



VERWALTUNGSGERICHT KARLSRUHE

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

XXX,

-Antragstellerin-

prozessbevollmächtigt:
XXX

gegen

XXX

-Antragsgegner-

wegen

Emissionshandelsrecht
hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

hat die 10. Kammer des Verwaltungsgerichts Karlsruhe durch den Richter am Verwaltungsgericht XXX und die Richterinnen am Verwaltungsgericht XXX und XXX

am 18. Oktober 2004 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf 100.000 ,-- € festgesetzt.

GRÜNDE:

I.

Die Antragstellerin betreibt Anlagen zur Herstellung von Zement und zum Brennen von Kalksteinen an mehreren Standorten in Deutschland, u. a. ein Zementwerk in Leimen. Die Anlage in Leimen wurde 1960 auf der Grundlage der Gewerbeordnung genehmigt und mit Inkrafttreten des Bundesimmissionsschutzgesetzes übergeleitet; in der Folgezeit ergingen zahlreiche immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigungen.

Nach dem Inkrafttreten des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG) vom 08.07.2004 (BGBl. I S. 1578) hat die Antragstellerin am 23.07.2004 Klage gegen das Land Baden-Württemberg erhoben (10 K 1993/04). Sie beantragt, die in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG angeordnete Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen der Anlage zur Herstellung von Zementklinker in Leimen (Gemarkung Leimen, Flst.-Nr. 1170) aufzuheben. Hilfsweise beantragt sie festzustellen, dass die in §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG geregelten Pflichten nicht Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen der Anlagen zur Herstellung von Zementklinker in Leimen sind.

Mit Schreiben vom 09.08.2004 lehnte es das beklagte Land auf Anfrage der Antragstellerin hin ab, die aufschiebende Wirkung der erhobenen Klage zu bestätigen.

Am 16.08.2004 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Karlsruhe einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt; Antragsgegner ist das Land Baden-Württemberg. Sie beantragt,

festzustellen, dass ihre Klage 10 K 1993/04 aufschiebende Wirkung hat,

hilfsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO festzustellen, dass sie vorläufig die in §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG geregelten Pflichten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens 10 K 1993/04 nicht erfüllen muss.

Zur Begründung trägt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG werde eine Änderung der ihr von der zuständigen Landesbehörde, dem Regie-

rungspräsidium Karlsruhe, erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen angeordnet, die sich im Ergebnis als Teilaufhebung der Genehmigung darstelle. Hierbei handle es sich um einen verkappten Verwaltungsakt, der mit aufschiebender Wirkung anfechtbar sei. Nach § 80 Abs. 5 VwGO in entsprechender Anwendung sei ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs statthaft, wenn die Behörde - wie hier - diese bestreite. Das Land Baden-Württemberg sei passivlegitimiert, weil die bestrittenen Pflichten zum Bestandteil einer von der zuständigen Landesbehörde erteilten Genehmigung würden; passivlegitimiert sei die Gebietskörperschaft, deren Behörde die Genehmigung erteilt habe und der somit die Wahrnehmungskompetenz für die darin enthaltenen Pflichten zugewiesen sei. Dass der Genehmigungsinhalt ergänzt worden sei, ohne dass eine behördliche Einzelfallregelung dazwischen geschaltet worden sei, ändere nichts daran, dass die Landesbehörden für den Vollzug der von ihnen erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen zuständig seien. Dies ergebe sich auch eindeutig aus § 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 7 Satz 1, § 6 Abs. 1 TEHG. Denn wenn das Land gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 TEHG für den Vollzug der §§ 4 und 5 TEHG zuständig sei, sei es zwangsläufig auch für den Vollzug der in § 4 Abs. 7 S. 1 TEHG zum Bestandteil der Genehmigung gewordenen Pflichten zuständig. Im Hinblick auf die beantragte Sicherungsanordnung bestehe ein Anordnungsanspruch, weil schwerwiegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestünden. Die Zuständigkeitsregelungen des TEHG verstießen gegen Art. 30, 83, 87 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Die Eingriffsregelung in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG und die hierdurch ausgelösten Pflichten verletzten Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Ein Anordnungsgrund sei gegeben, weil sie durch die sofort wirksamen Belastungen des TEHG in besonderer Weise betroffen werde. Insbesondere würden die konjunkturbedingt geringen CO₂-Emissionen der Jahre 2000 bis 2002 zum Maßstab für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen gemacht. Eine Sonderbelastung ergebe sich auch daraus, dass ein Teil der CO₂-Emissionen nicht aus dem Brennstoff, sondern aus dem Rohstoff Kalkstein hervorgehe. Ihre unternehmerische Dispositions- und Wettbewerbsfreiheit werde erheblich eingeschränkt, weil bei allen Produktionsentscheidungen in Zukunft die Zusatzkosten für den Zukauf von Zertifikaten berücksichtigt werden müssten. Dies könne dazu führen, dass Produktionssteigerungen unterblieben oder Standortverlagerungen vorgenommen werden müssten. Die durch das TEHG notwendig werdenden unternehmerischen Dispositionen müssten sofort getroffen werden; die Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes werde deshalb nicht erst mit Ablauf der Abgabefrist im Jahre 2006 wirksam. Demgegenüber verursache die umstrittene Anlage keinen messbaren Beitrag zur globalen Erderwärmung; auch habe die Bundesrepublik Deutschland ihre internationalen

