

VG 10 A 502.05

Verkündet am 17. November 2006



Sobczyk  
Justizsekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

## VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

### URTEIL

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

der Ziegelwerk Stengel GmbH & Co. KG

vertreten durch den Geschäftsführer Hans Stengel

Wörlitzer Straße 24, 10558 Berlin

Klägerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Friedrichstraße 17, 10117 Berlin

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch  
das Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle,  
Bismarckplatz 1, 14193 Berlin,

Beklagte,

hat das Verwaltungsgericht Berlin, 10. Kammer, aufgrund  
der mündlichen Verhandlung vom 17. November 2006 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht M. Richter,  
den Richter am Verwaltungsgericht Böcker,  
den Richter am Verwaltungsgericht Dolle,  
die ehrenamtliche Richterin Ibscher sowie  
den ehrenamtlichen Richter Wünsche

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung  
in Höhe von 110 % des aus dem Urteil zu vollstreckenden Be-

trages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Berufung und die Sprungrevision werden zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Klägerin betreibt in Donaueschingen ein Ziegelwerk mit einem Tunnelofen zum Brennen keramischer Erzeugnisse. Die Produktion erfolgt unter Verwendung von Tonen und mit Zusätzen zum Zwecke der Porosierung der Ziegel (sog. Porosierungsmittel). Am 19. August 2004 beantragte sie für das am 30. September 1989 in Betrieb genommene Werk die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach dem Treibhausgasemissionshandelsgesetz und dem Zuteilungsgesetz 2007 auf der Grundlage von § 7 ZuG 2007 und § 13 ZuG 2007.

In ihrem Antrag vom 19. August 2004 gab die Klägerin an, in der Basisperiode (2000-2002) Erdgas, Flüssiggas Butan, Heizöl, Lehm/ Kalk, Lehm/ TOC sowie als Porosierungsmittel Papierfangstoff, Styropor und Sägemehl verwendet zu haben. Die Kohlendioxid-Emissionen aus Lehm/ Kalk bezeichnete die Klägerin in diesem Antrag ausdrücklich als prozessbedingt („Emissionen prozessbedingt: Ja“). In einem Folgeantrag vom 26. Oktober 2004 bezeichnete sie darüber hinaus auch die Kohlendioxid-Emissionen aus Lehm/ TOC als prozessbedingt. Am 15. September und 26. Oktober 2004 bestätigte der TÜV Süd Service in München jeweils Prüfung und Richtigkeit der Angaben gemäß den Vorgaben der Prüfungsrichtlinie zur Verifizierung von Zuteilungsanträgen.

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2004 teilte das Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle, der Klägerin für die Jahre 2005 bis 2007 pro Jahr jeweils 15.405, insgesamt 46.215 Emissionsberechtigungen zu. Für die Gesamtemissionen errechnete die Beklagte einen Mittelwert von 15.963,603t/ CO<sub>2</sub>, für die prozessbedingten Emissionen setzte sie einen Anteil von im Mittelwert 8.405,960 t/ CO<sub>2</sub> an. Als prozessbedingt anerkannt wurden Emissionen aus Lehm/ Kalk (CaCO<sub>3</sub>). Kohlendioxid-Emissionen aus Lehm/ TOC, Styropor, Papierfangstoff und Sägemehl erkannte der Bescheid nicht als prozessbedingt an. In der Begründung hieß es u.a., Kohlendioxid-Emissionen, die aus fossilem organischen Kohlenstoff (TOC) in Ton, Lehm und derartigen Rohstoffen entstünden, seien nicht als prozessbedingte Emissionen im Sinne des § 13 Abs. 1 ZuG 2007 i.V.m. § 6 Abs.1 ZuV 2007 einzuordnen. Die Zuordnung dieses Emissionsanteils sei dementsprechend statt bei prozessbedingten Emissionen bei energiebedingten Emissionen berücksichtigt worden. Weiter hieß es, die Gesamtmenge aller nach den Zuteilungsanträgen zuzuteilenden Berechtigungen übersteige die



in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 festgelegte Menge. Daher sei die Zuteilungsmenge gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zu kürzen, wobei sich eine anteilige Kürzung um den Faktor 0,9538 für Zuteilungsmengen ergebe, die der Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 unterlägen.

Den unter Bezugnahme auf den Musterwiderspruch des Bundesverbandes der Ziegelindustrie eingelegten Widerspruch der Klägerin wies das Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle, mit Widerspruchsbescheid vom 11. November 2005 zurück. Zur Begründung hieß es im Wesentlichen: Bei den aus dem Einsatz von Porosierungsmitteln und den aus den organischen Bestandteilen des Tonrohstoffs entstehenden Kohlendioxid-Emissionen handle es sich nicht um prozessbedingte Emissionen, da sie aus einer exothermen Reaktion von Kohlenstoff mit Sauerstoff, also einer Verbrennung, entstünden. Der in der Musterwiderspruchsbegründung dargelegte Vergleich mit dem Hochofenprozess der Stahlindustrie rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Die in § 6 ZuV vorgesehenen besonderen Berechnungsmethoden seien nicht auf andere Prozesse wie Emissionen aus TOC oder aus Porosierungsmitteln übertragbar. Der Prozess im Hochofen unterscheide sich vom Brennen keramischer Erzeugnisse, da im Hochofen Kohlenstoffträger gezielt als Reduktionsmittel eingesetzt würden und maßgebliche chemische Reaktion eine Reduktion sei. Ferner seien auch die Voraussetzungen für eine anteilige Kürzung gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 erfüllt. Ohne Anwendung der anteiligen Kürzung hätte die Gesamtmenge der nach dem Zuteilungsgesetz 2007 - mit Ausnahme von § 11 ZuG 2007 - zuzuteilenden Berechtigungen den Gegenwert von 1.485 Mio. t Kohlendioxid für den gesamten Zuteilungsraum überschritten. Eine anteilige Kürzung sei damit gesetzlich vorgesehen.

Mit der am 14. Dezember 2005 erhobenen Klage macht die Klägerin im Wesentlichen geltend: Kohlendioxid-Emissionen, die aus den bei der Ziegelproduktion als Rohstoff eingesetzten Stoffen, d.h. insbesondere aus dem im Ton enthaltenen Kohlenstoff (TOC) sowie den eingesetzten Porosierungsmitteln herrührten, seien als prozessbedingte Emissionen anzusehen. Der Begriff der Verbrennung in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 sei nicht im Sinne eines naturwissenschaftlichen Begriffs zu verstehen, sondern müsse im Rückgriff auf die schon in der Gesetzesbegründung genannten 'Monitoring-Guidelines' als emissionshandelsrechtlicher Verbrennungsbegriff verstanden werden. Danach müsse für die Einstufung einer chemischen Reaktion als Verbrennung ein Brennstoff an dieser Reaktion beteiligt sein und die Reaktion müsse der Wärmeerzeugung dienen. Sei ein Rohstoff beteiligt und gehe es bei der chemischen Reaktion nicht um Wärmeerzeugung, handle es sich emissionshandelsrechtlich nicht um Verbrennung. Ferner sei der sog. '2. Erfüllungsfaktor' fehlerhaft angewandt worden. Schließlich werde die Klägerin im Rahmen der Berechnung der prozessbedingten Emissionen gemäß § 6 der Zuteilungsverordnung 2007 gleichheitssatzwidrig benachteiligt, soweit

dort für die Ziegelindustrie keine besonderen Berechnungsmethoden vorgesehen seien, wie dies für die Hochofen- und Stahlproduktion sowie die Regeneration von Katalysatoren in Erdölraffinerien der Fall sei. Für diese Produktionszweige würden auf Grund der besonderen Berechnungsmethoden eigentlich energiebedingte Emissionen als prozessbedingt behandelt.

