

**Rechtliche Stellungnahme zu den Zuständigkeiten
und Rechtspositionen
der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt)**

Sebastian Jungnickel

Jan Philipp Dulce

Rechtsanwälte

SCHWARZ KELWING WICKE WESTPFAHL

10. Februar 2006

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	- 3 -
II.	Die Zuständigkeitsregelung des § 20 Abs. 1 TEHG	- 4 -
	1. Verfassungsrechtliche Bedenken.....	- 4 -
	2. Die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes	- 6 -
III.	Die Sanktionsmaßnahmen gemäß §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 2 TEHG	- 7 -
	1. Zuständige Behörde gemäß § 17 Abs. 1 TEHG	- 7 -
	2. Ein den Anforderungen des § 5 TEHG entsprechender Bericht	- 8 -
	a. Das Leitbild des TEHG	- 8 -
	<i>aa. Anhang 3 Ziffer 11 Satz 2 TEHG.....</i>	- 8 -
	<i>bb. Anhang 2 Buchstabe F TEHG.....</i>	- 8 -
	<i>cc. Eintragung in das Emissionsregister.....</i>	- 9 -
	Zwischenergebnis:	- 9 -
	b. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes.....	- 10 -
	<i>aa. Interpretation des Bundesverwaltungsgerichtes.....</i>	- 10 -
	<i>bb. Die Amtshilfe der Länder</i>	- 11 -
	c. Keine Aufteilung der Zuständigkeit zur Prüfung der EB.....	- 12 -
	d. Historische Auslegung	- 13 -
	e. Analogie zum Vollstreckungsrecht	- 15 -
	Ergebnis:.....	- 15 -
III.	Rechtsfolgen	- 15 -
	1. Kein Änderungsrecht des EB	- 15 -
	2. Unzulässigkeit von Abweichungen der FAQs von den ML.....	- 16 -
	a. Verwendung von FAQs.....	- 16 -
	b. Rechtscharakter der FAQs	- 17 -
	Zwischenergebnis:.....	- 17 -
	3. Unzulässigkeit von Vorgaben der DEHSt gegenüber den sachverständigen Stellen	- 17 -
	4. Keine „Konsistenzpflicht“ zwischen Zuteilungsbescheid und EB	- 20 -
	Ergebnis:.....	- 23 -

I. Einführung

Das Umweltbundesamt (UBA) bzw. dessen Unterabteilung die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) leiten einen Teil ihrer Zuständigkeit in entscheidenden Fragen der Emissionsberichterstattung aus § 17 Abs. 1 TEHG ab. Die DEHSt sieht sich in ihrer Auffassung durch die jüngst ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹ bestärkt, in der von einer letztverantwortlichen Kontrollaufgabe die Rede ist. Die DEHSt sieht in der durch das Bundesverwaltungsgericht postulierten letztverantwortlichen Kontrollaufgabe gewissermaßen eine Generalvollmacht, die es ihr ermöglicht, fast sämtliche Aufgaben an sich zu ziehen und damit die gesetzlichen Regelungen zur Zuständigkeitsverteilung auszuhebeln.

Welche Konsequenzen sich aus der Interpretation der DEHSt ergeben, wird erst deutlich, wenn man die Schlussfolgerungen der DEHSt aus der Letztentscheidungsbezugnis veranschaulicht. So leitet die DEHSt daraus folgende Kompetenzen für sich ab:

1. Materielles Prüfungsrecht, ob ein den Anforderungen des § 5 entsprechender Bericht vorliegt;
2. Ankündigung, jedes Jahr 20 % der Emissionsberichte (EB) selbst materiell zu prüfen;²
3. Anspruch, als Ergebnis ihrer Prüfung „Nachforderungen“ zum EB an den Anlagenbetreiber stellen zu können;³
4. Wenn diesen Nachforderungen nicht gefolgt werde, will die DEHSt selbst feststellen, dass kein zufrieden stellender Bericht vorliegt;
5. Keine Bindung an die Feststellungen durch die sachverständige Stelle, dass der EB nach § 5 Abs. 1 TEHG zufrieden stellend sei;
6. Keine Bindung an eine evtl. vorangegangene Prüfung des EB durch die zuständige Länderbehörde;

¹ BVerwG, Az.: 7 C 26.04, Urt. v. 30.06.2005

² Im Rahmen der fünfjährigen Zuteilungsperiode könnten somit 100 % der EB geprüft werden (Conrads, DEHSt, auf VDI-Expertenforum 26.9. und 21.11.05)

7. Schätzung der Emissionen gemäß § 18 Abs. 2 TEHG durch die DEHSt, wobei die verlangten Korrekturen (z.B. Verwendung eines anderen Emissions- oder Oxidationsfaktors) am EB selbst vorgenommen würden;
8. Änderung der durch die sachverständige Stelle im Emissionsregister eingetragenen Emissionen;
9. Keine Bindung an die Feststellung der geprüften Emissionen und deren Eintragung in das Register.

Fraglich ist, ob die letztverantwortliche Kontrollaufgabe, die von der DEHSt im Sinne einer Letztentscheidungsbefugnis interpretiert wird, tatsächlich besteht und was das Bundesverwaltungsgericht damit zum Ausdruck bringen wollte.

II. Die Zuständigkeitsregelung des § 20 Abs. 1 TEHG

Die Zuständigkeit wird in § 20 Abs. 1 TEHG geregelt. Demnach sind die Landesbehörden für die §§ 4 und 5 TEHG zuständig und das Umweltbundesamt (UBA) im Übrigen. Diese im ersten Moment recht einfache Aufteilung führt indes zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten im Bereich der Aufgaben und Zuständigkeiten.

