zuteilungen über die ihr obliegende Richtigkeitskontrolle im Sinne des § 17 ZuG 2007 hinaus zu prüfen. Dies gelte umso mehr, als nach den Wahrscheinlichkeitsregeln davon ausgegangen werden könne, dass sich die Fehler im Einzelfall gegenseitig ausgleichen, so dass sich im Ergebnis an der gesamten Zuteilungsmenge nichts ändere. Deren Richtigkeit sei für die Anwendung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 jedoch entscheidend.

(2) Die gerichtliche Nachprüfung angefochtener Zuteilungsbescheide könne nicht weiter reichen als die materiellrechtlichen Bindungen der Verwaltung. Die dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz unterliegenden Rechtspositionen würden durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht begründet, sondern vorausgesetzt. Gerichtliche Kontrolle ende dort, wo das materielle Recht die Verwaltung im Rahmen der Verfassung zu Entscheidungen verpflichte, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. Daher beschränke sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolle auf die Prüfung, ob die zugrunde gelegte Prognose auf der Grundlage fachwissenschaftlicher Maßstäbe methodisch fachgerecht erstellt worden sei. Es sei zu prüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt habe. Die Prognoseentscheidung sei zu beanstanden, wenn die Prüfung der Richtigkeit der nach dem Zuteilungsgesetz 2007 erforderlichen Angaben der Anlagenbetreiber generell nicht dem Maßstab des § 17 ZuG 2007 entsprochen habe, wenn die Zuteilungsregeln der §§ 7 ff. ZuG 2007 generell unzutreffend angewandt worden seien oder wenn die Berechnung des Kürzungsfaktors generell auf einer fehlerhaften Auslegung der Behörde beruhe. Demgegenüber führe die un-

22

richtige Anwendung des Gesetzes bei Zuteilungen im Einzelfall nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge oder des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors.

Diese Maßstäbe seien vom Oberverwaltungsgericht vorliegend rechtsfehlerfrei angewandt worden. Die aus der Zuteilungsmenge nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 vorzunehmenden Zuteilungen sowie die der anteiligen Kürzung unterliegenden Zuteilungen seien vom Oberverwaltungsgericht ohne Verletzung von Rechten der Beschwerdeführerin bestimmt worden. Die Frage, ob auch Härtefallzuteilungen nach § 7 Abs. 11 ZuG 2007 sowie die Zuteilung an Optierer nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007 anteilig zu kürzen gewesen seien, könne offen bleiben. Denn diese Anlagen seien vom Umweltbundesamt in die anteilige Kürzung einbezogen worden, was sich zugunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt habe. Ein diesbezüglich möglicherweise falsches Verständnis der Zuteilungsregeln verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihren Rechten.

23

3. Die Beschwerdeführerin hat am 12. Dezember 2007 Verfassungsbeschwerde erhoben. Sie wendet sich unmittelbar gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie mittelbar gegen § 4 Abs. 4 ZuG 2007 und rügt die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.

24

a) Das von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG geschützte Recht folge aus § 9 Abs. 1 TEHG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 ZuG 2007. Der sich daraus ergebende Anspruch auf Zuteilungen von Berechtigungen sei (nur dann) anteilig nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zu kürzen, wenn die in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 festgelegte Obergrenze überschritten werde. Die Gewährung des Anspruchs auf kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen sei aufgrund der mit der Einführung des Emissionshandelssystems verbundenen Belastungen der betroffenen Anlagenbetreiber grundrechtlich gefordert. Die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei ein Eingriff in dieses grundrechtlich geschützte Recht. Seine belastende Wirkung sei auf das zwingend erforderliche Maß zu beschränken. Die anteilige Kürzung sei daher nur dann rechtmäßig, wenn die zuständige Behörde den zutreffenden Kürzungsfaktor festgelegt habe.

25

b) Die vom Bundesverwaltungsgericht getroffene Auslegung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar. Indem das Bundesverwaltungsgericht die gerichtliche Prüfung allein auf die im Hinblick auf die Mengenplanung generell zutreffende Anwendung der Regelungen des ZuG 2007 beschränke, mache es den Rechtsschutz gegen eine ungerechtfertigt zu hohe Kürzung der Berechtigungszuteilung unmöglich. Rechtswidrige Einzelzuteilungen führten jedoch zu einer zu hohen Gesamtzuteilungsmenge und damit zu einem zu hohen Kürzungsfaktor. Diese tatsächliche Grundlage des Handelns des Umweltbundesamtes werde vom Bundesverwaltungsgericht jedoch von einer gerichtlichen Kontrolle freigestellt. Der Prüfungsmaßstab der generell richtigen Anwendung der Zuteilungsregeln, auf den sich das Bundesverwaltungsgericht beschränke, sei nicht besonders

26



fehleranfällig. Die Anwendung der Detailregelungen des ZuG 2007 und der Zuteilungsverordnung 2007 (Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 vom 31. August 2004, BGBl I S. 2255, ZuV 2007) sei dagegen eine Quelle für zahlreiche mögliche Rechtsverstöße, welche vom Bundesverwaltungsgericht nicht in die gerichtliche Kontrolle des Kürzungsfaktors einbezogen werde. Ein Beispiel für einen derartigen Fehler betreffe die Anwendung von § 6 Abs. 6 ZuV 2007. Diese Vorschrift, die vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteilen vom selben Tag wie die vorliegend gegenständliche Entscheidung für nichtig befunden worden sei, habe bestimmte Emissionen fälschlicherweise als prozessbedingt im Sinne von § 13 ZuG 2007 eingestuft. Dadurch seien 1.930.897 Berechtigungen zu Unrecht nicht dem Erfüllungsfaktor und damit nicht der anteiligen Kürzung unterworfen worden. Der Kürzungsfaktor wäre ohne diesen Fehler weniger streng ausgefallen. Die Zuteilung an die Anlagen der Beschwerdeführerin wäre um mehrere Hunderttausend Emissionsberechtigungen höher ausgefallen.

Die rechtsschutzbeschränkende Auslegung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei juristisch nicht nachvollziehbar. Weder aus Wortlaut noch Systematik der Norm ergebe sich, dass der Behörde ein Prognosespielraum habe eingeräumt werden sollen. Die Zuteilung der Berechtigungen sei durch das Gesetz mathematisch genau vorgegeben. Die anteilige Kürzung der den Anlagenbetreibern danach zustehenden Berechtigungen sei nur zur Einhaltung des Gesamtbudgets zulässig.