Die Klägerin beantragt:

1. Der Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2004 und der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 11. November 2005 werden insoweit aufgehoben, als darin der Klägerin nicht mehr als insgesamt 46.215 Emissionsberechtigungen für die Zuteilungsperiode 2005-2007 zugeteilt worden sind.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin über die 46.215 Emissionsberechtigungen hinaus weitere 1.224 Emissionsberechtigungen zuzuteilen.

Hilfsweise:

3. Die Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Höchst hilfsweise:

4. Es wird festgestellt, dass die Klägerin durch die Regelung des § 6 ZuV in ihren subjektiven Rechten verletzt ist.
5. Es wird festgestellt, dass das Recht der Klägerin auf Gleichbehandlung eine Neufassung der Zuteilungsverordnung gebietet.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Streitakte und den Inhalt der Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen, die, soweit wesentlich, Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

### Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist mit den Hauptanträgen zu 1. und 2. als Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO) zulässig.



Der Zulässigkeit steht, soweit die Anerkennung von Kohlendioxid-Emissionen aus der Verwendung von Porosierungsmitteln im Streit steht, nicht der Umstand entgegen, dass diese Emissionen im Antrag nicht explizit als prozessbedingt bezeichnet worden sind. Zwar erfolgt gemäß § 13 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 vom 26. August 2004 (BGBl. I S. 2211 – im Folgenden: ZuG 2007) die Ansetzung eines Erfüllungsfaktors von 1 für prozessbedingte Emissionen nur auf einen entsprechenden Antrag hin, der im Rahmen des Antrags nach § 10 des Gesetzes über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen vom 8. Juli 2004 (BGBl. I S. 1578 – im Folgenden: TEHG) zu stellen ist. Dafür reicht es nach Auffassung der Kammer nicht aus, dass ein Antragsteller sich in dem Antrag auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen - wie hier geschehen - allgemein auf § 13 ZuG 2007 bezieht, sondern dies erfordert darüber hinaus die genaue Kenntlichmachung, für welche Emissionen ein Erfüllungsfaktor von 1 anzusetzen sein soll, wie dies hier für die Emissionen aus Lehm/ Kalk und Lehm/ TOC geschehen ist.

Der Klägerin kann ein solches Antragsversäumnis jedoch vorliegend nicht entgegengehalten werden, da die Beantragung von Berechtigungen für Emissionen aus der Verwendung von Porosierungsmitteln als energiebedingt wesentlich auf Vorgaben der Deutschen Emissionshandelsstelle zurückzuführen ist. Deren 'Prüfungsrichtlinie zur Verifizierung von Zuteilungsanträgen und Emissionsberichten' führt unter Punkt E.3.4.1 'Anlagen zum Brennen keramischer Erzeugnisse' aus:

„Bei Porosierungsmitteln, z. B. Holzspäne, Styrol, Faser- oder Klärschlamm, ist sicherzustellen, dass die hieraus entstehenden Kohlendioxidemissionen als energiebedingte Emissionen betrachtet worden sind und nicht als prozessbedingte Emissionen.“

Hierauf Bezug nehmend hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass sie nach der Stellung des entsprechenden Antrags für prozessbedingte Emissionen aus Polystyrol seinerzeit durch die für die Verifizierung zuständige Stelle zur Änderung des Antrags angehalten worden war, da derartige Emissionen gemäß dem für die Verifizierer von der Beklagten herausgegebenen Leitfaden als energiebedingt zu beantragen seien. Wurden die Angaben in Punkt E.3.4.1 der Prüfungsrichtlinien in der mündlichen Verhandlung von den Beklagtenvertretern bestätigt, die erläuterten, diese Richtlinien seien als Hilfestellung für die Verifizierer herausgegeben worden, so kommt es auf deren weiteres Vorbringen, ein Abweichen davon sei möglich gewesen und im Einzelfall bei anderen Antragstellern auch erfolgt, nicht mehr an. Denn es erschiene - unabhängig vom Verhalten Dritter - unbillig, der Klägerin ein Antragsversäumnis deshalb vorzuwerfen, weil sie sich in ihrem Antrag an die Vorgaben



der Beklagten in Punkt E.3.4.1 der Prüfungsrichtlinien gehalten hat, um eine – rechtzeitige – Verifizierung ihrer Angaben nicht zu gefährden.

II. Die Hauptanträge zu 1. und 2. sind indes nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zuteilung weiterer 1.224 Emissionsberechtigungen gemäß § 9 TEHG i.V.m. § 7 Abs. 1 – 6, 13 ZuG 2007.

A) Sie kann nicht verlangen, die Kohlendioxidemissionen aus der Verarbeitung von Lehm/ TOC und Porosierungsmitteln als prozessbedingt i. S. d. § 13 ZuG 2007 anzuerkennen.

Maßgeblich für die Bestimmung prozessbedingter Emissionen ist die Legaldefinition des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007. Nach dessen in erster Linie maßgeblichen Wortlaut sind prozessbedingte Emissionen alle Freisetzungen von Kohlendioxid in die Atmosphäre, bei denen das Kohlendioxid als Produkt einer chemischen Reaktion entsteht, die keine Verbrennung ist. Die Kammer geht mit Blick auf die vom Gesetzgeber verwendete naturwissenschaftliche Terminologie von einem entsprechenden naturwissenschaftlichen Verständnis der Norm aus. Danach ist Kohlendioxid die chemische Verbindung eines Atoms des Elementes Kohlenstoff (Symbol ,C'; Ordnungszahl 6 im Periodensystem der Elemente) mit jeweils zwei Atomen des Elementes Sauerstoff (Symbol ,O'; Ordnungszahl 8). Eine chemische Reaktion liegt in Anlehnung an die heute noch gültigen Postulate der Theorie von John Dalton (1766 - 1844) dann vor, wenn Atome miteinander verbunden oder voneinander getrennt werden. Sie stellt einen Vorgang dar, bei dem Atome in definierten Zahlenverhältnissen zu Atomverbänden zusammentreten oder bei dem Atomverbände in Atome zerfallen oder in andere Atomverbände umgewandelt werden (vgl. dazu Charles Mortimer/ Ulrich Müller, Das Basiswissen der Chemie, 8. Auflage 2003, S. 8 und 16; siehe auch Brockhaus, Die Enzyklopädie in 24 Bänden, Stichwort ,Reaktion, chemische'). Unter einer Verbrennung im chemischen Sinn versteht man seit der Widerlegung des bis ins ausgehende 18. Jahrhundert vorherrschenden Erklärungsmodells der sog. ,Phlogiston-Theorie' durch Antoine Lavoisier (1743 - 1793) bis heute die chemische Verbindung (Reaktion) irgendeines Stoffes mit Sauerstoff O oder einem anderen Oxidationsmittel. Ein solcher Prozess erfolgt - in der Regel - exotherm, d.h. es wird Energie frei, anschaulich spürbar als Wärme und Licht (vgl. dazu Mortimer/ Müller, a.a.O., S. 37 und 407; siehe auch Arndt/ Halberstadt, Grundzüge der Chemie, 9. Auflage 1978; Meyers Neues Lexikon, Band 10, 1994, Stichwort: Verbrennung). Der Begriff des ,Produktes' schließlich bezeichnet das Resultat einer chemischen Reaktion. Wird der Ablauf einer chemischen Reaktion durch eine chemische Reaktionsgleichung wiedergegeben - unter Verwendung der Elementsymbole und der Formeln der beteiligten Verbindungen - so heißen die