Verpflichtungen zur Verminderung der CO₂-Emissionen erst in der zweiten Handelsperiode von 2008 bis 2012 zu erfüllen. Im Übrigen sei die Bejahung des Anordnungsanspruchs wegen offensichtlicher Verfassungswidrigkeit des TEHG auch für den Anordnungsgrund in weitem Umfang vorgreiflich.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Er macht im Wesentlichen geltend, die Anfechtungsklage sei unzulässig, weil ein Verwaltungsakt nicht vorliege. Darüber hinaus liege kein Eingriff in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Antragstellerin hinsichtlich der CO₂-Emissionen vor. Denn diese beziehe sich nicht auf die Art und den Umfang der Emissionen, sondern gestatte die Errichtung und eine bestimmte Betriebsweise der Anlage; wobei Emissionsbegrenzungen nur der äußersten Beschränkung der Betriebsweise diene. Die Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz teile keine Emissionskontingente zu. Im Hinblick auf die beantragte einstweilige Anordnung sei das Land nicht passiv legitimiert. In der Sache gehe es der Antragstellerin um die Zuteilung der Berechtigungen, für die nach § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG das Umweltbundesamt zuständig sei. Daher bestehe auch kein Streitiges Rechtsverhältnis zum Land. Auch ein Anordnungsgrund sei nicht glaubhaft gemacht. Die Sonderbelastung der Zementindustrie resultiere nicht aus den in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG genannten Pflichten, sondern realisiere sich erst bei der konkreten Umsetzung der Zuteilung durch die zuständige Bundesbehörde. Die eigentliche Belastung der Antragstellerin liege darin, dass bei ihr die Zuteilung gemäß § 7 Zuteilungsgesetz auf der Basis der historischen Emissionen im Zeitraum der Jahre 2000 bis 2002 erfolge. Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Antragstellerin seien deshalb im Zuteilungsverfahren geltend zu machen. Darüber hinaus werde die Antragstellerin nicht zu betrieblichen Einschränkungen gezwungen, vielmehr könne sie nach der Systematik des TEHG ihre Produktion steigern, ohne dass immissionsschutzrechtlich eingegriffen werden könne. Bei Nichtabgabe der erforderlichen Zertifikate könnten ausschließlich die in §§ 17 ff TEHG genannten Sanktionen ergriffen werden. Soweit die Punkte Monitoring/Berichterstattung betroffen seien, seien die Berichte erst zum 01.03.2006 vorzulegen. Im Übrigen seien die verfassungsrechtlichen Bedenken der Antragstellerin nicht begründet.

Wegen der Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze, sowie auf die Gerichtsakten im Hauptsacheverfahren 10 K 1993/04 Bezug genommen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, für den das Verwaltungsgericht Karlsruhe örtlich zuständig ist (dazu 1.), hat keinen Erfolg. Soweit sie im Hauptantrag begehrt festzustellen, dass ihre Klage aufschiebende Wirkung hat, ist der Antrag unbegründet, weil die Anfechtungsklage nicht statthaft ist (dazu 2.). Auch die hilfsweise beantragte Sicherungsanordnung kann nicht ergehen (dazu 3.).

1.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes scheitert allerdings nicht an der Frage der örtlichen Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Nach § 52 Nr. 1 VwGO ist in Streitigkeiten, die sich auf unbewegliches Vermögen oder ein ortsgebundenes Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, nur das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Vermögen oder der Ort liegt. Erfasst werden damit solche Rechte, die zu einem bestimmten Territorium in besonderer Beziehung stehen oder eine weitgehende Verbindung zwischen dem strittigen Recht und dem Territorium aufweisen, auf dem es ausgeübt wird (BVerwG, B. v. 10.12.1996, - 7 AV 11-18/96 - NJW 1997, 1022 m. w. N.). Die Antragstellerin wendet sich in der Hauptsache gegen eine Änderung/Ergänzung der ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG. Danach sind bei Anlagen im Sinne von Anhang 1, die vor dem 15.07.2004 nach den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes genehmigt worden sind, die Anforderungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG als Bestandteil dieser Genehmigung anzusehen. Die von der Antragstellerin bestrittenen Pflichten knüpfen somit an die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen an, für die der dingliche Gerichtsstand gegeben ist (Bier in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 52 Randnr. 5). Dies folgt auch daraus, dass das TEHG der Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft dient. Diese Richtlinie hat einen sektoralen anlagenbezogenen Ansatz (Knopp/Hoffmann, EU - Emissionsrechtehandel und deutsches TEHG, EWS 2004,201,203; vgl. etwa Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Satz 1, Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie), dem das TEHG Rechnung trägt. Die durch das TEHG begründeten Rechte und Pflichten knüpfen jeweils an eine „Tätigkeit“ an. Unter diesem Begriff ist in erster Linie der Betrieb bestimmter (ortsfester) Anlagen zu verstehen, wie sich insbesondere aus der For-