27

Auch die teleologischen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts seien unzutreffend. Die Planungs- und Investitionssicherheit sowie die Stabilität des Handelssystems würden durch eine Korrektur des Kürzungsfaktors im Rahmen eines Rechtsbehelfsverfahrens nicht gefährdet. Denn eine solche Gefahr trete auch nicht durch den zuletzt vom Europäischen Gericht erster Instanz gebilligten Mechanismus der ex-post-Korrekturen nach § 8 Abs. 4 und § 7 Abs. 9 ZuG 2007 ein (vgl. Urteil vom 7. November 2007 - Rs. T-374/04 - „Deutschland/Kommission“). Diese Verknappung der Berechtigungen habe zu keinem Preisanstieg geführt. Vielmehr sei der Preis der Berechtigungen gefallen, weil die Betreiber im Vergleich zu den tatsächlichen Emissionen zu gut ausgestattet gewesen seien. Das Argument des Bundesverwaltungsgerichts gegen eine Korrektur des Kürzungsfaktors sei daher nicht haltbar.

28

Darüber hinaus sei der Prognosespielraum auch nicht für die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens erforderlich. Gemäß § 17 Satz 3 ZuG 2007 dürfe eine Berechtigungszuteilung nur erfolgen, wenn die Richtigkeit der Angaben des Anlagenbetreibers im Zuteilungsantrag ausreichend gesichert sei. Damit wolle der Gesetzgeber ungeachtet des Zeitdrucks für die erstmalige Zuteilung die materielle Richtigkeit der Zuteilung gewährleisten. Die von ihr, der Beschwerdeführerin, geforderte Korrektur des Kürzungsfaktors führe auch zu keinen durchgreifenden praktischen Schwierigkeiten. Da es lediglich um die Gewährung von Individualrechtsschutz gehe, bestehe nicht die Gefahr eines juristischen „perpetuum mobile“. Bestandskräftige Bescheide Dritter seien nicht von Amts wegen zu ändern. Angesichts des Umstands, dass ge-

29

genwärtig nur rund 5 % aller Zuteilungsbescheide gerichtlich angegriffen seien, sei die Gefahr einer Klageflut nicht wahrscheinlich. Schließlich sei die Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 erst zum spätestmöglichen Zeitpunkt in die Gesetzesfassung aufgenommen worden. Eine geordnete Beratung und inhaltliche Prüfung der Vorschrift im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sei daher nicht möglich gewesen.

c) Soweit jedoch die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Auslegung im vorliegenden Verfahren für maßgeblich befunden werden sollte, sei anzunehmen, dass die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte durch § 4 Abs. 4 ZuG 2007 gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoße und daher verfassungswidrig sei. 30

Der Gesetzgeber dürfe der Exekutive nicht völlig frei und ohne sachlichen Grund Prognosespielräume einräumen. Seine entsprechende Befugnis werde durch die Rechtsschutzgarantie begrenzt. Weder die Vermeidung einer Gefährdung der Planungs- und Investitionssicherheit der am Emissionshandel teilnehmenden Anlagenbetreiber noch die Wahrung der Stabilität des Emissionshandelssystems noch die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens noch der Schutz des Vertrauens der Betreiber auf den Bestand der Zuteilungsentscheidungen und den Erhalt des Wertes der Zertifikate seien - wie bereits ausgeführt - geeignet, einen Prognosespielraum zu rechtfertigen. Die Einschränkung des Rechtsschutzes beruhe letztlich allein auf der Erwartung, es werde im behördlichen Vollzug schon alles gut gehen. Die Reduzierung des gerichtlichen Rechtsschutzes könne sich darüber hinaus nicht auf bislang anerkannte Fallgruppen einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte berufen. 31

Selbst wenn vorliegend der Gesetzgeber dem Umweltbundesamt einen Prognosespielraum grundsätzlich hätte einräumen dürfen, sei mit den vom Bundesverwaltungsgericht zugelassenen Vorgaben der Kernbestand gerichtlicher Kontrolle nicht mehr gesichert. Selbst bei bestehenden Beurteilungsspielräumen sei gerichtlich zu prüfen, ob im Rahmen der behördlichen Entscheidung alle relevanten Umstände berücksichtigt worden seien und ob von richtigen Tatsachen ausgegangen worden sei. Ebenso sei zu prüfen, ob die Verwaltung den gesetzlichen Rahmen eingehalten oder gegen Verfahrensregeln verstoßen habe oder sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen. 32

Dem werde die vom Bundesverwaltungsgericht gefundene Auslegung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 nicht gerecht. Der vom Umweltbundesamt seiner Kürzungsentscheidung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zugrunde gelegte Tatsachenstoff sei nicht ausreichend überprüft worden, weil die Prognosebasis, nämlich die die Gesamtzuteilungsmenge bildenden Einzelzuteilungen, noch nicht einmal darauf untersucht werden könne, ob sie auf sachfremden Erwägungen beruhe. Darüber hinaus sei auch nicht die Einhaltung der den Einzelzuteilungen zugrunde liegenden Verfahrensanforderungen aus § 17 ZuG 2007 überprüft worden. Eine Überprüfung der einzelnen Zuteilungsentscheidungen sei auch deshalb erforderlich, weil diese aufgrund der Deckelung der zuzuteilenden Gesamtmenge drittbelastende Wirkung hätten. Eine rechtswidrig zu hohe Einzelzuteilung könne nur auf Kosten der anderen Zuteilungen erfolgen. Hier 33

könne vergleichend auf die Regelungen der Parteienfinanzierung nach §§ 18 ff. ParteienG oder anderer Bereiche mit einer Begrenztheit von Ressourcen hingewiesen werden. Nicht hinreichend berücksichtigt habe das Bundesverwaltungsgericht dabei, dass es sich bei dem Zuteilungsanspruch um eine von Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG geforderte Rechtsposition handele.

d) Selbst wenn die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, die Rechtmäßigkeit der individuellen Zuteilung sei für die Zwecke der gerichtlichen Überprüfung der anteiligen Kürzung nicht in den Blick zu nehmen, richtig wäre, hätte es der verfassungsrechtlich zwingend vorgegebene Kernbestand gerichtlicher Kontrolle jedenfalls erfordert, die Anwendung einer nichtigen Rechtsvorschrift im Zuteilungsverfahren - nämlich von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 - gerichtlich zu korrigieren. 34

4. Dem Bundestag, dem Bundesrat, dem Bundeskanzleramt, dem Bundesministerium der Justiz, dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit sowie allen Landesregierungen ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. 35