Substanzen, die miteinander in Reaktion treten, Reaktanden oder Edukte, die entstehenden Substanzen heißen Produkte (vgl. dazu Mortimer/ Müller, a.a.O., S. 35).

Nach Auffassung der Klägerin soll abweichend von diesem naturwissenschaftlichen Verständnis eine chemische Reaktion nur dann als „Verbrennung“ im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 einzustufen sein, wenn an dieser Reaktion ein „Brennstoff“ im Sinne eines fossilen Energieträgers wie Öl oder Gas beteiligt ist, indes nicht, wenn ein Rohstoff beteiligt ist und die chemische Reaktion nicht auf Wärmeerzeugung abzielt. Der Wortlaut der Norm gibt für ein solches Verständnis nichts her. Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihrer Auffassung auf die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 sowie auf die „Entscheidung der Kommission vom 29. Januar 2004 zur Festlegung von Leitlinien für Überwachung und Berichterstattung betreffend Treibhausgasemissionen gemäß der Richtlinie 2003/ 87/ EG des Europäischen Parlaments und des Rates“ (Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Februar 2004 - L 59/1 -, sog. Monitoring-Leitlinien). Diese stufen an verschiedenen Stellen Kohlendioxid-Emissionen als ‚Prozessemissionen‘ ein, obwohl sie infolge einer Verbrennung im dargelegten naturwissenschaftlichen Sinne entstehen (so eindeutig etwa in Anhang III Ziff. 2.1.3 hinsichtlich der Regenerierung von Katalysatoren, weniger eindeutig in Anhang X Ziff. 2.1.2 hinsichtlich der Emissionen aus Zusatzstoffen bei der Herstellung keramischer Erzeugnisse).

Auch bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung (nur) zu, sofern Wortlaut und Sinnzusammenhang der Norm Zweifel offenlassen; dies gilt allerdings nur für die in dieser Regelung erkennbar ausgeprägten und in ihr angelegten Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke (Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Plenums vom 11. Juni 1980, in: BVerfGE 54, 277, 297 f.). Die Begründung des Gesetzesentwurfes der Fraktionen SPD und Bündnis 90/ Die Grünen betreffend den Nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 - 2007 (vgl. Drucksache des Deutschen Bundestages 15/ 2966 vom 27. April 2004) zu § 13 (Prozessbedingte Emissionen) rechtfertigt daran gemessen ein Außerachtlassen des nach Auffassung der Kammer eindeutigen Wortlauts des § 13 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007 nicht. Zwar wird dort ausgeführt, die Abgrenzung der energiebedingten Emissionen von den prozessbedingten erfolge „auf Basis“ der Definition der Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Festlegung von Leitlinien für Überwachung und Berichterstattung betreffend Treibhausgasemissionen. Aus der Formulierung „auf Basis“ folgt indes gerade, dass eine bloße Übernahme der Begrifflichkeiten der Monitoring-Leitlinien nicht erfolgen sollte. Auch die Bundesregierung erachtete die Termino-



logie der Monitoring-Leitlinien für nicht hinreichend genau. Bezieht sich der ‚Nationale Allokationsplan für die Bundesrepublik Deutschland 2005 – 2007‘ (im Folgenden: NAP) unter C.4.2 ‚Prozessbedingte Emissionen‘ auf die Monitoring-Leitlinien, so spricht er gleichermaßen von einer ‚Präzisierung‘, die mit der bundesdeutschen Definition prozessbedingter Emissionen vorgenommen werde.

Vorrangig anzuwendendes Gemeinschaftsrecht zwingt zu einem solchen emissionshandelsrechtlichen Verständnis des Verbrennungsbegriffs nicht. Die Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten vom 13. Oktober 2003 (Amtsblatt der EU L 275/32) trifft eine Unterscheidung zwischen energie- und prozessbedingten Emissionen nicht, schreibt insbesondere also auch keine Privilegierung letzterer vor. Zwar sieht Anhang III Kriterium Nr. 3 vor, die Menge der zuzuteilenden Zertifikate müsse mit dem Potenzial - auch dem technischen - zur Emissionsverringerung in Einklang stehen. Wie die Kammer in früheren Entscheidungen (so etwa im Urteil vom 7. April 2006 – VG 10 A 372.05 - , UA S. 15 f.) bereits ausgeführt hat, verlangt diese Vorgabe jedoch nicht, dass bei jeder einzelnen Zuteilung das individuelle Emissionsminderungspotential der jeweiligen Anlage berücksichtigt werden muss. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Anhang III bereits nach seiner Überschrift sowie nach seiner systematischen Stellung nur Programmsätze für die nationalen Zuteilungspläne insgesamt, nicht jedoch Vorgaben für einzelne Zuteilungsentscheidungen bezweckt (vgl. dazu auch Hinweise der Kommission zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Anhang III RL 2003/87/EG, KOM(2003), 830 endg. vom 7. Januar 2004). Dies wird dadurch bestätigt, dass Nr. 8 der Präambel der Richtlinie vorsieht, dass die Mitgliedsstaaten bei der (allgemeinen) Zuteilung von Zertifikaten das Potential bei Tätigkeiten industrieller Verfahren, Emissionen zu verringern, berücksichtigen sollten. Vielmehr hat der nationale Gesetzgeber innerhalb der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative (vgl. Mager, DÖV 2004, 561, 564) und unter Berücksichtigung der verschiedenen in der Richtlinie aufgeführten Kriterien einen nationalen Zuteilungsplan aufgestellt und in diesem Zusammenhang gewisse Typisierungen vorgenommen (vgl. auch Frenz, Emissionshandelsrecht, § 9 TEHG, Rdnr. 131, 2005). Inwieweit einzelne Anlagen aufgrund der jeweiligen wirtschaftlichen oder branchentypischen Verhältnisse ihre Kohlendioxidemissionen tatsächlich mehr oder weniger reduzieren können, musste der Gesetzgeber – auch unter Beachtung des Verbots der Bevorzugung bestimmter Unternehmen oder Branchen (vgl. Kriterium Nr. 5 des Anhangs III) - darüber hinaus nicht berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund trägt § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 dem Kriterium Nr. 3 des Anhangs III der Richtlinie 2003/87/EG auch dann hinreichend Rechnung, wenn im Einzelfall Kohlendioxidemissionen nicht als prozessbedingt anerkannt werden, obwohl sie nicht vermeidbar sind. Ob und inwieweit dies hinsichtlich der vorliegend streitigen Emissionen aus der Ton- und Polystyrolverarbeitung tatsächlich der Fall