1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Die Zuständigkeitsregelungen des TEHG sind insgesamt höchst widersprüchlich, so dass keine klare Zuständigkeitsverteilung zwischen den Immissionsbehörden der Länder und dem UBA besteht.⁴ An dieser Stelle bestehen daher verfassungsrechtliche Bedenken, ob die Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit noch gewahrt sind.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG folgt, dass gesetzliche Regelungen ausreichend bestimmt sein müssen. Im Rahmen der Einschränkung von Grundrechten (im Fall des TEHG wären vorwiegend die Berufsfreiheit und der Eigentumsschutz be-

³ Conrads, ebenda

⁴ mit ähnlichen Bedenken Schweer/v. Hammerstein, TEHG, 2003, § 20 Rn. 32 ff..

troffen) gilt die Wesentlichkeitstheorie, wonach Wesentliches im Gesetz geregelt sein muss, und je nach Schwere der Auswirkung müssen die Regelungen umso genauer und präziser sein.⁵ Zur Klarheit von Gesetzen hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung weiter ausgeführt, dass der Bürger die Regelung und deren Inhalt ohne Zuhilfenahme spezieller Kenntnisse mit hinreichender Sicherheit feststellen können muss.⁶

Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung so getan, als ob die Zuständigkeiten klar und unmissverständlich geregelt seien,⁷ jedoch bleiben nach wie vor Fragen offen.

Aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts folgt, dass sich die Frage sich widersprechender Entscheidungen der Landes- und der Bundesbehörde gar nicht stellt. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich um ein reines Zuständigkeitsproblem, welches mittels Auslegung des Wortlauts der Sanktionsnormen zu lösen sei. § 4 Abs. 8 TEHG verhindere entsprechende Zuständigkeitsüberschneidungen. Gemäß § 4 Abs. 8 Satz 1 TEHG haben Maßnahmen nach den §§ 17 und 18 TEHG Vorrang vor Maßnahmen nach § 17 BImSchG. Davon ausgenommen sind lediglich gemäß § 4 Abs. 8 Satz 2 TEHG die immissionsrechtlichen Stilllegungs- und Widerrufsvorschriften.

Der Wortlaut der Sanktionsnormen knüpfe nicht allgemein an die Verletzung von Pflichten aus § 5 TEHG an, sondern sei für spezifische Tatbestände geschaffen worden. Soweit diese tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kommen wegen der angeordneten Spezialität des § 4 Abs. 8 Satz 1 TEHG nur Maßnahmen des Umweltbundesamtes in Betracht. Das heißt, dass derselbe Tatbestand nicht Grundlage immissionsrechtlicher Maßnahmen der Landesbehörde sein darf. In allen übrigen Fällen, in denen es um die Verletzung von Pflichten aus § 5 TEHG geht, sind die Landesbehörden gemäß § 20 Abs. 1 TEHG zuständig.

⁵ vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, GG, § 20, Rn. 38 ff.

⁶ BVerfG 5, 25, 31 f.

⁷ BVerwG, aaO., S. 26-28

Das Bundesverwaltungsgericht nennt in diesem Zusammenhang beispielsweise die Durchsetzung der Pflichten nach § 5 TEHG im Vorfeld der Berichterstattung, die eine ordnungsgemäße Berichterstattung erst ermöglichen. Somit würden sowohl Doppelzuständigkeiten vermieden als auch Mitentscheidungsbefugnisse ausgeschlossen werden. Dies gelte auch für die Stichprobenerhebung. Es obliege allein dem Umweltbundesamt, ob die Voraussetzungen für eine Sanktion vorliegen oder nicht.

Selbst der verständige Jurist wird Probleme haben, der Lösung des Problems durch das Bundesverwaltungsgericht folgen zu können, und nicht ohne Grund hat das Verwaltungsgericht Würzburg an dieser Stelle anders entschieden als das Bundesverwaltungsgericht. Daher stellt sich die Frage, ob ein Anlagenbetreiber ohne Inanspruchnahme fremder Hilfe wirklich in der Lage wäre, die für ihn zuständige Behörde einwandfrei zu ermitteln.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesverfassungsgericht in dieser Frage entscheiden wird.

2. Die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes

Lässt man die verfassungsmäßigen Bedenken außer Acht, sind gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG für den Vollzug der §§ 4 und 5 TEHG bei genehmigungsbedürftigen Anlagen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG die dafür nach dem Landesrecht zuständigen Behörden zuständig.

§§ 4 und 5 TEHG bilden den Abschnitt 2 des TEHG mit dem Titel „Genehmigung und Überwachung von Emissionen“. Der Titel von § 4 lautet „Emissionsgenehmigung“ und der von § 5 „Ermittlung von Emissionen und Emissionsbericht“. Demzufolge sollte man meinen, dass es eindeutig ist, dass das UBA (bzw. die DEHSt als zuständige Abteilung im UBA) weder für die „Ermittlung von Emissionen“ noch für den „Emissionsbericht“ (EB) zuständig ist.

Dies wird seitens der DEHSt anders gesehen. Sie folgert aus § 20 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 17 Abs. 1 TEHG eine allgemeine Zuständigkeit für die Genehmigung und Überwa-

chung der Emissionen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung den Begriff der letztverantwortliche Kontrollaufgabe geprägt. Daraus folgert die DEHSt nunmehr ihr Recht, auch eigenständig EB zu prüfen und zu korrigieren.

Fraglich ist, ob eine derartige Interpretation, wie sie die DEHSt hier vornimmt, tatsächlich aus der Entscheidung gefolgert werden kann. Dazu ist zu prüfen, ob es für die Sanktionsrechte gemäß §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 2 TEHG tatsächlich einer materiellen Prüfung durch die DEHSt bedarf.

III. Die Sanktionsmaßnahmen gemäß §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 2 TEHG

Voraussetzung für die Kontensperrung gemäß § 17 Abs. 1 TEHG ist, dass der zuständigen Behörde kein den Anforderungen nach § 5 entsprechender Bericht fristgerecht bis zum 31. März jedes Jahres vorliegt.