mulierung des Katalogs der „Tätigkeiten“ im Anhang 1 des Gesetzes ergibt (VG Augsburg, B. v. 01.09.2004 - Au 4 E 04.1237 -). Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Wahl des Begriffes „Tätigkeit“ das TEHG für das Hinzukommen weiterer Emittenten offen halten; er geht aber ebenfalls davon aus, dass der Tätigkeitsbegriff nach dem derzeitigen Anwendungsbereich ausschließlich den Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage erfasst, soweit sie im Anhang 1 aufgeführt ist (vgl. BT-Drucks. 15/2328, Begründung des Gesetzentwurfes zu § 3). Insbesondere die hier umstrittenen Ermittlungs-, Berichts- und Prüfpflichten des § 5 TEHG weisen einen Ortsbezug auf, weil sie sich auf die Emissionen der jeweiligen ortsfesten Anlage beziehen und beispielsweise das Betreten des Anlagengrundstücks voraussetzen (s. auch BR-Drucks. 198/04). Auch die Abgabe von Berechtigungen (§ 6 Abs. 1 TEHG) und ihre Zuteilung (§ 9 Abs. 1 u. 2 TEHG) richten sich nach dem Umfang der durch „seine“ (d.h. des Verantwortlichen) bzw. „eine“ Tätigkeit verursachten Emissionen und ist somit anlagen- und ortsbezogen (ebenso VG Augsburg a.a.O.).

Mithin ist der ausschließliche Gerichtsstand des § 52 Nr. 1 VwGO gegeben. Die dem Gericht aus der Presse bekannt gewordene Auffassung des Umweltbundesamtes (FAZ v. 15.09.2004), die Zuständigkeit richte sich nach dem Sitz der zuständigen Bundesbehörde (s. § 52 Nr. 2 VwGO), hält die Kammer jedenfalls im vorliegenden Verfahren schon deshalb für unzutreffend, weil nicht der Verwaltungsakt einer Bundesbehörde, sondern die Anforderungen im Streit stehen, für deren Vollzug gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG i.V.m. § 4 Abs. 7 TEHG die Landesbehörden zuständig sind oder nach Rechtsansicht der Antragstellerin sein sollen und der Antrag ausdrücklich gegen das Land Baden-Württemberg gerichtet ist.

2.

Der Antrag festzustellen, dass die Klage der Antragstellerin aufschiebende Wirkung hat, ist nicht statthaft.

Allerdings ist anerkannt, dass das Gericht nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO in entsprechender Anwendung feststellen kann, dass der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat, wenn hierüber Streit besteht und Vollzugsmaßnahmen drohen. Dies gilt auch, wenn unklar ist, ob die angefochtene Maßnahme ein Verwaltungsakt ist (vgl. etwa VGH Bad.-Württ., B. v. 20.08.1987 - 8 S 1001/87 -, VBIBW 1988, 146 m.w.N.; Kopp/Schenke,

VwGO, 12. Aufl., § 80 Randnr. 181; Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Randnr. 239).

Weitere Voraussetzung der Statthaftigkeit des Antrages ist jedoch, dass objektiv ein Verwaltungsakt vorliegt, der Gegenstand einer Anfechtungsklage sein kann. Zwar tritt die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit und die Begründetheit eines Rechtsbehelfs ein; in Anbetracht des funktionellen Zusammenhangs zwischen dem vorläufigen Rechtsschutz und dem Rechtsbehelf in der Hauptsache ist der Eintritt der aufschiebenden Wirkung jedoch ausgeschlossen, wenn eine Maßnahme nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren und daher Widerspruch und Anfechtungsklage von vorneherein nicht statthaft sind. Denn die Regelung des § 80 Abs. 5 VwGO bezieht sich ausschließlich auf die Vollziehung von Verwaltungsakten; liegt ein Rechtsbehelf im Sinne des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO mangels eines anfechtbaren Verwaltungsaktes nicht vor, kann er auch keine aufschiebende Wirkung entfalten (vgl. VGH Bad.-Württ., a.a.O., 146; OVG Berlin, B. v. 05.08.1996, DVBl 1996, 945, 950; BayVGH, B. v. 05.08.1996 -12 CS 95.3195 - BayVBl. 1997,22,23; Schoch a.a.O. § 80 Randnr. 67; Kopp/Schenke a.a.O. § 80 Randnr. 50; Puttler in: Sodan/Ziekow, Nomos-Kommentar zur VwGO, § 80 Randnr. 32).