Namens der Bundesregierung hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vorgebracht, die Verfassungsbeschwerde habe keine Aussicht auf Erfolg. Weder die angegriffenen Urteile noch die darin enthaltene Auslegung und Anwendung der Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 verstießen gegen das Grundgesetz. Art. 19 Abs. 4 GG sei schon deshalb nicht verletzt, weil die Beschwerdeführerin für die begehrte gerichtliche Prüfung kein Rechtsschutzbedürfnis mehr habe. Nach Ablauf der Handelsperiode 2005 bis 2007 und der damit verbundenen Löschung von Berechtigungen aus dieser Handelsperiode zum 30. April 2008 bestünden für Anlagenbetreiber weder Primär- noch Sekundäransprüche. Im Übrigen sei auch für künftige Verfahren keine verfassungsgerichtliche Klärung erforderlich. 36

Darüber hinaus verstoße die Auslegung von § 4 Abs. 4 ZuG 2007, dem die Fachgerichte ein eingeschränktes Kontrollprogramm entnehmen, nicht gegen das Grundgesetz. Die Auffassung der Fachgerichte, die Feststellung des Kürzungsfaktors sei eine Tatsachenfrage, die ex ante zu beurteilen sei und bezüglich derer der Behörde ein Beurteilungsspielraum zustehe, verstoße nicht gegen das Willkürverbot. Die Einräumung des Prognosespielraums verletze auch nicht Art. 19 Abs. 4 GG. Es habe keine adäquaten gesetzlichen Lösungsalternativen für die Anordnung einer anteiligen Kürzung gegeben. Nur mit diesem Instrument habe der Gesetzgeber eine zielgenaue Ausschöpfung des verfügbaren Budgets erreichen können. Nur so habe ein strengerer, aber auf noch unsicherer Tatsachengrundlage beruhender Erfüllungsfaktor vermieden werden können. Dass der Behörde bei der Bestimmung des Faktors der anteiligen Kürzung ein Prognosespielraum zustehe, werde daran deutlich, dass der Gesetzgeber in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 nur die Zielmenge festgelegt habe, auf die die Einzelzuteilungen anteilig zu kürzen seien. § 17 ZuG 2007 unterstreiche dieses Beurteilungsermessen. Zudem habe der Gesetzgeber hinsichtlich der anteiligen Kürzung keine nachträglichen Korrekturen gewollt, obwohl er dies bei Produktionsprognosen 37

angeordnet habe. Die Verlässlichkeit der Prognose bei der anteiligen Kürzung werde unter anderem dadurch gesichert, dass die Zuteilungsanträge nach § 10 TEHG von einem unabhängigen Sachverständigen verifiziert würden. Der Gesetzgeber habe der Behörde mit dem ZuG 2007 die Aufgabe übertragen, innerhalb kürzester Frist die für die anteilige Kürzung relevante Zuteilungsmenge zu ermitteln. Dies impliziere, dass die in die Prognose einfließenden Daten nicht vollständig richtig sein könnten. Der Kürzungsfaktor müsse daher nach dem Erkenntnisstand der Behörde vor Abschluss des Zuteilungsverfahrens ermittelt werden. Die Schwierigkeit der behördlichen Aufgabe habe darin gelegen, innerhalb von etwa drei Monaten insgesamt 2.060 eingegangene Zuteilungsanträge zu prüfen. Eine spätere Korrektur des Kürzungsfaktors stoße auf erhebliche Schwierigkeiten. Im Rahmen der Zuteilung seien hinsichtlich der Zuteilungsregeln viele Auslegungsprobleme aufgetreten. Teilweise seien die Klageverfahren aus der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 auch zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen, so dass immer noch keine verbindliche Feststellung der Rechtmäßigkeit aller 1.849 Zuteilungsbescheide vorliege. Eine spätere Korrektur des Kürzungsfaktors hätte auch nicht zu einer signifikanten Änderung der ursprünglichen Berechnung geführt. Für das Funktionieren des Emissionshandelssystems sei es jedoch wichtig gewesen, dass die Anlagenbetreiber zu Beginn des Jahres 2005 eine gesicherte Information über die ihnen zuzuteilende Menge an Berechtigungen gehabt hätten.

Auch die Gerichte hätten bei der Kontrolle der Prognoseentscheidung Art. 19 Abs. 4 GG nicht verletzt. Die im Nachhinein erfolgte Nichtigerklärung des § 6 Abs 6 ZuV sei zu Recht als für die Bewertung der Richtigkeit der Kürzungsberechnung unbedeutend angesehen worden.

38

## II.

Die Verfassungsbeschwerde ist - soweit sie sich gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts richtet - zur Entscheidung anzunehmen. Insoweit ist eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG festzustellen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der Beschwerdeführerin aufzuheben sowie die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuverweisen. Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen.

39

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist nur im genannten Umfang zur Durchsetzung der Rechte der Beschwerdeführerin angezeigt. Die hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind vom Bundesverfassungsgericht im Grundsatz bereits entschieden. Die Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist, soweit die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen wird, offensichtlich (vgl. § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

40

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin auch durch Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 nicht entfallen.

41

a) Die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte Beschwer - die behauptete Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz durch das hier gegenständliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts - ist weiterhin gegeben, auch wenn die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007, für die die Beschwerdeführerin im Ausgangsverfahren die Zuteilung weiterer Berechtigungen begehrte, mittlerweile abgelaufen ist. Es kann vom Bundesverfassungsgericht aufgrund der bislang vorliegenden fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht angenommen werden, dass die Klage der Beschwerdeführerin unzulässig geworden ist. Die Auslegung des einfachen Rechts und dessen Anwendung auf den einzelnen Fall ist grundsätzlich Sache der Fachgerichte (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>).