1. Zuständige Behörde gemäß § 17 Abs. 1 TEHG

Fraglich ist, welche Behörde mit zuständiger Behörde gemeint ist. Nach einheitlicher Rechtsauffassung ist die DEHSt die zuständige Behörde.⁸ Dies wird einerseits daraus gefolgert, dass die Berichte letztlich der DEHSt vorliegen müssen.⁹ Da die Nichtweiterleitung des EB durch die Landesbehörde nicht zum Nachteil des Anlagenbetreibers gehen soll, kann die Regelung nur dahin gehend verstanden werden, dass mit der zuständigen Behörde in diesem Fall die DEHSt gemeint ist.

Andererseits kann dies daraus geschlossen werden, dass die DEHSt für die Führung des Emissionshandelskontos gemäß § 14 TEHG zuständig ist und die Sperrung somit in ihren Zuständigkeitsbereich fällt.¹⁰

⁸ Maslaton, TEHG, Kommentar, 2005, § 17 TEHG Rn. 7; Körner/Vierhaus, TEHG Kommentar, 2005, § 17

Rn. 2; Frenz, Emissionshandelsrecht Kommentar, 2005, § 17 Rn. 13

⁹ Maslaton, TEHG, Kommentar, 2005, § 17 TEHG Rn. 7; Körner/Vierhaus, TEHG Kommentar, 2005, § 17 Rn. 2

¹⁰ Franz, aaO, § 17 Rn. 13

2. Ein den Anforderungen des § 5 TEHG entsprechender Bericht

Fraglich ist, ob die DEHSt im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Feststellung darüber trifft, ob ein Bericht den Anforderungen entspricht. Die DEHSt vertritt die Auffassung, dass ihr als vollziehende Behörde auch ein materielles Prüfungsrecht zusteht. Diese Auffassung entspricht aber nicht der Intention des Gesetzgebers, der die Kriterien für die Prüfung nach § 5 Abs. 3 Satz 1 TEHG in Anhang 2 Buchstabe F und Anhang 3 Ziffer 11 geregelt hat.

a. Das Leitbild des TEHG

aa. Anhang 3 Ziffer 11 Satz 2 TEHG

Der Gesetzgeber hat eine eindeutige Bestimmung getroffen, wer feststellt, ob ein EB zufrieden stellend ist oder nicht. § 5 Abs. 3 i.V.m. Anhang 3 Ziffer 11 Satz 2 TEHG gibt unmissverständlich vor, dass die sachverständigen Stellen darüber entscheiden.¹¹ Der Wortlaut ist insoweit unmissverständlich und klar formuliert. Die Regelung der Anlage 3 des TEHG sind 1:1 aus der Anlage V der EU-Richtlinie 2003/87/EG vom 13. Oktober 2003, im Folgenden nur noch EH-RL genannt, übernommen worden, mit dem einzigen Unterschied, dass der deutsche Gesetzgeber an Stelle der prüfenden Instanz die sachverständigen Stellen eingesetzt hat. Der deutsche Gesetzgeber hat sich somit das Leitbild der EH-RL zu Eigen gemacht.

bb. Anhang 2 Buchstabe F TEHG

Demnach hat die sachverständige Stelle, wenn keine wesentlich falschen Angaben vorliegen, anhand der Vorgaben des Anhangs 3 TEHG i.V.m. der Entscheidung der Kommission vom 29.01.2004, im Folgenden nur noch Monitoring Guidelines (ML) genannt¹², selbst zu entscheiden. Die Anwendbarkeit der ML folgt aus Anhang 2 Buch-

¹¹ „Die Emissionserklärung ist als zufrieden stellend zu bewerten, wenn die sachverständige Stelle zu der Ansicht gelangt, dass zu den Gesamtemissionen keine wesentlich falschen Angaben gemacht wurden.“

¹² Entscheidung der Kommission vom 29.01.2004

stabe F des TEHG i.V.m. Artikel 14 EH-RL. An diese Entscheidung ist die DEHSt als zuständige Behörde gebunden.

Diese Gebundenheit ergibt sich auch aus der Formulierung des Art. 25 EH-RL, wonach die zuständige Behörde über die Prüfung des EB durch die prüfende Instanz lediglich unterrichtet wird. Eine Überprüfung der prüfenden Instanz und Änderung des Prüfergebnisses durch die zuständige Behörde ist weder in der EH-RL noch in den ML vorgesehen.

Daraus folgt, dass die nach § 17 Abs. 1 TEHG zuständige Behörde lediglich die ausreichende Abgabe an Emissionsberechtigungen durch den Anlagenbetreiber prüft. Anhang I Nr. 7.4 Abs. 6 der ML beschreibt dies in einfachen und klaren Worten.

„Anhand der im Emissionsbericht, der als zufrieden stellend bewertet wurde, für die Gesamtemission ausgewiesenen Zahl prüft die Behörde dann, ob der Betreiber für die betreffende Anlage eine genügende Anzahl von Zertifikaten abgegeben hat.“

cc. Eintragung in das Emissionsregister

Dass die Bewertung durch die sachverständigen Stellen die allein maßgebliche ist, wird auch dadurch bestärkt, dass nach Art. 51 Nr. 1 der EU-Register-Verordnung die geprüften Emissionen von der sachverständigen Stelle und nicht von der zuständigen Behörde in das nationale Register eingetragen werden. Die zuständige Behörde hat lediglich die Differenz aus „geprüften Emissionen“ und „abgegebenen Emissionsberechtigungen“ in das Register einzutragen.

Auch daraus lässt sich die klare Aufgabenteilung zwischen DEHSt und sachverständigen Stellen ableiten.