Ein mit der Anfechtungsklage angreifbarer Verwaltungsakt liegt nicht vor. Die Antragstellerin wendet sich gegen die durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG begründeten Pflichten. Die Klage der Antragstellerin richtet sich im Hauptantrag gegen § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG; sie begehrt „die Aufhebung der durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG angeordneten Änderung ihrer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen“. Damit wendet sie sich gegen ein formelles Gesetz. Denn wann ein Gesetz und wann ein Verwaltungsakt vorliegt, bestimmt sich nicht nach dem jeweiligen Inhalt, sondern allein nach der Form, also dem Verfahren des Zustandekommens und der Art der Verkündung. Wenn die für die Rechtsetzung maßgebliche Form eingehalten wird, liegt ein Gesetz und kein Verwaltungsakt vor (P. Stelkens/U. Stelkens, VwVfG, 6. Aufl., § 35 Rdnr. 16). Auch für den zu gewährenden Rechtsschutz ist daher nicht der materielle Inhalt, sondern allein die äußere Erscheinungsform maßgeblich (BVerwG, Urt. v. 01.03.1967, BVerwGE 26, 251, 252; BayVGH, GB. v. 30.11.1993, NvWZ-RR 1995, 114, 115). Umstritten ist diese Rechtsauffassung - soweit ersichtlich - nur, wenn es um die Abgrenzung von Verwaltungsvorschrift und Rechtsverordnung, also um abstrakt - generelle Regelungen der Verwaltung geht (vgl. VGH Bad.-Württ., NK-Urt. v. 28.04.1997 - 1 S 2007/96 -, NuR 1999, 329, 330), nicht aber, wenn ein Parlamentsgesetz

vorliegt. Es ist deshalb für die richtige Rechtsschutzform unerheblich, ob die in § 4 Abs. 7 S. 1 TEHG getroffene Regelung inhaltlich eine Einzelfallregelung in Form einer Allgemeinverfügung darstellt und ob sie darüber hinaus nur als Verwaltungsakt hätte ergehen dürfen. Denn selbst bei Formenmissbrauch ist ein förmliches Gesetz nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren, sondern allenfalls nichtig (Stelkens a. a. O. § 35 Randnr. 16; VGH Kassel Ur. v. 16.06.1989 - 3 N 108/87 -, NuR 1990, 380). Widerspruch und Anfechtungsklage sind daher vorliegend ausgeschlossen.

Der Auffassung der Antragstellerin, es handele sich bei § 4 Abs. 7 S. 1 TEHG um einen fingierten oder „verkappten“ Verwaltungsakt, weil die dort genannten Pflichten zum „Bestandteil“ ihrer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen erklärt und diese somit teilweise abgeändert würden, vermag das Gericht nicht zu folgen. Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Fiktion eines Verwaltungsaktes. Selbst wenn man mit der Antragstellerin davon ausgeht, dass die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen der Antragstellerin abgeändert werden (a.A. aber Kobes, Das Zuteilungsgesetz 2007, NVwZ 2004, 1153, 1154) und nur die zuständige Landesbehörde hierzu befugt gewesen wäre, so folgt hieraus noch nicht, dass die gleichwohl durch Bundesgesetz erfolgte Regelung als Verwaltungsakt der Landesbehörde anzusehen ist. Hierfür gibt schon der Wortlaut des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG nichts her. Dagegen spricht aber auch die Systematik des Gesetzes: Während nach § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG die dort genannten Pflichten (kraft Gesetzes) Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung werden, werden die zuständigen (Landes-) Behörden in Satz 2 ausdrücklich ermächtigt, die für die Durchführung des Gesetzes erforderlichen nachträglichen Anordnungen zu treffen, also Verwaltungsakte zu erlassen. Zudem fehlen der Bestimmung wesentliche Merkmale eines fiktiven oder fingierten Verwaltungsaktes. Fiktive Verwaltungsakte sind Verwaltungsakte, die kraft besonderer Rechtsvorschriften bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, z. B. bei Untätigkeiten der Behörde nach Antragstellung während einer bestimmten Frist, als ergangen gelten (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Auflage, § 35 Randnr. 24 m. w. N.; P. Stelkens/U. Stelkens a.a.O. § 35 Randnr. 52f). Auch der fiktive Verwaltungsakt ist also eine Einzelfallregelung, die vom Eintritt bestimmter Voraussetzungen abhängt. Zwar liegt keine „Maßnahme“ einer Behörde vor (P. Stelkens/U. Stelkens a.a.O. § 35 Randnr.52); der Verwaltungsakt kann der Behörde aber zugerechnet werden, weil sie es grundsätzlich in der Hand hat, eine abweichende Regelung zu treffen oder eine andere als die fingierte Rechtsfolge zu setzen, etwa indem sie fristgerecht tätig wird. All diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 4 Abs. 6 TEHG, wonach die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Emissionsgenehmigung nach § 4 Abs. 1 TEHG ist. Denn eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erteilt worden ist, wird hierdurch nicht zu einer (neuen) Emissionsgenehmigung (ebenso VG Augsburg a.a.O.). Weder dem Wortlaut noch der Begründung des Gesetzes lässt sich entnehmen, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung als Emissionsgenehmigung fingiert wird mit der Folge, dass inhaltliche Einschränkungen oder nachteilige Nebenbestimmungen (erneut) anfechtbar wären. Vielmehr ersetzt die bisherige immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Erteilung einer Emissionsgenehmigung und gilt - allerdings ergänzt um die im TEHG begründeten Pflichten - als solche fort.