42

aa) So ist von der fachgerichtlichen Rechtsprechung - insbesondere vom Bundesverwaltungsgericht - noch nicht ausreichend geklärt, ob der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Mehrzuteilung von Berechtigungen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 trotz deren Ablaufs noch erfüllt werden kann oder ob sich der Anspruch mittlerweile erledigt hat. Diese Unklarheit ergibt sich daraus, dass nach § 20 ZuG 2007 Berechtigungen der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 nicht in die folgende Zuteilungsperiode überführt, sondern mit Ablauf des 30. April 2008 gelöscht wurden, mithin abweichend von § 6 Abs. 4 TEHG ein sogenanntes „interperiodelles Banking“ zwischen der ersten und der zweiten Zuteilungsperiode ausgeschlossen ist (vgl. dazu: Körner, in: Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 20 ZuG, 2007 Rn. 4 ff.). Bislang liegt - soweit ersichtlich - nur eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 6. Mai 2009 vor (VG 10 A 183.06). In dieser Entscheidung wird die Auffassung vertreten, dass Ansprüche auf Zuteilungen für die Periode 2005 bis 2007 mit dem Ablauf des 30. April 2008 ihren Gegenstand verloren und sich damit erledigt hätten (ebenso: Schweer/v. Hammerstein, ZuG 2007, 2006, § 20 Rn. 9; Bongard, NVwZ 2007, S. 1362; Diehr, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, 2006, S. 307). Eine Erfüllung des Anspruchs mit Berechtigungen aus der Handelsperiode 2008 bis 2012 sei nicht möglich.

43

Das genannte Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin ist noch nicht rechtskräftig geworden. Zudem sind weitere Klagen auf Zuteilung zusätzlicher Berechtigungen für die Handelsperiode 2005 bis 2007 anhängig, darunter solche der Beschwerdeführerin (vgl. dazu auch: DEHSt, Emissionshandel, Auswertung der ersten Handelsperiode 2005-2007 vom Januar 2009, S. 59 f.). Die Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin vertreten die Auffassung, bestehende Zuteilungsansprüche aus der Handelsperiode 2005 bis 2007 würden von der Regelung des § 20 ZuG 2007 nicht erfasst. Sie seien nach dem 30. April 2008 mit Berechtigungen aus der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu erfüllen. Dem Emissionshandelssystem sei trotz § 20 ZuG 2007 ein periodenübergreifender Kontinuitätsgrundsatz inhärent. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Verpflichtung zur Rückgabe von Berechtigungen nach dem 30. April 2008 gemäß § 18 Abs. 3 TEHG mit der Rückgabe von Berechtigungen der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu erfüllen sei (vgl. Altenschmidt, NVwZ 2008, S. 138).

44

bb) Aber selbst dann, wenn man der Ansicht, die von einer Erledigung des Zuteilungsanspruchs für die Periode 2005 bis 2007 ausgeht, folgt, ist die geltend gemachte Beschwer nicht entfallen. Denn dann könnte die Verpflichtungsklage bei Bestehen eines berechtigten Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuteilungsentscheidung - wie im Falle der beabsichtigten Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs - als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO fortgeführt werden (vgl. Schweer/v. Hammerstein, ZuG 2007, 2006, § 20 Rn. 10), und zwar auch noch im Revisionsverfahren (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 142 Rn. 2).

45

Zwar hat sich das Verwaltungsgericht Berlin in seinem bereits genannten, noch nicht rechtskräftigen Urteil vom 6. Mai 2009 gegen das Bestehen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses ausgesprochen. Das betraf allerdings keinen Fall, in dem es - wie vorliegend - um die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007, sondern um die richtige Ermittlung des Emissionswerts der Anlage ging. Damit können die dortigen Ausführungen zur fehlenden Wiederholungsgefahr und zur offensichtlichen Aussichtslosigkeit einer Amtshaftungsklage wegen fehlenden Verschuldens der Behörde auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden.

46

b) Darüber hinaus wäre selbst dann, wenn man den Ausgangsrechtsstreit mit Ablauf des 30. April 2008 für erledigt hielte, für die Verfassungsbeschwerde vom Fortbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses auszugehen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Falle der Erledigung des mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Begehrens die entscheidenden Kriterien für das Fortbestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses darin gesehen, dass entweder die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung andernfalls unterbliebe oder eine Wiederholung der angegriffenen Maßnahme zu besorgen ist oder die aufgehobene oder gegenstandslos gewordene Maßnahme den Beschwerdeführer noch weiterhin beeinträchtigt (vgl. BVerfGE 81, 138 <140 f.>).

47

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundesverwaltungsgericht die unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes beanstandete Rechtsprechung zur gerichtlichen Kontrolldichte bezüglich der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 nicht auf die die Beschwerdeführerin betreffende anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 ZuG 2012 übertragen wird. Bei der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 ZuG 2012 ist zwar auch der Effizienzstandard der betroffenen Anlage zu berücksichtigen. Zusätzlich ist für die anteilige Kürzung jedoch auch ein Anpassungsfaktor zu berechnen (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Anhang 5 ZuG 2012; dazu: Frenz, Emissionshandelsrecht, 2008, § 4 ZuG 2012 Rn. 11 ff.). Dabei hängt wie im Rahmen des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 die Anwendung der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 3 ZuG 2012 ebenfalls davon ab, dass die nach den Vorschriften des ZuG 2012 zuzuteilenden Berechtigungen eine bestimmte Menge übersteigen. Eine weitere Regelung, in der die Aussagen des vorliegend angegriffenen Urteils zur gerichtlichen Kontrolldichte - auch für die Beschwerdeführerin - von Bedeutung sein können, ist § 20 ZuG 2012. Danach ist die Zuteilung für bestimmte

48

Anlagen zur Erzielung eines Berechtigungsaufkommens für die Veräußerung nach einem Faktor zu kürzen, der dem Verhältnis von 38 Millionen Berechtigungen pro Jahr zur gesamten jährlichen Zuteilung für die Stromproduktion an bestehende Anlagen nach den §§ 7, 8 und 12 ZuG 2012 entspricht. Die Beschwerdeführerin hat gegen die Anwendung dieser beiden Kürzungsregeln Klage erhoben.

Die damit drohende Wiederholung der von der Beschwerdeführerin behaupteten Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG gebietet daher eine verfassungsgerichtliche Prüfung schon zum vorliegenden Zeitpunkt. Der Verweis der Bundesregierung auf eine etwaige, hier nicht näher zu untersuchende Rechtsänderung für die Zeit ab 2013 kann daran nichts ändern. 49

2. Die Verfassungsbeschwerde ist nur teilweise begründet. 50

a) Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen § 4 Abs. 4 ZuG 2007 in der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts wendet, kann eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht festgestellt werden. 51

aa) 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 gerichtliche Kontrolle in allen ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 40, 272 <275>). Dazu gehört vor allem, dass der Richter - bezogen auf das als verletzt behauptete Recht - eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung wirksam abzuhelpen. Unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie der Tatbestandswirkung von Hoheitsakten schließt dies grundsätzlich eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, aus (vgl. BVerfGE 61, 82 <111>). 52