Zwischenergebnis:

Aus dem Vorgenannten folgt, dass nach dem Leitbild des TEHG, der EH-RL sowie den ML und der Registerordnung der DEHSt kein materielles Prüfrecht des EB gemäß § 17 Abs. 1 TEHG zusteht. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben ist dies auch nicht erforderlich.

b. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes

aa. Interpretation des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil entschieden, dass in Folge der stichprobenartigen Überprüfung eine verfassungswidrige Doppelzuständigkeit hinsichtlich der Prüfung der EB durch Länder- und Bundesbehörde nicht vorliegen würde. Soweit auch die Länder Aufgaben übernehmen, so sei dies nur eine „quasi Amtshilfe“. Dies nimmt die DEHSt zum Anlass, sich in ihrer Rechtsmeinung bestärkt zu fühlen und selbst eine entsprechende Prüfkompetenz zu besitzen. Dabei wird auf den letzten Absatz, und hier insbesondere auf dessen letzten Satz, der Begründung des BVerwG-Urteils Bezug genommen. Dieser lautet:

„Zwar mag eine gesetzlich vorgesehene Zusammenarbeit einer Bundesoberbehörde mit Landesbehörden eine „negative Indizwirkung“ für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Bundeskompetenz nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG äußern (vgl. dazu Hermes, in: Dreier, GG, Art. 87 Rn. 87); die stichprobenartigen Kontrollen der Emissions- und Prüfberichte, die den Ländern aufgegeben sind, gehen jedoch im Hinblick auf die letztverantwortliche Kontrollaufgabe des Umweltbundesamtes im Rahmen von §§ 17 und 18 TEHG nicht über eine zulässige Unterstützung – in ihrer Bedeutung vergleichbar einer Amtshilfe – hinaus.“

Die DEHSt bezieht sich dabei insbesondere auf die Formulierung „letztverantwortliche Kontrollaufgabe des Umweltbundesamtes“. Zum gänzlichen Verständnis der Entscheidung bedarf es aber noch einiger Interpretationen der Entscheidung. So ist der letzte Satz im Zusammenhang mit dem gesamten letzten Absatz zu sehen.

So listet das BVerwG zunächst die Vollzugsaufgaben der DEHSt auf. Dort sind genannt:

- die Zuteilung der Zertifikate,
- die Berechtigungskontrolle und
- die Führung des Emissionshandelsregisters.

In diesem Zusammenhang hat das Gericht lediglich geprüft, ob diese zentral zu erledigenden Vollzugsaufgaben durch das Umweltbundesamt ohne Unterbau zu bewältigen sind.

„Es geht also nicht um die Überwachung der Emissionsermittlungs- und -berichtspflicht nach § 5 TEHG, durch die das Umweltbundesamt in der Tat hätte überfordert sein können, sondern nur darum, ob seine Verwaltungskraft für die ihm durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben genügt“.

Wenn also die DEHSt schon durch eine stichprobenartige Überwachung der EB gemäß § 5 TEHG überfordert sein könnte, dann wäre sie es erst recht durch eine generelle Überprüfung. Mit der Kontrollaufgabe der DEHSt ist demnach auch nicht die Kontrolle der EB, sondern die Berechtigungskontrolle gemeint, denn eine andere Kontrolle ist in diesem Zusammenhang durch das Bundesverwaltungsgericht nicht angesprochen worden.

bb. Die Amtshilfe der Länder

Die Amtshilfe der Länder besteht letztlich lediglich in der Weiterleitung stichprobenartig überprüfter und von sachverständigen Stellen als zufrieden stellend bewerteter EB. Ohne diese Weiterleitung hätte die DEHSt nämlich keine § 5 TEHG entsprechende EB vorliegen und sie könnte ihre gesetzlichen Aufgaben gemäß §§ 17, 18 TEHG gar nicht ausführen.

Das ist die Art der Amtshilfe, die das Gericht in diesem Zusammenhang meinte. Somit wird auch deutlich, dass in der bloßen stichprobenhaften Überprüfung und Weiterleitung kein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG gesehen werden kann.

Dieser Interpretation des Urteils widerspricht es auch nicht, dass zum Teil die Ansicht vertreten wird, dass aus der Anhörung gemäß § 18 Abs. 2 Satz 3 TEHG folge, dass der

DEHSt ein weiteres Überprüfungsrecht zustehe.¹³ Vielmehr kommt damit zum Ausdruck, dass der Anlagenbetreiber sogar noch im Anhörungsverfahren die Möglichkeit hat, einen von einer sachverständigen Stelle verifizierten EB vorzulegen.

Soweit es um die Sicherstellung eines bundeseinheitlichen Vollzuges geht, betrifft dies auch nur die Vollzugsaufgaben der Zuteilung der Zertifikate, die Berechtigungskontrolle und die Führung des Emissionshandelsregisters.¹⁴

c. Keine Aufteilung der Zuständigkeit zur Prüfung der EB

Fraglich ist, ob der deutsche Gesetzgeber eine Aufteilung der Zuständigkeiten zur Prüfung der EB vorgenommen hat. Diese Ansicht wird von der DEHSt vertreten, um das Argument zu entkräften, dass die Funktion der in der EU-ETS-Richtlinie für die Prüfung der EB vorgeschriebenen „prüfenden Instanz“ (Art. 15 i.V.m. Anhang V der EU-RL) gemäß § 5 Abs. 3 TEHG den sachverständigen Stellen zugewiesen sei und die EH-RL für darüber hinaus gehende Prüfungen durch die „zuständige Behörde“ keinen Raum lasse. Die (Länder-)Behörden und die DEHSt seien daher Bestandteile der „prüfenden Instanz“.¹⁵

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass sämtliche Aufgaben der „prüfenden Instanz“ im Anhang V EH-RL wortgleich im Anhang 3 TEHG aufgeführt sind. Überall ist der Begriff „prüfende Instanz“ durch den Begriff „sachverständige Stelle“ ersetzt worden. Ein weiterer Raum für Aufgaben der „prüfenden Instanz“, die durch die Länderbehörden und/oder der DEHSt wahrgenommen werden sollten, ist nicht ersichtlich.

Hinzu kommt, dass gemäß Nr. 12 Anhang V EH-RL die prüfende Instanz u.a. unabhängig von dem Betreiber sein muss. Ferner muss sie ihre Aufgabe professionell und

¹³ Körner/Vierhaus, TEHG Kommentar, 2005, § 5 Rn. 100

¹⁴ BVerwG, aaO. S. 28

¹⁵ Kühn, BMU, 21.11.05

objektiv ausführen. Schon deshalb scheiden sowohl die Länderbehörden als auch die DEHSt als Teil einer prüfenden Instanz aus.