3.

Auch der Antrag, im Wege einer einstweiligen Anordnung festzustellen, dass die Antragstellerin die in § 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG geregelten Pflichten vorläufig nicht erfüllen muss, hat keinen Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Änderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Statthaft ist auch der Antrag auf vorläufige Feststellung eines Rechtsverhältnisses, soweit es der Bewahrung des status quo dient (BVerfG, B. v. 05.05.1987 - 2 BvR 104/87 - , NJW 1988, 249; Happ in Eyermann, VwGO, 10. Aufl., § 123 Randnr. 21). Der Antrag ist begründet, wenn sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht sind.

a)

Soweit sich der Feststellungsantrag auf die Pflichten aus § 6 Abs. 1 TEHG bezieht, besteht kein Anordnungsanspruch, weil der Antragsgegner insoweit nicht passiv legitimiert ist. Denn ein Anordnungsanspruch besteht nur dann, wenn der in der Hauptsache geltend gemachte Anspruch dem Antragsteller (im Sinne einer Aktivlegitimation) gegen den Antragsgegner (im Sinne einer Passivlegitimation) zusteht (Puttler a.a.O. § 123 Randnr. 78). Geht es um eine (vorläufige) Feststellung, so ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO deshalb gegen den Rechtsträger zu richten, mit dem der Streit über ein konkretes Rechtsverhältnis besteht (Happ a. a. O. § 123 Randnr. 47). Zwischen der Antragstellerin und dem

Land Baden-Württemberg besteht im Hinblick auf die Pflichten nach § 6 Abs. 1 TEHG jedoch kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Ob insoweit ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht ist, kann deshalb dahinstehen.

Nach § 6 Abs. 1 TEHG hat der Verantwortliche (zum Begriff § 3 Abs. 5 TEHG) bis zum 30. April eines Jahres, erstmals im Jahre 2006, eine Anzahl von Berechtigungen an die zuständige Behörde abzugeben, die den durch seine Tätigkeit im vorangegangenen Kalenderjahr verursachten Emissionen entspricht. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG sind „zuständige Behörde“ für den Vollzug der §§ 4 und 5 TEHG bei genehmigungsbedürftigen Anlagen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG die dafür nach Landesrecht zuständigen Behörden. Im übrigen ist das Umweltbundesamt zuständig (§ 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG). Die Berechtigungen sind somit nach § 20 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 TEHG an das Umweltbundesamt abzugeben, das auch für die Zuteilung der Berechtigungen (§§ 9, 10 TEHG i. V. m. dem Zuteilungsgesetz) sowie für die Sanktionen zur Durchsetzung der Abgabepflicht, (vgl. § 18 TEHG) zuständig ist. Ist danach für den Vollzug des § 6 Abs. 1 TEHG eine Bundesbehörde zuständig, wird durch die darin geregelten Pflichten keine Rechtsbeziehung zwischen dem Land Baden-Württemberg und der Antragstellerin begründet, über das Streit entstehen könnte und das der vorläufigen Klärung im Wege einer einstweiligen Anordnung bedarf.

Etwas Anderes könnte allerdings gelten, wenn die Landesbehörden für die Feststellung zuständig wären, ob das TEHG auf eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage anwendbar ist, also als Anlage im Sinne des Anhang 1 zum TEHG anzusehen ist. Denn hierdurch würde auch inzident festgestellt, dass die Anlage u. a. die Anforderungen des § 6 Abs. 1 TEHG zu erfüllen hat (vgl. § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG). Eine solche Befugnis oder Verpflichtung der zuständigen Immissionsschutzbehörde zur verfahrensunabhängigen Feststellung der Anwendbarkeit des TEHG auf Altanlagen findet im Gesetz aber keine Stütze (VG Augsburg a.a.O. Kobes, a.a.O. [1154]; a. A. offenbar das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, s. Schreiben v. 6.8.2004, Anlage 4 der Antragschrift). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass sich die Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 11 TEHG auch auf Altanlagen bezieht (VG Augsburg a.a.O.). Die Frage der Emissionshandlungspflichtigkeit einer Altanlage stellt sich vielmehr erstmals im Zuteilungsverfahren beim Umweltbundesamt. Vorliegend kann diese Frage aber offen bleiben. Denn die Antragstellerin bestreitet nicht, dass das TEHG auf die streitgegenständliche Anlage anwendbar ist. Selbst wenn also die Landesbehörden für eine, vom Zuteilungsverfahren un-

abhängige Vorabprüfung der Anwendbarkeit des TEHG zuständig wären, käme der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht in Betracht, weil hierüber kein Streit besteht (vgl. Happ a. a. O. § 123 Rdnr. 42). Zudem hätte sich die Antragstellerin - wenn sie anderer Auffassung wäre - mit ihrem Begehren zunächst an die zuständige Immissionsschutzbehörde wenden müssen.