(1) Allerdings kann die gerichtliche Überprüfung nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive. Die gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben (vgl. BVerfGE 88, 40 <56>; 103, 142 <156 f.>). Insoweit hat die Verwaltung aufgrund normativer Ermächtigung die Befugnis zur Letztentscheidung (vgl. BVerfGE 61 <111, 114 f.>; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 185 <Februar 2003>). 53

(2) Wann der Gesetzgeber der Verwaltung die Befugnis zur Letztentscheidung einräumt, ist durch Auslegung der betreffenden gesetzlichen Regelung zu ermitteln (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187 <Februar 2003>). Verwendet ein Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff, so kann daraus allein noch nicht auf die gesetzliche Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwal-

tung geschlossen werden (vgl. BVerfGE 84, 34 <49 f.>). Es existiert eine gleitende Skala der Normbestimmtheit oder -unbestimmtheit, wobei nicht von vorneherein feststeht, bei welchem Grad der Unbestimmtheit die richterliche Kontrollrestriktion einsetzen müsste. Maßgeblich ist vielmehr der jeweilige materiellrechtliche Regelungszusammenhang (vgl. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 73 f.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183 <Februar 2003>). Die Unbestimmtheit des gesetzlichen Maßstabs kann jedoch einen heuristischen Wert haben (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 <Februar 2003>). So können unbestimmte Rechtsbegriffe insbesondere wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Daher kann der rechtsanwendenden Behörde in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein (vgl. BVerfGE 84, 34 <50>), weil sie aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Handlungsformen für die erforderlichen Anpassungen besser ausgerüstet ist als der Gesetzgeber und die Gerichte (vgl. BVerfGE 49, 89 <139 f.>).

Hinsichtlich der gesetzlichen Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis für die Verwaltung können jedoch nicht nur solche gewaltenteilend-funktionale Gesichtspunkte von Bedeutung sein (vgl. BVerfGE 84, 34 <50>; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180, 204 f. <Februar 2003>; Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 617 <621 f.>; Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 76 ff.). Vielmehr sind hierbei auch grundrechtliche Schutzpositionen in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 83, 130 <148>; 88, 40 <56>), die - wie zum Beispiel im Falle der Kontrolle administrativer Prüfungsentscheidungen - hinsichtlich fachwissenschaftlicher Richtigkeitsentscheidungen wegen Art. 12 GG eine Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung einerseits ausschließen und hinsichtlich prüfungsspezifischer Wertungen wegen der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Chancengleichheit einen Entscheidungsspielraum der Verwaltung andererseits gebieten können (vgl. BVerfGE 84, 34 <49 ff.>; 84, 59 <78 ff.>).

55

Soweit bisher in der Rechtsprechung und der Literatur bestimmte Typen von administrativen Letztentscheidungsermächtigungen identifiziert worden sind (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188 ff. <Februar 2003>; Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 125 ff.), handelt es sich hierbei nicht um einen rechtlich feststehenden Kanon. Der Gesetzgeber ist vielmehr frei, innerhalb der verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen neue administrative Letztentscheidungsbefugnisse zu schaffen (vgl. Gerhard, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 114 Rn. 57 <Mai 1997>).

56

(3) Hat der Gesetzgeber der Verwaltung in verfassungsrechtlich zulässiger Weise eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt, kann sich dies nur auf die konkrete Rechtsanwendung - die Subsumtion - und nicht auf die Beurteilung der rechtlichen Maßstäbe, das heißt deren Auslegung und deren Rechtmäßigkeit, beziehen. Die In-

57



terpretation der generell-abstrakten Rechtsnorm und der in ihr enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe ist eine originäre Funktion der rechtsprechenden Gewalt, keine genuine Verwaltungsfunktion (vgl. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 44 f.). Auch bei Einräumung eines Beurteilungsspielraums ist die Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung im Übrigen, das heißt über die der Verwaltung zugebilligte Bewertung hinaus, Aufgabe der Gerichte (vgl. BVerfGE 61, 82 <115>; 84, 34 <49 f.>; 84, 59 <77 f.>).

Des Weiteren kann sich die einer Verwaltung übertragene Letztentscheidungsbe- 58  
fugnis grundsätzlich nicht auf die Feststellung der für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen beziehen. Kann ein exekutivischer Eingriff aufgrund des Gesetzmäßigkeitsprinzips nur ergehen, wenn bestimmte Tatsachen diesen Eingriff zu rechtfertigen vermögen, dann ist die Rechtmäßigkeit des Aktes zwingend davon abhängig, dass die von der Behörde zugrunde gelegten Tatsachen wirklich gegeben und nicht nur von der Behörde „in vertretbarer Weise“ angenommen worden sind. Auch bei Verwaltungsakten mit Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen bezieht sich die richterliche Kontrolle somit darauf, ob sich die Behörde bei der Wahrnehmung ihres Beurteilungs- oder Ermessensspielraums von zutreffenden Annahmen hat leiten lassen (vgl. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 45 f.). Auch wenn der Verwaltung die Befugnis zu einer prognostischen Entscheidung eingeräumt wurde, ist zu prüfen, ob der Sachverhalt richtig ermittelt und der Prognose eine geeignete Methode zugrunde gelegt wurde (vgl. BVerfGE 88, 40 <60 f.>).

Daher ist auch bei Einräumung einer Letztentscheidungsbe- 59  
fugnis von den Gerichten zu prüfen, ob die Verwaltung den Gehalt der anzuwendenden Begriffe und den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich bewegen kann, erkannt hat, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, die allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe und die Regeln des inneren Entscheidungsverfahrens beachtet hat und sich nicht von sachfremden - gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden - Erwägungen hat leiten lassen (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 192 <Februar 2003>; Jestaedt, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 10 Rn. 54).

bb) Bei Anwendung dieser Vorgaben ist hinsichtlich der grundsätzlichen Annahme 60  
des Bundesverwaltungsgerichts, § 4 Abs. 4 ZuG 2007 räume dem Umweltbundesamt einen Prognosespielraum ein, eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG nicht ersichtlich.