Die Länderbehörden haben den Anlagenbetreibern Emissionsgenehmigungen erteilt und die Monitoring-Konzepte genehmigt oder zumindest bestätigt. Wie soll eine Behörde aber unabhängig und objektiv über die selbst genehmigten Monitoring-Konzepte urteilen können? Die DEHSt hat den Anlagenbetreibern Zuteilungsbescheide für Emissionsberechtigungen erteilt. Auch hier kann keine Unabhängigkeit und Objektivität mehr angenommen werden.

d. Historische Auslegung

Abgesehen von den sachverständigen Stellen, haben ansonsten lediglich die zuständigen Landesbehörden gemäß § 5 Abs. 4 TEHG ein Prüfungsrecht.¹⁶ § 5 Abs. 4 TEHG spricht in diesem Zusammenhang aber nur von einer stichprobenartigen Überprüfung. Diese haben die EB und die Prüfberichte aber ebenfalls nicht inhaltlich zu prüfen, sondern lediglich stichprobenartig zu überprüfen. Die Überprüfung ist aber etwas anderes als das Prüfen an sich.

Zum Umfang und der Tiefe der Überprüfung gibt § 5 Abs. 4 TEHG keine weiteren Hinweise. Soll § 5 Abs. 4 TEHG aber nicht im Widerspruch zu Art. 15 EH-RL und zu den ML stehen, ist er im Sinne von § 21 TEHG (Überwachung) zu sehen, der die entsprechenden Eingriffsbefugnisse regelt.¹⁷ Nach § 21 Abs. 1 TEHG haben die zuständigen Länderbehörden die Durchführung von §§ 4 und 5 TEHG nur zu überwachen, was sich allenfalls auf die Einhaltung der Methode beschränken kann.¹⁸

Für diese Wortlautauslegung spricht auch die historische Auslegung. Der Bundesrat hatte ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren vor, gar keine Überprüfung vornehmen zu lassen, da angesichts der zugelassenen sachverständigen Stellen auf eine

¹⁶ so auch Maslaton, TEHG Kommentar 2005, § 5 Rn. 21

¹⁷ Schweer/v. Hammerstein, TEHG Kommentar, 2004, § 5, Rn. 74

¹⁸ Vgl. Maslaton, aaO., § 5 Rn. 20; Ebsen, 2004, Emissionshandel in Deutschland, Rn. 67

solche Zusatzmaßnahme hätte verzichtet werden können.¹⁹ Hier konnte sich die Bundesregierung indes durchsetzen und stichprobenhafte Plausibilitätskontrollen einführen. Diese reine Plausibilitätskontrolle beinhaltet aber ebenfalls kein materielles Prüfungsrecht.

Die zuständigen Länderbehörden sollen also im Sinne einer Qualitätsprüfung das gesetzkonforme Arbeiten der sachverständigen Stellen sicherstellen, nicht aber an ihrer Stelle tätig werden.

In jedem Fall ist keinerlei Zuständigkeit zur materiellen Prüfung, auch nicht zur stichprobenartigen Prüfung, von EB und/oder Prüfbericht durch die Bundesbehörde DEHSt zu erkennen. Für die nochmalige Prüfung der EB und Prüfberichte fehlt es der DEHSt an der erforderlichen Verwaltungskraft; dies hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung auch hinreichend deutlich gemacht²⁰, und andererseits stünde eine doppelte oder gar dreifache Prüfung im Widerspruch zur Intention des deutschen und europäischen Gesetzgebers,²¹ dessen Ziel es ist, die Bürokratie abzubauen. Anknüpfend an bereits bestehende Behörden soll der Verwaltungsaufwand so gering wie möglich gehalten werden, und durch die Einschaltung der sachverständigen Stellen sollen die Behörden entlastet werden. Da die gesamten Kosten der DEHSt durch den Anlagenbetreiber letztlich getragen werden sollen, wäre es unvereinbar, wenn der Anlagenbetreiber zunächst die sachverständige Stelle bezahlen müsste und dann noch einmal in Form von Gebühren für eine zweite Prüfung durch die DEHSt und/oder womöglich noch für eine dritte Prüfung durch die eingeschaltete Landesbehörde zur Kasse gebeten wird.

¹⁹ BTDrucks. 15/2540, S. 9, S. 16 zu Nummer 10

²⁰ Das BVerwG hat sinngemäß festgestellt, dass die Verwaltungskraft für die Überwachung der Emissionsermittlungs- und -berichtspflicht nach § 5 TEHG nicht ausreicht, BVerwG, aaO., S. 29

²¹ so auch Körner, TEHG Kommentar, § 5 Rn. 100

e. Analogie zum Vollstreckungsrecht

Das Sanktionsrecht der DEHSt gemäß § 17 Abs. 1 und § 18 Abs. 2 TEHG kann auch mit dem allgemeinen Vollstreckungsrecht verglichen werden. Im Vollstreckungsrecht überprüft das Vollstreckungsorgan nicht, ob der Vollstreckungstitel rechtmäßig er-gangen ist oder nicht. Es vollstreckt diesen lediglich.

Genauso verhält es sich mit der DEHSt. Die Feststellung der Ordnungsgemäßheit des EB obliegt allein der sachverständigen Stelle. Die DEHSt überprüft im Rahmen der Vollstreckung lediglich, ob der EB laut sachverständiger Stelle den Anforderungen des § 5 TEHG entspricht, rechtzeitig abgegeben worden ist und in ausreichender Zahl Berechtigungen vorliegen.

Im Straßenverkehr käme auch niemand auf die Idee, sämtliche TÜV Berichte noch einmal zu prüfen, obwohl der Straßenverkehr gemessen an den Schadstoffemissio-nen mit den größten Beitrag zum CO₂-Ausstoß leistet. Eine Prüfung kann sich daher nur auf eine Überwachung beziehen.