Schließlich wird ein konkretes Rechtsverhältnis zum Land auch nicht dadurch begründet, dass § 6 Abs. 1 TEHG in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG erwähnt wird, für den Vollzug des § 4 TEHG aber nach § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG die Immissionsschutzbehörden der Länder zuständig sind. Wie oben ausgeführt, handelt es sich bei dieser Regelung nicht um einen fiktiven/fingierten Verwaltungsakt, der dem Land zugerechnet werden könnte. § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG wird nicht durch die Landesbehörden vollzogen, sondern begründet für Anlagen eine gesetzliche Pflicht zur Abgabe von Berechtigungen, für deren verfahrensmäßige Durchführung und Überwachung - wie ausgeführt - eine Bundesbehörde zuständig ist. Dass die Abänderung landesrechtlicher Genehmigungen durch Bundesgesetz nach Auffassung der Antragstellerin mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes unvereinbar ist, kann nicht dazu führen, dass das Land prozessual so zu behandeln ist, als ob es tatsächlich beteiligt wäre.

Im Hinblick auf § 6 Abs. 1 TEHG steht mithin kein konkretes Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner im Streit.

b)

Im Hinblick auf die in § 4 TEHG geregelten Pflichten besteht kein Anordnungsgrund. Nach Überzeugung der Kammer ist es für die Antragstellerin zumutbar, die dort genannten Anforderungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu erfüllen, weil bis dahin nach derzeitigem Sach- und Streitstand keine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung eines Rechts oder sonstige wesentliche, nicht wieder rückgängig zu machenden Nachteile drohen:

§ 4 Abs. 1 bis Abs. 5 TEHG regelt die Erteilung der Emissionsgenehmigung. Gem. § 4 Abs. 6 Satz 1 TEHG benötigt die Antragstellerin keine (zusätzliche) Emissionsgenehmigung, weil die immissionsschutzrechtliche Genehmigung die Emissionsgenehmigung nach § 4 Abs. 1 TEHG ist. Die Antragstellerin wird also durch die Regelungen des § 4 Abs. 1 bis 5 TEHG im Grundsatz nicht belastet. Die Absätze 2 bis 5 finden allerdings insoweit An-

wendung, als sie zusätzliche Anforderungen enthalten (§ 4 Abs. 6 Satz 2 TEHG). Zusätzliche Anforderungen enthält - soweit ersichtlich - nur § 4 Abs. 2 TEHG, weil die Emissionsgenehmigung voraussetzt, dass der Verantwortliche in der Lage ist, die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und darüber zu berichten. Diese zusätzlichen Anforderungen entsprechen aber den Anforderungen des § 5 TEHG, der nach § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG ohnehin als Bestandteil der Genehmigung anzusehen ist (dazu sogleich).

Im Hinblick auf § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG kommt - wie ausgeführt - der Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Land mangels Passivlegitimation nicht in Betracht.

§ 4 Abs. 7 Satz 2 TEHG ermächtigt die Landesbehörden, die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG an die Anforderungen des TEHG anzupassen. Derartige Anordnungen sind jedoch derzeit nicht beabsichtigt (Schreiben des Antragsgegners vom 06.10.2004), so dass derzeit ein Bedürfnis für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht besteht. Im Übrigen wäre eine solche Anordnung als Verwaltungsakt zu qualifizieren; vorläufiger Rechtsschutz könnte daher nur nach § 80 Abs. 5 VwGO gewährt werden (vgl. § 123 Abs. 5 VwGO).

Auch im Hinblick auf die in § 4 TEHG begründeten Anzeigepflichten ist kein einstweiliger Rechtsschutz geboten und zwar unabhängig von der Frage, ob eine einfache Anzeige genügt, oder ob ein sog. Monitoring-Konzept bebefügt werden muss, aus dem sich die Einzelheiten der Treibhausgas-Ermittlung ergeben (s. dazu Kobes, a.a.O. [1154]). Nach § 4 Abs. 7 Satz 3 TEHG haben die Betreiber Anlagen nach Satz 1 der zuständigen Behörde innerhalb von 3 Monaten nach Inkrafttreten dieses Gesetzes, also bis zum 15.10.2004 anzuzeigen. Nach § 4 Abs. 9 und Abs. 10 TEHG ist der Verantwortliche verpflichtet, der Behörde geplante Änderungen der Tätigkeit, soweit diese Auswirkungen auf Emissionen haben können, sowie Änderungen seiner Identität oder Rechtsform innerhalb einer bestimmten Frist anzuzeigen. Es ist nicht ersichtlich und von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht, dass es für sie unzumutbar ist, den Anzeigepflichten vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens nachzukommen. Die Erfüllung der Anzeigepflichten belastet die Antragstellerin nur mittelbar insoweit, als sie die Überwachung und Durchsetzung der im TEHG begründeten sonstigen Pflichten ermöglicht. Die Antragstellerin wendet sich mithin nicht gegen die Anzeigepflichten als solche, sondern gegen die eigentliche Emissionshandlungspflichtigkeit selbst.