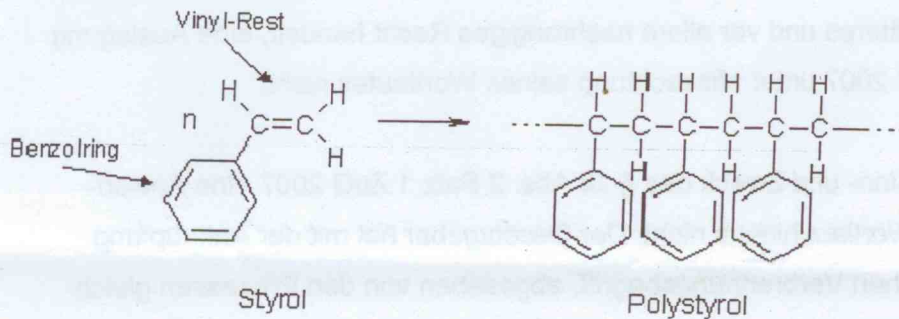
ist, ist im Übrigen in der mündlichen Verhandlung zwischen den Beteiligten streitig geblieben, woraus deutlich wird, dass ein gewisses Maß an Pauschalierung unerlässlich ist, um das System handhabbar zu erhalten. Die innerstaatliche Umsetzung der Richtlinie hat die Kommission auch hinsichtlich § 13 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2007 in ihrer Entscheidung zum deutschen NAP für richtlinienkonform befunden (vgl. dazu Körner/ Vierhaus, TEHG, § 13 ZuG 2007 Rz. 2). Die Regelungen der Zuteilungsverordnung 2007 (vom 31. August 2004, BGBl. I S. 2255) erlauben, da es sich um späteres und vor allem nachrangiges Recht handelt, eine Auslegung des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 unter Missachtung seines Wortlautes nicht.

Schließlich gebieten auch Sinn- und Zweck des § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 eine Anwendung der Norm über ihren Wortlaut hinaus nicht. Der Gesetzgeber hat mit der Anknüpfung an den naturwissenschaftlichen Verbrennungsbegriff, abgesehen von den Prozessen gleichzeitiger Reduktion und Oxidation (dazu unten), ein eindeutiges Abgrenzungskriterium zwischen energie- und prozessbedingten Emissionen gefunden. Dies ermöglicht in zulässiger typisierender Weise eine sachgerechte Unterscheidung. Dem Ziel, eine Reduzierung des Treibhausgasausstoßes zu erreichen, ist es ohnehin geschuldet, den Begriff der prozessbedingten Emissionen eher restriktiv auszulegen. Folgte man aber dem emissionshandelsrechtlichen Verbrennungsbegriff der Klägerin, so wären - von ihr durchaus intendiert - in der Folge chemische Reaktionen wie die Entstehung von Kohlendioxid  $\text{CO}_2$  aus Polystyrol, die naturwissenschaftlich eine Verbrennung darstellen (dazu sogleich), mit dem Argument, das Polyesterol stelle einen Rohstoff dar, nicht als Verbrennung zu klassifizieren. Denkt man diese Argumentation zu Ende, gelangt man zu dem absurden Ergebnis, dass beispielsweise ein Waldbrand keine Verbrennung darstellt, da dort das Holz nicht der Wärmeerzeugung dient.

a) Ist nach Allem mit der Beklagten vom naturwissenschaftlichen Normverständnis auszugehen, sind Kohlendioxid-Emissionen aus der Verarbeitung von Styropor als Porosierungsmittel keine prozessbedingten Emissionen, für die gemäß § 13 Abs. 1 ZuG 2007 ein Erfüllungsfaktor von 1 anzusetzen ist. Unter 'Porosierung' versteht man in der Ziegelproduktion die Zusetzung von organischen und/ oder anorganischen Zuschlagsstoffen (z.B. Sägemehl, Polystyrol, Papierfangstoff) zum Ton zur Erzeugung bestimmter wärmedämmender Eigenschaften des Ziegels. Im Tunnelofen lösen sich diese Stoffe während des Brennprozesses auf und hinterlassen im Ziegel kleine Luftporen, die dessen Gewicht mindern und seine Wärmeleitfähigkeit herabsetzen. Wird als Porosierungsmittel Styropor - auch bekannt unter dem Namen Polystyrol - eingesetzt, so resultieren die dabei entstehenden Kohlendioxid-Emissionen zwingend aus einer chemischen Reaktion mit Sauerstoff  $\text{O}$  und sind damit Produkt einer Verbrennung. Dies ergibt sich aus Folgendem: Polystyrol stellt eine makromolekulare, kettenförmige Verbindung des Monomers Styrol dar. Ein Styrol-Molekül besteht aus zwei in



Doppelbindung verbundenen Kohlenstoff-Atomen C mit drei daran angelagerten Wasserstoff-Atomen H sowie einem Benzolring. Bei der Polymerisation wird die Doppelbindung im Monomer geöffnet und neue Bindungen zwischen den Molekülen des Monomers geknüpft, d. h. aus Styrol wird Polystyrol:



(vgl. dazu <http://www.chemie.fu-berlin.de/chemistry/kunststoffe/polystyrol.htm>; siehe auch Mortimer/ Müller a.a.O. S. 579 ff.). Styrol wie Polystyrol bestehen aus Kohlenstoff C, Wasserstoff H und Benzol. Lautet die Molekularformel des Benzols  $C_6H_6$  (vgl. dazu Mortimer/ Müller a.a.O. S. 534), so bedeutet dies, dass ein Benzolmolekül seinerseits aus sechs Atomen des Elements Kohlenstoff C und sechs Atomen des Elements Wasserstoff H besteht. Besteht aber ein Edukt der chemischen Reaktion, deren Produkt Kohlendioxid  $CO_2$  ist, lediglich aus den Elementen Wasserstoff H und Kohlenstoff C, so muss als ein weiteres Edukt der chemischen Reaktion der im Produkt Kohlendioxid  $CO_2$  enthaltene Sauerstoff O hinzugekommen sein und sich mit dem Kohlenstoff C verbunden haben. Geht aber Kohlenstoff C mit Sauerstoff O eine chemische Bindung ein, so stellt dies eine Verbrennung dar. Ist die Entstehung von Kohlendioxid aus Polystyrol auf eine Verbrennung zurückzuführen, so handelt es sich nicht um eine prozessbedingte Emission im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 und die Klage ist insoweit unbegründet.