Ergebnis:

Zusammenfassend hat die DEHSt kein „Letztentscheidungsrecht“ im Rahmen der E-missionsberichterstattung. Ein solches Recht besteht allenfalls im Bereich der Sanktio-nen. Demzufolge kann die DEHSt daraus auch keine Rechte für sich ableiten.

III. Rechtsfolgen

1. Kein Änderungsrecht des EB

Ein Recht zur Änderung des EB oder des Prüfberichts der sachverständigen Stelle ste-hen weder den Landesbehörden noch der DEHSt zu. Kommt die zuständige Landes-behörde zu der Erkenntnis, dass der vorliegende Bericht unvollständig oder fehlerhaft ist, stehen ihr nach TEHG keine Möglichkeiten zu, den Bericht zu ändern oder selbst Sanktionen vorzunehmen.²² Aus dem Recht zur stichprobenartigen Überprüfung ge-

²² Körner, aaO., § 5 Rn. 104.

mäß § 5 Abs. 4 TEHG muss aber die Möglichkeit folgen, eine Entscheidung treffen zu können. Ihre Kompetenz muss folglich einschließen, einen unvollständigen oder unrichtigen Bericht gegenüber dem Verantwortlichen zu beanstanden und ihn zur Nachbesserung aufzufordern.²³ Das TEHG hat aber keine Ermächtigungsgrundlage vorgesehen, wonach die Landesbehörde befugt wäre, positiv festzustellen, dass ein Bericht ordnungsgemäß ist oder nicht.²⁴

Hätte die DEHSt ein eigenes Prüfungsrecht, so hätte dies bei unterschiedlichen Ansichten zwischen Landes- und Bundesbehörde zur Folge, dass der Anlagenbetreiber auf die Richtigkeit seines Berichtes vertrauen durfte, da dieser durch die Landesbehörde nicht beanstandet wurde. Käme nun die DEHSt zu der Auffassung, der Bericht sei fehlerhaft, wäre dem Anlagenbetreiber die Möglichkeit genommen, seiner Abgabepflicht gemäß § 6 Abs. 1 TEHG rechtzeitig nachzukommen, bzw. sich frühzeitig mit kostengünstigen Emissionsberechtigungen einzudecken.

Aus diesem Grunde kann der DEHSt auch kein eigenständiges Prüfungsrecht zustehen, wenn es um Sanktionen im Bereich des § 17 Abs. 1 Satz 1 TEHG geht.

2. Unzulässigkeit von Abweichungen der FAQs von den ML

a. Verwendung von FAQs

Die DEHSt ist in den vergangenen Monaten dazu übergegangen, auf ihrer Homepage sogenannte Frequently-Asked-Questions-Listen (FAQ) zu publizieren. Grundsätzlich ist gegen die Einrichtung solcher FAQs nichts einzuwenden, wenn dadurch Unklarheiten in den ML beseitigt und die Arbeit zwischen sachverständigen Stellen und der DEHSt vereinfacht werden. Problematisch wird dies aber bei Abweichungen von den Regelungen der EH-RL und den ML. Die DEHSt ist seit kurzem dazu übergegangen die FAQs als Auslegung der Monitoring Guidelines zu bezeichnen.²⁵

²³ Schweer/v. Hammerstein, TEHG, 2004, § 20 Rn. 22.

²⁴ Schweer/v. Hammerstein, TEHG, 2004, § 20 Rn. 28.

b. Rechtscharakter der FAQs

FAQs stellen keine verbindlichen Rechtsquellen dar. Sie haben weder Gesetzes- noch Verordnungscharakter. Insoweit kann es sich dabei allenfalls um interne Richtlinien einer Behörde handeln, die durch Veröffentlichung im Internet bekannt gemacht werden. Deren Anwendung ist unschädlich, solange dadurch nicht gegen bestehende Gesetze verstoßen wird.

Schreiben die FAQs etwas vor, was nicht im Einklang mit der EH-RL ist, verstößt dies gegen § 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang 2 Teil I a.E. bzw. Teil II Buchstabe F TEHG, worin auf die EH-RL verwiesen wird, denn das TEHG hat gesetzlichen Vorrang vor internen Richtlinien einer Behörde. Das gleiche gilt für die ML, die durch Art. 14 EH-RL Anwendung finden.

Zudem wäre eine Einheitlichkeit der Emissionsberichterstattung nicht mehr gegeben, wenn die nationalen Regierungen nach eigenem Ermessen die ML oder Teile davon außer Kraft setzen könnten. Sollten tatsächlich einige Regelungen der ML fachlich falsch sein, so müssen sie einheitlich für alle EU-Staaten geändert werden. In solchen Fällen müsste die DEHSt bei der EU-Kommission vorstellig werden und auf Änderungen drängen.

Zwischenergebnis:

Handelt die Behörde auf Grundlage der FAQs entgegen der EH-RL oder den ML, verhält sie sich rechtswidrig.

3. Unzulässigkeit von Vorgaben der DEHSt gegenüber den sachverständigen Stellen

Abgeleitet aus der letztverantwortlichen Kontrollaufgabe der DEHSt leitet die DEHSt auch ab, sowohl Anforderungen an die Erstellung der EB als auch deren Prüfung durch die sachverständigen Stellen vorgeben zu können.

²⁵ vgl. DEHSt: „Rolle und Aufgabe der sachverständigen Stellen bei der Prüfung von Emissi-

Die DEHSt hat dazu eine „Prüfungsrichtlinie zur Verifizierung von Zuteilungsanträgen und Emissionsberichten“²⁶ für Sachverständige zur Rolle der sachverständigen Stellen bei der Prüfung der EB erarbeitet.