Entsprechendes gilt für die Mitteilungspflicht nach § 4 Abs. 11 TEHG. Danach ist die zuständige Landesbehörde verpflichtet, dem Umweltbundesamt die Erteilung von Emissionsgenehmigungen und emissionsrelevante Änderungen mitzuteilen. Ungeachtet dessen, dass die Mitteilungspflicht nicht für Altanlagen gelten dürfte (vgl. VG Augsburg a.a.O), handelt es sich hierbei um eine verwaltungsinterne Regelung ohne unmittelbare Außenwirkung gegenüber der Antragstellerin.

Schließlich haben nach § 4 Abs. 8 TEHG Maßnahmen nach § 17 und 18 TEHG Vorrang vor Maßnahmen nach § 17 BImSchG. Bei Verstößen gegen die Pflichten nach § 5 TEHG finden die §§ 20 und 21 BImSchG keine Anwendung. Erfüllt der Verantwortliche die in § 6 Abs. 1 TEHG genannten Pflichten nicht, finden ausschließlich die Regelungen des TEHG Anwendung. Auch insoweit droht kein Gesetzesvollzug durch den Antragsgegner, der für die Antragstellerin unzumutbar wäre. Im Gegenteil begrenzt und reduziert die Regelung die Handlungsmöglichkeiten der Immissionsschutzbehörden des Landes zu Gunsten der in §§ 17 ff. TEHG geregelten Sanktionen. Diese werden aber - wie ausgeführt - nach § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG durch das Umweltbundesamt verhängt. Im Hinblick auf drohende Sanktionen, die allerdings derzeit nicht in Rede stehen, wäre der Antragsgegner mithin nicht passivlegitimiert.

c)

Auch die Erfüllung der in § 5 TEHG geregelten Pflichten kann der Antragstellerin vor der rechtskräftigen Entscheidung der Hauptsache zugemutet werden. Nach § 5 Abs. 1 TEHG hat der Verantwortliche ab dem 01.01.2005 die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und der zuständigen Behörde bis zum 01.03. des Folgejahres zu berichten. Nach § 5 Abs. 3 TEHG ist der Emissionsbericht durch eine sachverständigen Stelle zu prüfen. Emissionsbericht und Prüfbericht werden von der zuständigen Landesbehörde stichprobenartig überprüft und dem Umweltbundesamt übermittelt (§ 5 Abs. 4 i. V. m. § 20 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 2 TEHG). Ungeachtet dessen, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung schon deshalb nicht erforderlich erscheint, weil die Berichtspflicht erst zum 01.03.2006 erfüllt werden muss, entstehen hierdurch keine irreversiblen Fakten zum Nachteil der Antragstellerin. Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass Ermittlung und Überprüfung der Emissionen der streitgegenständlichen Anlage in Leimen Kosten verursachen, die in wirtschaftlicher Hinsicht unzumutbar sind, geschweige denn zu nicht wieder rückgängig zu machenden Dispositionen zwingen. Ihre besondere Betroffenheit sieht die Antragstellerin vielmehr darin, dass die konjunkturbedingt geringen CO₂-

Emissionen der Jahre 2000 bis 2002 zum Maßstab für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen gemacht werden (s. § 7 Abs. 2 Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007 - <BGBl. I S. 2211>) und sie damit 40 bis 50 % der Produktionskapazität verliere. Eine weitere Sonderbelastung ergebe sich daraus, dass ein Teil der CO₂-Emissionen nicht aus dem Brennstoff, sondern aus dem Rohstoff Kalkstein komme. Damit wendet sie sich in der Sache nicht gegen die Ermittlungs- und Berichtspflicht als solche, sondern dagegen, dass und in welcher Weise die ermittelten Emissionen zur Grundlage der Zuteilung gemacht werden. Die geltend gemachten Beeinträchtigungen ihres Geschäftsbetriebes treten somit nach ihrem eigenen Vortrag nicht durch den Umstand ein, dass sie Emissions- und Prüfberichte vorzulegen hat, sondern erst dadurch, dass die Emissionen bewirtschaftet werden.

Die Kammer sieht daher keinen Anlass, im Hinblick auf die in § 5 TEHG i. V. m. § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG genannten Pflichten gegenüber der zuständigen Landesbehörde eine einstweilige Anordnung zu treffen.

d)

Ungeachtet der fehlenden Passivlegitimation des Antragsgegners im Hinblick auf § 6 Abs. 1 TEHG, käme die Kammer auch bei der von der Antragstellerin angeregten Folgenabwägung voraussichtlich nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Antragstellerin hält den Erlass einer einstweiligen Anordnung schon deshalb für geboten, weil das TEHG aller Voraussicht nach verfassungswidrig sei, das Hauptsachebegehren also offensichtlich begründet sei. Dem gegenüber sei ein öffentliches Interesse daran, dass auch die Antragstellerin beziehungsweise die streitgegenständliche Anlage ab sofort in den Emissionshandel einbezogen werde, nicht erkennbar.