(1) In der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus § 4 Abs. 4 ZuG 61  
2007 die Befugnis der zuständigen Behörde, zur Ermittlung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 über die Menge der nach den Vorschriften des ZuG 2007 mit Ausnahme der nach § 11 ZuG 2007 zuzuteilenden Berechtigungen auf der Grundlage der Zahl der gemäß § 17 ZuG 2007 überprüften Zuteilungsanträge und der abstrakt-generellen Zuteilungsregeln eine Prognose zu treffen (vgl. das hier ge-

genständliche Urteil, Rn. 39-44). Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Prognoseentscheidung über die Zuteilungsmenge sei darauf beschränkt, zu überprüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt habe. Die Prognoseentscheidung sei zu beanstanden, wenn die Prüfung der Richtigkeit der nach dem Zuteilungsgesetz 2007 erforderlichen Angaben der Anlagenbetreiber generell nicht dem Maßstab des § 17 ZuG 2007 entsprochen habe, wenn die Zuteilungsregeln der §§ 7 ff. ZuG 2007 generell unzutreffend angewendet worden seien oder wenn die Berechnung des Kürzungsfaktors generell auf einer fehlerhaften Auslegung der Behörde beruhe. Demgegenüber führe die unrichtige Anwendung des Gesetzes bei Zuteilungen im Einzelfall nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge oder des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors. Da die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung von individuellen Fehlallokationen unberührt bleibe, seien im Zuteilungsverfahren unterlaufene Allokationsfehler ungeeignet, die Vertretbarkeit der behördlichen Prognose über die Zuteilungsmenge in Frage zu stellen. Soweit der von der Behörde ermittelte Kürzungsfaktor hiernach rechtmäßig sei, sei er auch für die gerichtliche Nachprüfung angefochtener Zuteilungsbescheide maßgeblich (vgl. das hier gegenständliche Urteil, Rn. 44).

(2) Die grundsätzliche Einräumung eines solchen Prognosespielraums ist mit den oben dargestellten Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Sie kann sich insbesondere auf eine funktional-gewaltenteilende Rechtfertigung einer Letztentscheidungsbefugnis stützen. Die insoweit vom Bundesverwaltungsgericht zur Begründung der Annahme eines Prognosespielraums angeführten Erwägungen sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

62

Bestimmt der Gesetzgeber, dass für die Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungsbescheide maßgeblich sein soll, kann daraus nur geschlossen werden, dass der zuständigen Behörde bei der Bestimmung der für die Berechnung des Kürzungsfaktors relevanten Gesamtmenge der zuzuteilenden Berechtigungen ein Prognosespielraum eingeräumt werden soll. Denn der Gesetzgeber konnte bei einer solchen Verfahrensgestaltung nicht davon ausgehen, dass die vor Beginn des Zuteilungsverfahrens ermittelte Zuteilungsmenge sich aus einzelnen Zuteilungsbescheiden zusammensetzt, deren jeweilige Rechtmäßigkeit in einem gerichtlichen Verfahren festgestellt worden ist. Vielmehr konnte der Gesetzgeber bei der Normierung eines solchen Berechnungsverfahrens von der Behörde nur verlangen, dass sie mit den abstrakt-generellen Maßstäben des Gesetzes hinreichend vertraut ist sowie auf der Grundlage von Zuteilungsanträgen entscheidet, deren Angaben hinreichend auf ihre Richtigkeit überprüft wurden (vgl. § 17 ZuG 2007). Hält der Gesetzgeber diesen Zeitpunkt für die Berechnung des Kürzungsfaktors für maßgeblich, gilt dies auch für die gerichtliche Kontrolle. Die gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive (vgl. BVerfGE 88, 40 <56>; 103, 142 <156 f.>; 116, 1 <18>).

63

(3) Dass für die Berechnung des Kürzungsfaktors nur der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungen maßgeblich sein sollte, ist in der hier angegriffenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in verfassungsgerichtlich nicht zu beanstandender Weise begründet worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies in gut vertretbarer Weise aus der Gesetzessystematik abgeleitet (vgl. Rn. 36 des Urteils). Es hat - indem es zudem auf die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens abstellte - gut vertretbar begründet, dass nachträgliche Änderungen individueller Zuteilungen für den Kürzungsfaktor unerheblich sein sollen. Wäre die Rechtmäßigkeit des Faktors der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 davon abhängig, dass alle in die Berechnung der relevanten Zuteilungsmenge eingestellten Einzelzuteilungen bestandskräftig feststünden, wäre eine Bestimmung des Kürzungsfaktors innerhalb der Zuteilungsperiode, für die die Berechtigungen zuzuteilen wären (vgl. § 9 Abs. 2 TEHG), angesichts der zu erwartenden Dauer der Gerichtsverfahren praktisch nicht möglich (vgl. Körner, in: Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 4 ZuG 2007 Rn. 28; Marr, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, ZuG, § 4 Rn. 18 ff. <April 2005>). Darüber hinaus würde eine in einer Vielzahl von Verfahren und in mehreren Instanzen erfolgende Überprüfung der Richtigkeit sämtlicher Zuteilungen zur Feststellung des richtigen Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 - wie das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall anschaulich ausgeführt hat - zu einem juristischen „perpetuum mobile“ führen.

Das Bundesverwaltungsgericht musste nicht der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen, die meint, es komme dann zu keiner Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens, wenn man den später korrigierten Kürzungsfaktor nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 nur im jeweils bei Gericht anhängigen Fall und nicht bei den übrigen, bereits bestandskräftig gewordenen Zuteilungsbescheiden berücksichtigen würde. Denn ein solches Vorgehen führte zu Ergebnissen, die völlig zufällig und nur schwer mit dem Gleichheitssatz vereinbar wären (vgl. Körner, in: Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 4 ZuG 2007 Rn. 24, 34).

Das Bundesverwaltungsgericht konnte des Weiteren die von der Beschwerdeführerin geforderte variable Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 gut vertretbar damit zurückweisen, dass dadurch die Planungs- und Investitionssicherheit der am Emissionshandel teilnehmenden Anlagenbetreiber gefährdet würde. Würden die Anlagenbetreiber erst mit Bestandskraft der letzten Zuteilungsentscheidung wissen, in welcher Höhe ihnen tatsächlich Emissionsberechtigungen zugeteilt werden, hätte keiner der Teilnehmer sichere Kenntnis über die ihm zur freien Verfügung stehenden Berechtigungen. Niemand könnte kalkulieren, ob und wie viele der erhaltenen Emissionsberechtigungen für den Betrieb veranschlagt werden müssen und ob Berechtigungen am Markt gekauft werden müssen oder veräußert werden können (vgl. auch: Körner, in: Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 4 ZuG 2007 Rn. 33; Schweer/v. Hammerstein, ZuG 2007, 2006, § 4 Rn. 127; Marr, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, ZuG, § 4 Rn. 18 ff. <April 2005>).