Danach werden die sachverständigen Stellen u.a. aufgefordert:

- bei Widersprüchen zwischen den von der DEHSt veröffentlichten FAQs und den Regelungen in der von der EU-Kommission gemäß Art. 14 Abs. 1 EH-RL beschlossenen Monitoring Leitlinien (ML), die durch den Verweis in Anhang 2 Teil II Ziffer F des TEHG in Übereinstimmung mit Art. 31 Abs. 1 Satz 4 EH-RL unmittelbar in deutsches Recht überführt worden sind, sich nach den DEHSt-FAQs und nicht nach den ML zu richten;²⁷
- wenn Anlagenbetreiber sich bei der Erstellung ihrer EB nicht an die DEHSt-FAQs sondern an die ML halten (z.B. die Konsistenzpflicht zwischen Zuteilungsantrag und EB ablehnen), so soll die sachverständige Stelle im Testat vermerken, dass die Testaterteilung aufgrund einer von der veröffentlichten Bund-Länder-Position abweichenden Rechtsauffassung erfolgt ist;²⁸
- wenn evtl. die von den deutschen Behörden genehmigten Monitoring-Konzepte der Anlagen und die darauf basierenden EB nicht den ML entsprechen, ihre Prüfung nur an den Entscheidungen der deutschen Behörden auszurichten bzw. Abweichungen oder Widersprüche erst gar nicht zu prüfen und festzustellen.

Die sachverständigen Stellen sind danach keine eigenständige Rechtsinstitution, sondern lediglich zur „Entlastung“ der Behörden da.

onsberichten nach § 5 TEHG, II 4, S. 12.

²⁶ Stand: 28.12.2005

²⁷ DEHSt: „Prüfungsrichtlinie zur Verifizierung von Zuteilungsanträgen und Emissionsberichten“, H 3.2 Fall 2, S. 75

²⁸ wie vor

Prüfungsleitfäden und/oder FAQs der DEHSt können als Orientierung hilfreich sein, soweit sie unstrittige Hinweise enthalten. Rechtlich bindend sind sie, wie bereits zuvor festgestellt, aber nicht. Selbst wenn diese Papiere mit den zuständigen Länderbehörden abgestimmt sein sollten bzw. von diesen explizit beschlossen werden sollten, sind dies bestenfalls Verwaltungsvorschriften, die lediglich die Verwaltungen binden. Für Anlagenbetreiber und auch für sachverständige Stellen wären sie aber nicht bindend.

Das TEHG räumt in § 5 Abs. 3 den sachverständigen Stellen auch gegenüber den Länderbehörden ausdrücklich eine Unabhängigkeit ein. Das TEHG drückt damit aus, dass sachverständige Stellen nach § 5 TEHG keine Außendienstmitarbeiter der Behörden sind und keinen Weisungen der Behörden unterliegen. Andernfalls wäre auch ihre Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet. Sie nehmen eine öffentliche Funktion wahr, die quasi der eines Notars entspricht. Wie bei der Beglaubigung durch ein Notar, attestiert die sachverständige Stelle bestimmte Tatsachen (Umfang der Emissionen, Messpunkte, Art und Umfang der Anlage etc.) und versieht das Testat mit seinem Dienststempel ähnlich dem Siegel des Notars. Für Notar und Sachverständige ist entscheidend, dass beide ihre Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit behalten.

Das Testieren eines EB durch eine sachverständige Stelle „unter Vorbehalt“²⁹ lassen die ML ebenfalls nicht zu. Zum Schluss ihrer Prüfung muss die sachverständige Stelle zu einer alle Aspekte zusammenfassenden Bewertung kommen, „dass zu den Gesamtemissionen keine wesentlichen falschen Angaben gemacht wurden“ (Anhang 3 Nr. 11 TEHG). Ein „Testat unter Vorbehalt“ ist kein „Testat“. Eine sachverständige Stelle kann bei ihrer Prüfung bei schwierigen Fragen auch nicht auf Vorgaben der DEHSt verweisen, da diese, wie bereits festgestellt, keinen Rechtscharakter besitzen.

Schließlich schreiben die ML im Anhang I Kapitel 7.4 ausdrücklich vor, dass die prüfende Instanz zu beurteilen hat, „ob die vom Betreiber angewandte Überwachungsmethode mit der von der zuständigen Behörde genehmigten Methode der

betreffenden Anlage mit den in Kapitel 3 (der ML) dargelegten Grundsätzen für die Überwachung und Berichterstattung sowie mit den Leitlinien übereinstimmt, die in diesen und in den folgenden Anhängen festgelegt sind“.

Die angewandte Methode ist also sowohl hinsichtlich des behördlich genehmigten Konzeptes als auch hinsichtlich der ML zu beurteilen. Allerdings geben die ML keine Hinweise, wie beim Abweichen des behördlich genehmigten Konzeptes von den ML vorzugehen ist. Aber auch hier muss letztlich die sachverständige Stelle eine abschließende Feststellung hinsichtlich der Gesamtemissionen treffen.

4. Keine „Konsistenzpflicht“ zwischen Zuteilungsbescheid und EB

Die DEHSt postuliert ferner, dass die EB mit den Zuteilungsbescheiden gemäß § 10 TEHG bzw. mit den in diesen Bescheiden verwendeten Faktoren konsistent sein müssten. Durch die Wahl eines Brennstoffes und eine entsprechenden Berechnungsmethode habe der Anlagenbetreiber von seinem Wahlrecht gemäß Anlage 2 des TEHG bzw. Anlage IV EU-RL Gebrauch gemacht. Ein späterer Wechsel von Standardfaktoren zu spezifischen Faktoren und umgekehrt sei ausgeschlossen, wenn damit kein tatsächlicher CO₂-Verminderungseffekt eintrete, sondern der Anlagenbetreiber sich dadurch nur „besser rechnet“. Ein solches Vorgehen stünde nicht im Einklang mit der Intention des Gesetzgebers, eine tatsächliche Reduzierung der Emissionen zu erreichen. Dies führe zu einem sog. Mitnahmeeffekt.³⁰ Der Gewinn an Genauigkeit müsse hinter der Verhinderung von Mitnahmeeffekten zurücktreten. Das Wahlrecht bleibt bestehen, wenn der Betreiber auf einen anderen Brennstoff wechseln würde. Hierauf hätten Bund und Länder sich in einer Arbeitsgruppe verständigt.

Die DEHSt hat nunmehr diese Konsistenzpflicht in mehreren ihrer Veröffentlichungen aufgenommen.