b) Setzt die Klägerin desweiteren bei ihrer Ziegelherstellung Lehm/ TOC sowie als weitere Porosierungsmittel Papierfangstoff und Sägemehl ein, so kann bezüglich der Kohlendioxid-Emissionen aus dem im Lehm enthaltenen „TOC“ („total organic carbon“) sowie aus den Porosierungsmitteln nicht festgestellt werden, dass es sich hierbei um prozessbedingte Emissionen handelt. Soweit diese Emissionen durch Oxidation im Sinne einer Verbindung von Kohlenstoff und Sauerstoff entstehen, handelt es sich um Verbrennung mit der Folge, dass diese Emissionen nicht als prozessbedingt anerkannt werden können. Obwohl der (anwaltlich vertretenen) Klägerin dieses Verständnis der Beklagten und die Zusammensetzung der von ihr verarbeiteten Stoffe bekannt war, hat sie trotz hinreichender Gelegenheit weder dargelegt



noch unter Beweis gestellt, dass bei der Verarbeitung dieser Stoffe neben diesen auf Oxidation beruhenden Freisetzungen weitere Freisetzungen erfolgen, die nicht auf Oxidationsprozessen beruhen. Vor diesem Hintergrund war die Kammer nicht gemäß § 86 Abs. 1 VwGO verpflichtet, den Sachverhalt an dieser Stelle von Amts wegen weiter zu erforschen.

c) Die Klägerin kann sich für ihr Begehren ferner nicht mit Erfolg auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG berufen. Macht sie hierzu im Wesentlichen geltend, die Zuteilungsentscheidung der Beklagten sei auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil die für ihr Werk als energiebedingt eingestuften Kohlendioxid-Emissionen aus TOC und Porosierungsmitteln ohne rechtfertigenden Grund anders behandelt würden als Kohlendioxid-Emissionen vergleichbarer anderer Produktionsprozesse, da im Rahmen der besonderen Vorschriften zur Ermittlung prozessbedingter Emissionen für den Hochofenprozess (§ 6 Abs. 3 ZuV 2007), die Stahlproduktion im Oxygenstahlwerk (§ 6 Abs. 4 ZuV 2007) und die Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien (§ 6 Abs. 6 ZuV 2007) auch Kohlendioxid-Emissionen aus Verbrennung als prozessbedingte Emissionen angesehen würden, vermag dies ihrem Begehren nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Ist die gerichtliche Kontrolle der Exekutive, soweit diese rechtsetzend tätig wird, Aufgabe der Verwaltungsgerichte, so steht das Gewaltenteilungsprinzip der individuellen gerichtlichen Zuerkennung eines von der Exekutive als Verordnungsgeber versagten Anspruchs dann nicht entgegen, wenn die ausstehende generell-abstrakte Regelung nur dann verfassungsgerecht wäre, wenn sie solche Ansprüche vorsähe. Hat der Verordnungsgeber nur eine einzige Möglichkeit zur Schaffung eines der Verfassung entsprechenden Rechtszustandes, wäre mithin nur eine Ausdehnung der begünstigenden Regelung verfassungsgemäß, so dürfen die Verwaltungsgerichte die noch ausstehende Norm gleichsam antizipieren und zur Grundlage ihrer den Anspruch zusprechenden Entscheidung machen (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17. Januar 2006 – 1 BvR 541/02 –; siehe auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. Oktober 1996 – 3 C 29/96 –, BVerwGE 102, 113; jeweils zitiert nach Juris). Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor. Soweit die Zuteilungsverordnung 2007 in § 6 Abs. 3, 4 und 6 ZuV 2007 Kohlendioxid-Emissionen aus Verbrennungsprozessen entgegen § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 als prozessbedingt anerkennt, in dem sie sie bei der Berechnung als berücksichtigungsfähig ansieht, ist sie wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht und mangels hinreichender Ermächtigung an den Verordnungsgeber – § 13 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2007 sieht eine Ermächtigung über die Grenzziehung durch Satz 1 der Regelung hinaus nicht vor – unwirksam. Eine Heilung des Gleichheitsverstoßes kommt dann nicht dadurch in Betracht, dass auch die Klägerin rechtswidrig privilegiert wird. Soweit dies nicht der Fall ist, bestehen hinreichende Gründe für eine Ungleichbehandlung. Im Einzelnen:



Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen bzw. Personen vor dem Gesetz gleich zu behandeln, und verpflichtet die Grundrechtsadressaten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Verschiedenheit und Eigenart ungleich zu behandeln. Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzlichkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt, kurzum, wenn die Maßnahme als willkürlich bezeichnet werden muss. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will. Er muss allerdings seine Auswahl sachgerecht treffen. Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher seine Präzisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 4. April 2001 – 2 BvL 7/98 – in: BVerfGE 103, 310 m. w. N.).

Ausgehend von diesen Maßstäben lässt sich eine willkürliche Ungleichbehandlung der Ziegelherstellung durch die Klägerin im Vergleich mit der Roheisenproduktion im Hochofenprozess und der Stahlerzeugung im Oxygenstahlwerk nicht feststellen. Die bloße Existenz besonderer Berechnungsmethoden für diese Produktionsprozesse in § 6 Abs. 3 und 4 ZuV 2007 verstößt nicht gegen das Gebot des Art. 3 Abs. 1 GG, da diese besonderen Vorschriften ihre Rechtfertigung in den Besonderheiten des jeweiligen Produktionsprozesses finden. Zum anderen lässt sich für diese Produktionsprozesse auch eine durch diese Berechnungsvorgaben verursachte Berücksichtigung energiebedingter Emissionen als prozessbedingt nicht feststellen.

Die besondere Behandlung des Hochofenprozesses durch Vorgabe einer besonderen, nur für diesen Produktionsprozess geltenden Ermittlungsmethode gemäß § 6 Abs. 3 ZuV 2007 durch den Ordnungsgeber ist nach Auffassung des Gerichts sachlich schon durch die produktionstechnischen Besonderheiten des Hochofenprozesses als eines Reduktionsprozesses gerechtfertigt. Zwar findet auch im Hochofen ein Prozess statt, der sich als Oxidation