Der Verweis der Beschwerdeführerin darauf, dass das Gesetz bereits in § 8 Abs. 4 und § 7 Abs. 9 ZuG 2007 nachträglich durchzuführende Korrekturen von einzelnen Zuteilungen vorsehe (vgl. dazu: EuG, Urteil vom 7. November 2007 - Rs. T-374/04 -), wodurch die Planungs- und Investitionssicherheit eines Anlagenbetreibers auch nicht erheblich beeinträchtigt werde, kann die Unvertretbarkeit des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts nicht aufzeigen. Denn diese Korrekturen wirken sich nur auf den jeweiligen Anlagenbetreiber aus, der zudem mit ihnen rechnen kann, weil sie an den Umfang seiner Produktion anknüpfen. Dagegen würde sich eine Korrektur des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 auf alle übrigen Anlagenbetreiber auswirken.

67

(4) Die vom Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich angenommene Dichte der Kontrolle des anerkannten Prognosespielraums widerspricht nicht den von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten Mindestanforderungen einer gerichtlichen Kontrolle. Die gerichtliche Kontrolle der Prognose über die Zuteilungsmenge erstreckt sich hier auf die generelle Auslegung der Zuteilungsregeln sowie die Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007. Zur Kontrolle der rechtlichen Maßstäbe gehört auch die Kontrolle ihrer Verfassungs- und Rechtmäßigkeit. Demgemäß hat das Bundesverwaltungsgericht im angegriffenen Urteil ausdrücklich auch die Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 geprüft.

68

Des Weiteren bezieht sich die gerichtliche Kontrolle der Prognoseermächtigung auf die generelle Einhaltung der Verfahrensregeln des § 17 ZuG 2007, die insbesondere Vorgaben für die Sachverhaltsaufklärung enthalten. Danach hat die zuständige Behörde die nach dem Zuteilungsgesetz erforderlichen Angaben des Betreibers zu überprüfen. Hierzu kann sie einen Sachverständigen beauftragen. Zu dem - auch für die Berechnung des Kürzungsfaktors maßgeblichen - Stichtag des § 10 Abs. 4 TEHG dürfen die Berechtigungen nur zugeteilt werden, soweit die Richtigkeit der Angaben der Betreiber ausreichend gesichert ist. Ob die Sachverhaltsermittlung generell diesem durchaus anspruchsvollen Niveau entspricht, unterliegt - auch nach der hier angegriffenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - der Kontrolle der Gerichte.

69

Auf eine Kontrolle der Einhaltung der Zuteilungs- und Verfahrensregeln bei den einzelnen Zuteilungen konnte dagegen hinsichtlich der Feststellung des für die Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 maßgeblichen Zuteilungsmenge ohne Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG verzichtet werden. Denn der der Behörde für die Berechnung des Kürzungsfaktors eingeräumte Prognosespielraum bezog sich gerade auf die Bestandskraft der konkreten Zuteilungen. Die insoweitige Einschränkung der Kontrolldichte ist aus den für den Prognosespielraum streitenden Gründen, die letztlich dem Grundsatz der Rechtssicherheit dienen (Art. 20 GG), gerechtfertigt (vgl. für kollidierende Grundrechte BVerfGE 116, 1 <18 f.>).

70

Darüber hinaus ist die Prognoseentscheidung - auch nach der hier gegenständlichen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - der Willkürkontrolle unterworfen. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich eine Korrektur des Kürzungsfaktors

71

beim Vorliegen gezielter Manipulationen der für die anteilige Kürzung relevanten Zuteilungsmenge ausdrücklich vorbehalten.

(5) Die von der Beschwerdeführerin genannten Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG stehen dem durch § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eingeräumten Prognosespielraum nicht entgegen. Zwar wirken sich grundrechtliche Vorgaben auf die Beantwortung der Frage aus, ob das Gesetz der Verwaltung eine Letztentscheidung einräumen darf oder gar muss (vgl. BVerfGE 84, 34 <49 ff.>; 84, 59 <78 ff.>; Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 617 <621 f.>). Der durch eine eingeschränkte gesetzliche Steuerung und gerichtliche Kontrolle bewirkte Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG und die materiellrechtlichen Grundrechte muss sich vor allem am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen (vgl. BVerfGE 84, 34 <54>; 59 <77 f.>; Schmidt-Aßmann/Groß, NVwZ 1993, S. 617 <621 f.>). Jedoch löst nicht allein der Umstand, dass eine Verwaltungsentscheidung mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist, automatisch ein Verbot jeder Letztentscheidungsermächtigung aus (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180a <Februar 2003>; bzgl. Art. 7 Abs. 4 und 5 GG: BVerfGE 88, 40 <57>). Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht auch bereits entschieden, dass bei besonders intensiven Grundrechtseingriffen eine Einschränkung der Kontrolldichte des Art. 19 Abs. 4 GG nur schwer angenommen werden kann und der verbleibende Schutz zweckgerichtet, geeignet und angemessen sein muss (vgl. BVerfGE 84, 34 <54>; 59 <78>; BVerfGK 2, 223 <229>).

72

Der durch die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bewirkte Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG wirkt nicht schwer. Zwar führen nicht allein die Einführung des Emissionshandelssystems und die damit verbundene Limitierung der zulässigen Emissionen zu einem Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Berufsfreiheit (vgl. BVerfGE 118, 79 <99>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 14. Mai 2007 - 1 BvR 2036/05 -, juris, Rn. 39 ff.). Vielmehr konkretisiert sich die weitere Belastung eines unter das Emissionshandelssystem fallenden Anlagenbetreibers in der ihn betreffenden Zuteilungsentscheidung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 2007 - 1 BvR 2036/05 -, juris, Rn. 14; Küll, Grundrechtliche Probleme der Allokation von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten, 2009, S. 282 ff.). Allerdings verneint selbst die Beschwerdeführerin, dass die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ein Ausmaß erreicht, welches die Angemessenheit der gewährten kostenlosen Zuteilung als Ausgleich der durch die Einführung des Emissionshandelssystems verbundenen Beschränkungen von Art. 14 Abs. 1 GG in Frage stelle und zu einer Verletzung dieses Rechts führe. Für Art. 12 Abs. 1 GG gilt insoweit Entsprechendes.

73

Im Übrigen kann der durch die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte bewirkte Eingriff in Art. 19 Abs. 4 sowie in Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG aus den oben genannten gewaltenteilend-funktionalen Gründen als gerechtfertigt angesehen werden.