²⁹ DEHSt: „Prüfungsrichtlinie zur Verifizierung von Zuteilungsanträgen und Emissionsberichten“, H 3.6 Fall 2.4, S. 79.

³⁰ DEHSt: „Zur rechtlichen Verbindlichkeit der Monitoring Leitlinien“, II. 1. a), S. 5

- „Rolle und Aufgabe der sachverständigen Stellen bei der Prüfung von Emissionsberichten nach § 5 TEHG“³¹
- „Leitfaden zur Erstellung zur Erstellung von CO₂ Emissionsberichten“³²
- „die rechtliche Verbindlichkeit der Monitoring Leitlinien“³³

Die postulierte Konsistenzpflicht besteht indes nicht. Die Zuteilungsbescheide gemäß § 10 TEHG sind rechtlich völlig unabhängig von der Emissionsberichterstattung gemäß § 5 TEHG.

Die Zuteilungsbescheide erfolgten in den verschiedenen EU-Staaten im Rahmen eines weiten nationalen Ermessens in sehr unterschiedlichen Zuteilungsverfahren. So sind z.B. nur in Deutschland sachverständige Stellen nach § 10 TEHG einbezogen. Alle anderen EU-Staaten kamen ohne aus. Auch die Kriterien und die verwendeten Faktoren für die Zuteilungen sind sehr unterschiedlich.

Würde man eine Konsistenzpflicht bejahen, hätte dies zur Folge, dass auch die Emissionsberichterstattungen in den EU-Mitgliedstaaten entsprechend unterschiedlich wären. Gerade dies will die EH-RL aber verhindern und hat dazu in Art. 14 Abs. 1 der EU-Kommission die Pflicht auferlegt, Leitlinien zur Überwachung und Berichterstattung betreffend Emissionen (ML) zu beschließen. Art. 14 Abs. 2 EH-RL verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Emissionen im Einklang mit den ML überwacht werden. Die Mitgliedstaaten haben kein Ermessen, davon abzuweichen. Die „prüfende Instanz“ (in Deutschland die sachverständige Stelle) muss in allen EU-Staaten vorhanden sein, und sie muss in allen EU-Staaten nach den Kriterien des Anhangs V der EH-RL und den Vorgaben der ML prüfen.

Das TEHG trägt dem Rechnung, indem wie zuvor beschrieben sein Anhang 3 wortgleich mit dem Anhang V der EH-RL ist und die ML durch den Verweis im Anhang 2 ebenfalls wortgleich ins deutsche Recht überführt wurden. Anhang 3 TEHG unter-

³¹ dort unter II 4, S. 12.

³² dort unter III 3, S. 16-18.

³³ dort unter II 1 a), S. 3-5.

scheidet sich von Anhang V EH-RL lediglich durch die Ersetzung des Begriffes „prüfende Instanz“ durch den Begriff „sachverständige Stelle“.

Die relativ große Vergleichbarkeit der in einem Teil der deutschen Zuteilungsbescheide, nämlich denen auf Basis historischer Emissionen, verwendeten Faktoren ergibt sich lediglich dadurch, dass die DEHSt für die diesen Bescheiden zugrunde liegenden Zuteilungsanträge vorgeschrieben hatte, sich an den Vorgaben der ML zu orientieren. Allerdings hat die DEHSt in einigen Fällen ausdrücklich vorgegeben, von den ML abzuweichen. Insofern bestand für die Antragsteller auch gar kein Wahlrecht hinsichtlich bestimmter Faktoren, von dem sie nur einmal Gebrauch machen durften.

Ein Wahlrecht bestand für Bestandsanlagen aber darin, statt auf Basis historischer Emissionen die Zuteilungsanträge auf der Grundlage von BAT-Benchmarks und Produktionsprognosen zu stellen. Benchmarks können aber nun auf gar keinen Fall in den EB verwendet werden, da diese ja gerade die tatsächlichen individuellen Emissionen der Anlagen ermitteln sollen. Für Neuanlagen bestand aber mangels historischer Emissionen auch dieses Wahlrecht nicht.

Schließlich war auch kein Anlagenbetreiber verpflichtet, überhaupt einen Zuteilungsantrag zu stellen. Einen EB nach den ML müssen aber auch diese Betreiber abgeben.

Bestünde nun aber eine Konsistenzpflicht, so würde die DEHSt gegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 14 Abs. 2 EH-RL verstoßen, dafür zu sorgen, dass die Emissionen im Einklang mit den Leitlinien überwacht werden, ganz zu schweigen von der Tatsache, dass auch das TEHG vorschreibt, anhand der ML die Prüfung vorzunehmen.

Mithin besteht zwischen den Zuteilungsbescheiden und den EB keine Konsistenzpflicht.

Ergebnis:

Die Rechtsauffassung der DEHSt beruht zum großen Teil auf einer Interpretation der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne eines „Letztentscheidungsrecht“. Die in der Entscheidung angesprochene letztverantwortliche Kontrollaufgabe bezieht sich indes allein auf das Sanktionsrecht, nicht aber auf die Emissionskontrolle gemäß § 5 TEHG. Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass die Frage, ob ein den Anforderungen des § 5 Abs. 3 TEHG entsprechender Emissionsbericht vorliegt, anhand des Leitbilds der Emissionsermittlung eindeutig beantwortet werden kann, da hierfür allein die sachverständigen Stellen zuständig sind.

Die DEHSt hat weder das Recht den Emissionsbericht eigenmächtig zu ändern, noch das Recht den sachverständigen Stellen Weisungen zu erteilen. Auch die FAQs der DEHSt binden die sachverständigen Stellen nicht und stellen allenfalls interne Verwaltungsvorschriften dar. Soweit diese von den Monitoring Guidelines abweichen und die Verwaltung aufgrund dessen Maßnahmen erlässt, sind diese Maßnahmen rechtswidrig. Abschließend kann festgestellt werden, dass eine Konsistenz zwischen den Faktoren der Zuteilungsbescheide und der Emissionsberichte nicht erforderlich ist.