Dass eine Verfassungswidrigkeit offensichtlich wäre, vermag die Kammer schon deshalb nicht festzustellen, weil insoweit sowohl die Bindung des Gesetzgebers an europarechtliche Vorgaben als auch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung zu berücksichtigen sind (die Verfassungsmäßigkeit bejahend: Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelssystems, NVwZ 2004, 1162, 1163 f.). Davon unabhängig fällt aber auch eine offene Interessenabwägung nicht eindeutig zu Gunsten des Erlasses einer einstweiligen Anordnung aus. Stellt das Gericht die betroffene Anlage im Wege einer einstweiligen Anordnung von der Emissionshandelspflichtigkeit frei, dürften gravierende Folgen für die Antragstellerin eintreten, wenn sich das TEHG gleichwohl als verfassungsmäßig erweist. Denn die Antragstellerin hätte zumindest für die erste Zuteilungsperiode vom 01.01.2005

bis 31.12.2007 (§ 6 Abs. 4 Satz 2 TEHG) keine Berechtigungen abgegeben. Sie müsste voraussichtlich erhebliche wirtschaftliche Anstrengungen unternehmen, um die erforderlichen Berechtigungen nachträglich zu erwerben, weil der Emissionshandel in diesem Zeitraum in Gang gekommen sein dürfte, und wäre außerdem der Gefahr der in §§ 17 ff. TEHG genannten Sanktionen ausgesetzt (Kontosperrung, Zahlungspflichten etc). Dass die Nachteile einer vorläufigen Teilnahme am Emissionshandel schwerer wiegen, wenn sich das TEHG als verfassungswidrig erweisen sollte, vermag die Kammer nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit festzustellen, zumal die Antragstellerin nicht im Einzelnen glaubhaft gemacht hat, welche nicht wieder rückgängig zu machenden Dispositionen zu treffen sind. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin es nicht ausschließt, trotz des vorliegenden Rechtsstreits am Zuteilungsverfahren teilnehmen zu wollen, spricht dafür, dass auch ihr eine vorläufige Teilnahme am Emissionszertifikate-Handel in der Sache geboten und zumutbar erscheint. Hinzu kommt, dass Einschränkungen des Betriebs der Anlage nach der Systematik des TEHG nicht zu befürchten sind, selbst wenn die Antragstellerin ihren Pflichten nach §§ 4,5 und 6 TEHG nicht nachkommt, etwa die erforderliche Zahl der Berechtigungen nicht abgibt (vgl. § 4 Abs. 8 TEHG, § 5 Abs. 1 BlmschG i. d. F. des Art. 2 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft <BGBl. I. S. 1578>). Auch deshalb erscheint eine vorläufige Sicherung des bestehenden Rechtszustands in der Sache nicht geboten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG neuer Fassung und orientiert sich an den Angaben der Antragstellerin über die wirtschaftliche Bedeutung der Sache unter Berücksichtigung von Ziff. 1.5 des Streitwertkataloges 2004.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung beim Verwaltungsgericht **Karlsruhe**, Postfach 11 14 51, 76064 Karlsruhe, oder Nördliche Hildapromenade 1, 76133 Karlsruhe **B e s c h w e r d e** eingelegt werden. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg eingeht.

Innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses ist die Beschwerde zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Beschwerde erfolgt ist, beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim, oder Postfach 10 32 64, 68032 Mannheim, einzureichen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Der Verwaltungsgerichtshof prüft nur die dargelegten Gründe.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit der 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.

In Angelegenheiten der Kriegsopferfürsorge und des Schwerbehindertenrechts sowie der damit im Zusammenhang stehenden Angelegenheiten des Sozialhilferechts sind vor dem Verwaltungsgerichtshof als Prozessbevollmächtigte auch Mitglieder und Angestellte von Verbänden im Sinne des § 14 Abs. 3 Satz 2 des Sozialgerichtsgesetzes und von Gewerkschaften zugelassen, sofern sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Prozessvertretung befugt sind.

In Abgabenangelegenheiten sind vor dem Verwaltungsgerichtshof als Prozessbevollmächtigte auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zugelassen.

In Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse aus einem gegenwärtigen oder früheren Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis betreffen und Streitigkeiten, die sich auf die Entstehung eines solchen Verhältnisses beziehen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind vor dem Verwaltungsgerichtshof als Prozessbevollmächtigte auch Mitglieder und Angestellte von Gewerkschaften zugelassen, sofern sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt sind.

Hinsichtlich der Beschwerdemöglichkeit gegen die Streitwertfestsetzung wird auf § 68 Abs. 1 Satz 1 und 3 GKG verwiesen.

Gez. XXX

XXX

XXX