im Sinne einer Reaktion mit Sauerstoff und damit als Verbrennung beschreiben lässt. In einem Hochofen wird Eisenerz zusammen mit Koks und Kalkstein von oben eingefüllt. Von unten wird Heißluft („Wind“) eingeblasen, die den Koks zu Kohlenmonoxid verbrennt. Die freiwerdende Wärme sorgt für eine Temperatur von etwa 1.500° Celsius in diesem Teil des Hochofens. Das aufsteigende Kohlenmonoxid CO entzieht dem Eisenoxid ( $\text{Fe}_2\text{O}_3$ ) Sauerstoff O im Wege einer sogenannten Reduktion:  $\text{Fe}_2\text{O}_3 + \text{CO} \rightarrow 2\text{FeO} + \text{CO}_2$ . Im weiteren Verlauf sinkt der Inhalt des Hochofens langsam nach unten ab und bei zunehmender Temperatur wird das FeO in der tiefer liegenden, heißeren Zone weiter zu Eisen Fe reduziert, indem der im Kohlenmonoxid enthaltene Kohlenstoff dem FeO weiter den Sauerstoff O entzieht:  $\text{FeO} + \text{CO} \rightarrow \text{Fe} + \text{CO}_2$ . In den mittleren Zonen des Hochofens zerfällt das Kohlenmonoxid teilweise zu Kohlenstoff, der zu einem kleineren Teil eine direkte Reduktion des Eisenoxids bewirkt, zum anderen aber im flüssigen Eisen gelöst wird. Als Ergebnis des Prozesses entsteht Roheisen, dass noch ca. 4 % Kohlenstoff enthält (vgl. dazu Mortimer/ Müller, a.a.O. S. 476 f.). Wesentlich für den Hochofenprozess ist indes nicht die Verbrennung, sondern die damit untrennbar einhergehende Reduktion des Eisenerzes. Es handelt sich bei der Herauslösung des Sauerstoffs aus dem Eisenerz im Hochofenprozess mittels Kohlenmonoxid um eine sog. Reduktionsreaktion. Geht bei der Oxidation Sauerstoff eine chemische Bindung mit einem anderen Stoff ein, so wird umgekehrt diese chemische Bindung mit Sauerstoff bei einer Reduktion getrennt. Reduktion in diesem Sinne bedeutet den Entzug bzw. die Abgabe von Sauerstoff. Zwei Stoffe stehen dabei in chemischer Wechselbeziehung, als der eine aus seinen Bestandteilen Sauerstoff an den anderen Stoff abgibt. Dabei bezieht sich die Klassifizierung als Oxidations- oder Reduktionsreaktion jeweils auf das betrachtete Substrat, d. h. es findet zwangsläufig parallel eine Reduktion des Oxidationsmittels bzw. eine Oxidation des Reduktionsmittels statt. Die Reaktionsgleichung  $\text{FeO} + \text{CO} \rightarrow \text{Fe} + \text{CO}_2$  beschreibt aus der Sicht des Eisenoxids eine Reduktion und aus der Sicht des Kohlenmonoxids eine Oxidation. Ist Ziel des Hochofenprozesses die Produktion von Roheisen, so liegt der Schwerpunkt der intendierten chemischen Reaktion hier auf dem Reduktionsprozess, ohne den produktionstechnisch die Herstellung von Roheisen Fe im Hochofen nicht möglich ist. Darin liegt ein wesentlicher sachlicher Grund für die Sonderbehandlung des Hochofenprozesses in § 6 Abs. 3 ZuV 2007 im Unterschied zur Ziegelproduktion. Eine solche Reduktionsreaktion findet beim dortigen Brennprozess im Tunnelofen nicht statt.

Hinzu kommt, dass ausweislich der Begründung der Zuteilungsverordnung 2007 (vgl. <http://www.itad.de/emissionen/emissionshandel/art67,96.html>) bei Hochöfen - und gleichermaßen bei Oxygenstahlwerken - die Besonderheit besteht, dass dort prozessbedingt Kohlendioxid und Kohlenmonoxid entsteht, das aufgefangen und an Anlagen Dritter weitergegeben wird. Damit ergibt sich - im Unterschied zur Ziegelproduktion - das Problem der Zurech-



nung der prozessbedingten Emissionen auf die jeweils beteiligten Anlagen. Diese Berechnung der prozessbedingten Emissionen für Hochöfen und Oxygenstahlwerke sowie die Zurechnung auf die beteiligten Anlagen soll nach Auffassung des Ordnungsgebers im Wege der in den Anhängen zu § 6 Abs. 3 bis 5 ZuV 2007 aufgeführten Formeln erfolgen. Dieser vom Ordnungsgeber hervorgehobene Verbund stellt einen weiteren sachlichen Grund für die besondere Behandlung der Hochöfen - und der Oxygenstahlwerke - in § 6 Abs. 3 und 4 ZuV 2007 bei der Berechnung prozessbedingter Emissionen dar, der unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden ist.

Darüber hinaus ist im Weiteren nicht erkennbar, dass im Wege der in § 6 Abs. 3 und 4 ZuV 2007 dargelegten Berechnungsmethoden eigentlich energiebedingte Emissionen im Gegensatz zur Legaldefinition in § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 contra legem als prozessbedingt behandelt werden - etwa indem in einem Produktionsablauf keinerlei als prozessbedingt anzusehende Emissionen entstehen, gleichwohl die Emissionen aber auf Grund von § 6 ZuV 2007 als prozessbedingt behandelt werden. Vielmehr dient § 6 Abs. 3 und 4 ZuV 2007 lediglich der Ermittlung und Berechnung der im Hochofen und Oxygenstahlwerk während des Produktionsprozesses - auch - entstehenden prozessbedingten Emissionen im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007. Der Bestimmung der energiebedingten Emissionen erfolgt gemäß § 5 ZuV 2007.

Ist die bei der Eisenerzeugung im Hochofen stattfindende Oxidation primär in ihrer Umkehrung als Reduktionsprozess zu verstehen und bildet diese unauflösliche Wechselbeziehung von Reduktion und Oxidation bereits einen sachlichen Grund für die Sonderbehandlung des Hochofenprozesses in § 6 Abs. 3 ZuV 2007, so lässt sich wegen des vorherrschenden Reduktionscharakters auch ein Abweichen des § 6 Abs. 3 ZuV 2007 von der Verordnungsermächtigung in §§ 13 Abs. 2 Satz 2, 16 ZuG 2007 nicht feststellen. Auch ist nicht erkennbar, dass auf Grund der in § 6 Abs. 3 ZuV 2007 vorgegebenen Ermittlungsmethoden etwaige Kohlendioxid-Emissionen aus der Verbrennung des Koks im Hochofen als prozessbedingt angesehen würden.

Ähnlich gelagert sind die Dinge bei der Stahlerzeugung im Oxygenstahlwerk. Auch hier entstehen sowohl energie- wie auch prozessbedingte Emissionen. Die prozessbedingten Emissionen sind gemäß den Vorgaben in § 6 Abs. 4 ZuV 2007 zu ermitteln. Setzt die Berechnung prozessbedingter Emissionen gemäß § 6 ZuV 2007 voraus, dass in einem Produktionsprozess überhaupt prozessbedingte Emissionen im Sinne der Legaldefinition von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 anfallen, so ist dies bei der Stahlerzeugung im Oxygenstahlwerk der Fall. Die Raffination von Roheisen zu Stahl erfolgt im Wege zweier Verfahren, einmal dem - hier