74

b) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verletzt Art. 19 Abs. 4 GG, soweit es um die konkrete Anwendung des von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eingeräumten Prognosespielraums geht. Die Anwendung des einfachen Rechts auf den einzelnen Fall ist zwar grundsätzlich allein Sache der dafür zuständigen Fachgerichte. Bei einer grundsätzlichen Verkennung der Bedeutung von Verfassungsrecht kann das Bundesverfassungsgericht jedoch auch hier eingreifen (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>). 75

Eine solche Verkennung der sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Vorgaben liegt hier vor, soweit das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen ist, die Rechtswidrigkeit einer die gesetzlichen Zuteilungsregeln näher bestimmenden Rechtsverordnung sei für die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unbeachtlich, wenn die Nichtigkeit der Rechtsverordnung für die Behörde nicht offensichtlich gewesen ist. 76

Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in Urteilen, die am selben Tag wie die vorliegend angegriffene Entscheidung ergangen sind, festgestellt. In den dortigen Verfahren hat es § 6 Abs. 6 ZuV 2007 für rechtswidrig befunden, weil der Verordnungsgeber einen von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 abweichenden Begriff der Verbrennung definiert hatte. Das Bundesverwaltungsgericht meinte, die dortigen Klägerinnen, die wie die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren ebenfalls der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unterlagen, würden durch die rechtswidrige Verordnungsbestimmung nicht in ihren Rechten verletzt. Zwar wäre die Zuteilungsentscheidung im Falle, dass § 6 Abs. 6 ZuV 2007 eine andere, zutreffende Regelung enthalten hätte, für die Klägerinnen günstiger ausgefallen, weil sich dann die Zahl der dem Erfüllungsfaktor und damit der anteiligen Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unterliegenden Anlagen vergrößert hätte. Gleichwohl könne die Prognoseentscheidung der Behörde gerichtlich nicht beanstandet werden. Der Rechtsfehler betreffe zwar nicht einzelne Fehlzuteilungen, die nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge und des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors führten, sondern eine generell unzutreffende Anwendung der Zuteilungsregel des § 13 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007, die bei der Überprüfung der Prognoseentscheidung grundsätzlich beachtlich sei. Der Behörde könne aber nicht entgegengehalten werden, dass sie im Rahmen ihrer Prognose über die im Sinne des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 voraussichtlich zuzuteilenden Berechtigungen von der Gültigkeit des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 ausgegangen sei. Die Nichtigkeit dieser Vorschrift sei für die Behörde nicht offensichtlich gewesen, sondern sei erst im Nachhinein gerichtlich festgestellt worden. Die Anwendung der Vorschrift im Rahmen der behördlichen Prognose bewirke deshalb keinen beachtlichen Mangel bei der Ermittlung des Kürzungsfaktors (vgl. BVerwGE 129, 346; BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 28.07 -, juris Rn. 26). 77

Nach den oben dargestellten Maßstäben des Art. 19 Abs. 4 GG dispensiert auch die gesetzliche Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis die Fachgerichte nicht von der Prüfung der abstrakt-generellen Vorgaben. Ist eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt, kann sich dies nur auf die konkrete Rechtsanwendung - die Subsumtion - und nicht auf die Beurteilung der rechtlichen Maßstäbe, das heißt deren 78

Auslegung und deren Rechtmäßigkeit, beziehen. Davon geht zwar auch das Bundesverwaltungsgericht im Grundsatz aus, wenn es in seiner hier angegriffenen Entscheidung feststellt, die Prognoseentscheidung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei darauf zu prüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt habe.

Die Begründung in den genannten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts zur Unbeachtlichkeit der Nichtigkeit von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 vermag gemessen am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Zuteilungsverordnung nicht zu tragen. Auch bei einer Rechtsverordnung handelt es sich um eine abstrakt-generelle Vorgabe für die Verwaltung, bezüglich deren genereller Auslegung und Rechtmäßigkeit die Kontrolldichte auch bei einem Beurteilungsspielraum der Verwaltung nicht eingeschränkt sein kann. Beruht eine behördliche Prognose auf einer rechts- oder gar verfassungswidrigen Vorschrift, kann dies im gerichtlichen Verfahren nicht ohne Relevanz sein. Zwar mag es streitig sein, ob die Verwaltung selbst Normen - darunter auch Rechtsverordnungen - verwerfen darf (vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 40; Wehr, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, 1998, S. 94 ff.). Jedoch kann es jedenfalls den Gerichten nicht verwehrt sein, eine Rechtsverordnung inzident zu verwerfen (vgl. Art. 20 Abs. 3, Art. 100 Abs. 1 GG; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 41a). Abgesehen davon kann bei der Rechtswidrigkeit einer abstrakt-generellen Zuteilungsregel nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sich der Fehler bei der Bestimmung der Zuteilungsmenge nicht ausgewirkt hat. Das für die Begründung der Unerheblichkeit von individuellen Zuteilungsfehlern für die gesamte Zuteilungsmenge herangezogene Argument, dass sich die Fehler gegenseitig aufheben (vgl. das hier gegenständliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Rn. 42), kann hier nicht gelten.

79

Die gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßende Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts liegt auch dem vorliegend angegriffenen Urteil zugrunde. Die Frage der Auswirkungen der Nichtigkeit von § 6 Abs. 6 ZuV 2007, dessen Anwendung auch die Beschwerdeführerin bei der Berechnung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 benachteiligte, war nach Mitteilung der Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren. Mitglieder des Senats hätten die oben genannte Rechtsauffassung zu den Folgen der Nichtigkeit von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 in das vorliegende Verfahren eingeführt. Nach § 137 Abs. 2 Satz 2 VwGO war das Bundesverwaltungsgericht berechtigt, die Nichtigkeit der Verordnung auch im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen.

80

3. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2007 ist - soweit es die Beschwerdeführerin betrifft - aufzuheben. Insoweit ist die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 93c Abs. 2 in Verbindung mit § 95 Abs. 2 BVerfGG).

81

4. Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 2 und Abs. 3 BVerfGG, die Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswertes auf § 37 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 RVG. Die Minderung des im fachgerichtlichen Verfahren angenommenen Streitwerts um rund ein Drittel ist dem Umstand geschuldet, dass die hier begehrte Entscheidung nicht zu einer endgültigen Beilegung des Ausgangsrechtsstreits führt (vgl. BVerfGE 79, 365 <371>).

Papier

Bryde

Schluckebier



**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - Rn. (1 - 82), [http://www.bverfg.de/e/rk20091210\\_1bvr315107.html](http://www.bverfg.de/e/rk20091210_1bvr315107.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2009:rk20091210.1bvr315107