nicht relevanten - Elektrostahlverfahren und in der Hauptmenge nach dem hier in Rede stehenden sogenannten Sauerstoff-Blasverfahren im Konverter. Das im Hochofenprozess entstandene Roheisen enthält als Hauptverunreinigungen Kohlenstoff, Silizium, Phosphor und Schwefel. Diese Verunreinigungen werden bei der Raffination oxidiert. Kohlenmonoxid, Kohlendioxid und Schwefeldioxid entweichen als Gase und die Oxide von Silizium und Phosphor werden mit Calciumoxid verschlackt, welches aus zugesetztem Kalkstein ( $\text{CaCO}_3$ ) entsteht. Beim Sauerstoff-Blasverfahren werden flüssiges Roheisen, Eisenschrott und gemahlenes Calciumcarbonat ( $\text{CaCO}_3$ ) in den Konverter eingebracht (vgl. zu dem eingebrachten ‚Input-Material‘ auch Anhang VI Ziffer 2.1.3. Tabelle 1 der Monitoring-Leitlinien). Die Verunreinigungen werden mit reinem Sauerstoff oxidiert, der unter einem Druck von 10 bis 12 bar auf die Oberfläche durch eine ‚Sauerstofflanze‘ geblasen wird. Der Prozess läuft stark exotherm ab, eine zusätzliche Heizung ist nicht erforderlich (vgl. zum Sauerstoff-Blasverfahren insgesamt Mortimer/ Müller, a.a.O. S. 482). Stellt das Auffrischen mit Sauerstoff zum Zwecke der Entfernung des Kohlenstoffs C aus dem Roheisen eine Oxidation des Kohlenstoffs zu Kohlenmonoxid und Kohlendioxid und damit eine chemische Reaktion dar, die als Verbrennung keine prozessbedingte Emissionen nach sich ziehen kann, so liegt im Gegensatz dazu bei der Verarbeitung des dem Konverter zugesetzten Calciumkarbonats  $\text{CaCO}_3$  keine Verbrennung vor. Denn hier entsteht das Kohlendioxid  $\text{CO}_2$  nicht als Produkt aus der Verbindung von Kohlenstoff C und Sauerstoff O, sondern - prozessbedingt im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 - aus dem Calciumkarbonat zusammen mit dem weiteren Produkt Calciumoxid CaO in der chemischen Reaktion:  $\text{CaCO}_3 \rightarrow \text{CaO} + \text{CO}_2$ .

Anders liegen die Dinge indes bei der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien (§ 6 Abs. 6 ZuV 2007). Setzt die Berechnung prozessbedingter Emissionen nach §§ 13 Abs. 2 Satz 2, 16 ZuG 2007 in Verbindung mit § 6 ZuV 2007 voraus, dass in einem Produktionsprozess überhaupt prozessbedingte Emissionen im Sinne der Legaldefinition von § 13 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2007 anfallen, so ist dies bei der Regeneration der Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien nicht der Fall. Durch die Vorgaben in § 6 Abs. 6 ZuV 2007 werden rechtsfehlerhaft energiebedingte Kohlendioxid-Emissionen im Gegensatz zu der Legaldefinition als prozessbedingte Emissionen behandelt. Damit verstößt § 6 Abs. 6 ZuV 2007 gegen höherrangiges Recht. Die Vorschrift steht nicht in Einklang mit der Verordnungsermächtigung in §§ 13 Abs. 2 Satz 2, 16 ZuG 2007 und ist deshalb nichtig bzw. unbeachtlich. Gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2007 werden die näheren Einzelheiten für die Berechnung ausschließlich der prozessbedingten Emissionen einer Anlage durch die Vorschriften einer Rechtsverordnung nach § 16 ZuG 2007 bestimmt. Nach § 16 ZuG 2007 kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung Vorschriften u.a. gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 ZuG 2007 erlassen, die bei der Berechnung der Anzahl zuzuteilender Be-



rechtigungen nach den Regelungen des Abschnitts 3 des Zuteilungsgesetzes 2007 zu Grunde zu legen sind.

Die bei der Regeneration der Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien anfallenden Kohlendioxid-Emissionen sind ausschließlich Produkt einer Verbrennung von Kohlenstoff:  $C + O_2 \rightarrow CO_2$  und damit energiebedingte Emissionen. Beim katalytischen Cracken in der Erdölindustrie werden bei der Verarbeitung des Erdöls Kohlenwasserstoffe mittels eines Katalysators in kleinere Moleküle aufgespalten. Ein Katalysator stellt eine Substanz dar, die eine chemische Reaktion beschleunigt, ohne selbst verbraucht zu werden.

Während des Crackvorgangs setzt sich auf der Oberfläche des Katalysators Kohlenstoff als Koks ab, der den Katalysator unwirksam macht. Dieser Kohlenstoff wird nach dem eigentlichen Crackprozess in einem nachgeschalteten sogenannten Regenerator unter Luftzufuhr abgebrannt und der unwirksame Katalysator damit wieder funktionsfähig gemacht (vgl. dazu Brockhaus - Die Enzyklopädie - Studienausgabe, Leipzig 2001, Stichwort: Cracken; vgl. Mortimer/ Müller, a.a.O. S. 263, 379, 531, 713, 720; siehe insbesondere auch: [http://www.aral-forschung.de/forschung/homepage/wissen/dieraffinerie/katalytisches\\_cracken.html](http://www.aral-forschung.de/forschung/homepage/wissen/dieraffinerie/katalytisches_cracken.html); <http://www.seilnacht.com/Lexikon/erdoel.html>; <http://www.umweltdatenbank.de/lexikon/cracken.htm>; [http://www.chemgapedia.de/vsengine/vlu/vsc/de/ch/10/heterogene\\_katalyse/acide\\_kat/acide\\_kat.vlu/Page/vsc/de/ch/10/erdoel/aufarbeitung/konversion/k\\_cracken.vscml.html](http://www.chemgapedia.de/vsengine/vlu/vsc/de/ch/10/heterogene_katalyse/acide_kat/acide_kat.vlu/Page/vsc/de/ch/10/erdoel/aufarbeitung/konversion/k_cracken.vscml.html)). Ein besonderer Grund für die Einführung dieser Sonderregelung des § 6 Abs. 6 ZuV 2007 für einen Verbrennungsprozess ist nicht ersichtlich. Auch aus der Begründung der Zuteilungsverordnung 2007 zu § 6 ZuV 2007 lässt sich dazu ebenso wenig etwas ersehen wie aus Anhang III Ziffer 2.1.3 der Monitoring-Leitlinien.

Ist § 6 Abs. 6 ZuV 2007 wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig und unwirksam, so kann die Klägerin als Ziegelproduzentin in der Folge nicht die gleiche rechtswidrige Praxis für sich reklamieren. Werden von der Klägerin erzeugte energiebedingte Kohlendioxid-Emissionen nicht als prozessbedingte Emissionen behandelt, wiewohl dies - wie ausgeführt - bei der Regeneration von Katalysatoren für Crack- und Reformprozesse in Erdölraffinerien rechtsfehlerhaft der Fall ist, so liegt darin eine Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber Firmen, die mit katalytischen Crackern Erdöl weiterverarbeiten. Die Klägerin kann sich indes auf diese Ungleichbehandlung gegenüber der erdölverarbeitenden Industrie nicht berufen und die gleiche Behandlung für sich geltend machen. Denn Art. 3 Abs. 1 GG gewährt keinen Anspruch auf Gleichheit im Unrecht (vgl. dazu Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 26. Februar 1993 - 8 C 20/93 - m.w.N.; zitiert nach Juris).



B) Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zuteilung weiterer Emissionsberechtigungen vor dem Hintergrund der Anwendung von § 4 Abs. 4 ZuG 2007. Die Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ist mit dem vorrangigen Gemeinschaftsrecht ebenso vereinbar wie mit deutschem Verfassungsrecht. Ferner hat die Beklagte die Regelung im Zuteilungsverfahren richtig angewandt. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die anteilige Kürzung waren im Zeitpunkt der Zuteilung gegeben, da die zuzuteilende Menge die Zahl von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid überschritt. Eine falsche Berechnung der Höhe des Kürzungsfaktors liegt – jedenfalls zu Lasten der Klägerin – nicht vor (vgl. dazu ausführlich: VG 10 A 344.05 und VG 10 A 255.05 – Urteile vom 7. April 2006 –). Schließlich ist im hiesigen Verfahren auf Seiten der Beklagten auch ein Rechenfehler bei der konkreten mathematischen Operation der Kürzung – Multiplikation der zu Grunde gelegten Emissionen für 2005-2007 zunächst mit dem sog. ‚1. Erfüllungsfaktor‘ von 0,9709 (§ 5 ZuG 2007) und dann mit dem sog. ‚2. Erfüllungsfaktor‘ von 0,9538 – nicht feststellbar.

III. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen unter II. kann auch der auf Neubescheidung gerichtete Hilfsantrag zu 3. keinen Erfolg haben.

IV. Die auf Feststellung gerichteten Hilfsanträge zu 4. und 5. sind gemäß § 43 VwGO unzulässig. Danach kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (Abs. 1). Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Dies gilt nicht, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes begehrt wird (Abs. 2).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) die Notwendigkeit einer Anerkennung fachgerichtlichen Rechtsschutzes auch gegen untergesetzliche Rechtssätze. Denn auch die Rechtsetzung der Exekutive in der Form von Rechtsverordnungen und Satzungen ist Ausübung öffentlicher Gewalt und daher in die Rechtsschutzgarantie einzubeziehen. Wirksamer Rechtsschutz lässt sich im Wege einer gegen den Verordnungsgeber gerichteten Feststellungsklage nach § 43 VwGO suchen mit dem Ziel festzustellen, der Kläger sei durch die Rechtsverordnung in seinen subjektiven Rechten, beispielsweise Art. 3 Abs. 1 GG, verletzt. Ebenso kann die Feststellung begehrt werden, das Recht des Klägers auf Gleichbehandlung gebiete den Erlass oder eine Änderung der Rechtsverordnung. Eine solche Feststellungsklage kann etwa dann



erforderlich sein, wenn eine Verpflichtungsklage auf Grund einer gleichheitssatzwidrigen Regelungslücke in der Rechtsverordnung keinen Erfolg haben kann. Der Normgeber könnte zwar grundsätzlich auch die inzidente Feststellung eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht im Kontext einer nicht zum Erfolg führenden Verpflichtungsklage zum Anlass nehmen, die Norm zu korrigieren. Angesichts der durch die inter-partes-Wirkung beschränkten Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile und der denkbaren unterschiedlichen Auffassung verschiedener Verwaltungsgerichte - die beispielsweise über Klagen gegen verschiedene, die gleiche Bundesverordnung anwendende Bundesländer zur entscheiden haben können - zur Frage der Vereinbarkeit der Regelung mit höherrangigem Recht ist er dazu indes nicht gezwungen (vgl. dazu Bundesverfassungsgericht, Entscheidung vom 17. Januar 2006 - 1 BvR 541/02 -; zitiert nach Juris).

Anders liegen die Dinge indes bei der vorliegenden Klage. Hier fehlt es der Klägerin mit Blick auf die im Rahmen des Verpflichtungsbegehrens gemachten Ausführungen zur Gültigkeit von § 6 Abs. 6 der Zuteilungsverordnung 2007 und der Ungleichbehandlung der Klägerin im Vergleich mit erdölverarbeitenden Betrieben am erforderlichen Feststellungsinteresse. Denn wie ausgeführt wurde, kann die Klägerin eine Gleichbehandlung mit dieser zu Unrecht privilegierten Vergleichsgruppe ohnehin nicht in rechtmäßiger Weise erlangen. Davon abgesehen ist die Notwendigkeit eines gesonderten Feststellungsbegehrens nicht (mehr) gegeben. Eine in ihren Wirkungen über die in diesem Urteil im Rahmen der Erörterung des Verpflichtungsbegehrens bereits getroffene gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 kann die Klägerin auch mit dem gegen dieselbe Beklagte gerichteten Feststellungsbegehren nicht erlangen. Auch ein gesonderter Feststellungstenor wäre nicht vollstreckbar. Generell ist jedoch anzunehmen, dass öffentliche Stellen als Beklagte einem Urteil auch ohne Vollstreckungsdruck Folge leisten werden (vgl. Bundesverfassungsgericht ebd.).

Dieser Annahme stehen vorliegend weder eine durch inter-partes-Wirkung beschränkte Rechtskraft des Urteils noch unterschiedliche Auffassungen verschiedener Gerichte entgegen. Denn der Verordnungsgeber Bundesrepublik Deutschland unterfällt einer inter-partes-Wirkung, da er als Beklagter Beteiligter des vorliegenden Verfahrens im Sinne von § 63 Nr. 2 VwGO ist. Auch das Problem denkbarer unterschiedlicher Rechtsauffassungen verschiedener mit der gleichen Rechtsmaterie befasster Verwaltungsgerichte stellt sich nicht. Für Streitigkeiten auf dem neuen Rechtsgebiet des Emissionshandels wegen Zuteilungen von Emissionsberechtigungen, d. h. für Streitigkeiten nach dem Zuteilungsgesetz 2007 und dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, in welchen allein die Zuteilungsverordnung 2007 relevant sein kann, ist in erster und zweiter Instanz die ausschließliche Zuständigkeit der Berliner Verwaltungsgerichte gegeben (vgl. § 20 Abs. 3 TEHG und § 22 Abs. 2 ZuG 2007).



Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 und 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Gemäß §§ 124 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, 124 a Abs. 1 Satz 1 VwGO war wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache die Berufung zuzulassen. Aus dem gleichen Grunde hat die Kammer gemäß § 134 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO die Sprungrevision zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten entweder die Berufung oder bei schriftlicher Zustimmung aller Kläger und Beklagten die Revision zu.

Die Berufung ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils einzulegen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen.

Die Revision ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird. Die Zustimmung zu der Einlegung der Revision ist der Revisionsschrift beizufügen oder innerhalb der Revisionsfrist nachzureichen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen.

Für das Berufungsverfahren und das Revisionsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Berufung und für die Einlegung der Revision. Danach muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung



zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

M. Richter

Böcker

Dolle

**Ausgefertigt**

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Do/gr