

## Anonymisierte Fassung

C-165/20 – 1

---

**Rechtssache C-165/20**

**Vorabentscheidungsersuchen**

**Eingangsdatum:**

16. April 2020

**Vorlegendes Gericht:**

Verwaltungsgericht Berlin (Deutschland)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

30. März 2020

**Kläger:**

ET als Insolvenzverwalter der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs  
KG (AB KG)

**Beklagte:**

Bundesrepublik Deutschland

---

**Beglaubigte Abschrift**

**VG 10 K 4/20**

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

des ET als Insolvenzverwalter der Air Berlin PLC & Co.  
Luftverkehrs KG (AB KG),  
[OMISSIS] Berlin,

Klägers,

[OMISSIS]

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Umweltbundesamt,

Beklagte,

[OMISSIS]

hat die 10. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin

durch

[OMISSIS]

am 30. März 2020 beschlossen:

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin wird ausgesetzt.

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Artikel 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: **[Or. 2]**

1. Sind die Richtlinie 2003/87/EG und die Richtlinie 2008/101/EG unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 20 der Richtlinie 2008/101/EG so auszulegen, dass sie der Aufhebung der kostenlosen Zuteilung von Luftverkehrszertifikaten an einen Luftfahrzeugbetreiber für die Jahre 2018 bis 2020 entgegenstehen, wenn die Zuteilung für die Jahre 2013 bis 2020 erfolgt ist und der Luftfahrzeugbetreiber seine Luftverkehrstätigkeit im Jahr 2017 wegen Insolvenz eingestellt hat?

Ist Art. 3f Abs. 1 der Richtlinie 2003/87/EG so auszulegen, dass die Aufhebung der Zuteilungsentscheidung nach Einstellung der Luftverkehrstätigkeiten wegen Insolvenz davon abhängt, ob eine Fortführung der Luftverkehrstätigkeiten durch andere Luftverkehrsbetreiber erfolgt? Ist Art. 3f Abs. 1 der Richtlinie 2003/87/EG so auszulegen, dass eine Fortführung der Luftverkehrstätigkeiten dann vorliegt, wenn Landerechte an sogenannten koordinierten Flughäfen (Slots) teilweise (für das Kurz- und Mittelstreckengeschäft der insolventen Luftverkehrsgesellschaft) an drei andere Luftverkehrsbetreiber verkauft worden sind?

2. Wenn Frage 1) bejaht wird:

Sind die Regelungen in Art. 10 Abs. 5, Art. 29, Art. 55 Abs. 1 lit a) und Abs. 3 sowie Art. 56 der Verordnung 389/2013 (RegVO 2013) mit der RL 2003/87/EG und der Richtlinie 2008/101/EG vereinbar und gültig, soweit sie der Ausgabe zugeteilter, aber noch nicht ausgegebener kostenfreier

Luftverkehrsberechtigungen für den Fall entgegenstehen, dass der Luftverkehrsbetreiber wegen Insolvenz die Flugtätigkeit einstellt?

3. Wenn Frage 1) verneint wird:

Sind die Richtlinien 2003/87/EG und 2008/101/EG so auszulegen, dass eine Aufhebung der Entscheidung über die kostenlose Zuteilung von Luftverkehrszertifikaten unionsrechtlich zwingend geboten ist?

4. Für den Fall, dass Frage 1) bejaht wird sowie für den Fall, dass Frage 3) verneint wird:

Sind Art. 3c Abs. 3a), Art. 28a Abs. 1 und 2 und Art. 28b Abs. 2 der Richtlinie 2003/87/EG i. d. F. der Änderung durch die Richtlinie (EU) 2018/410 so anzulegen, dass die 3. Handelsperiode für Luftfahrzeugbetreiber nicht mit Ablauf des Jahres 2020, sondern erst 2023 endet?

5. Wenn die Frage 4 verneint wird:

Können Ansprüche auf Mehrzuteilung von kostenlosen Emissionsberechtigungen für Luftfahrzeugbetreiber für die 3. Handelsperiode nach dem Ende der 3. Handelsperiode **[Or. 3]** mit Berechtigungen der 4. Handelsperiode erfüllt werden, wenn das Bestehen eines solchen Zuteilungsanspruchs erst nach Ablauf der 3. Handelsperiode gerichtlich festgestellt wird oder gehen mit dem Ende der 3. Handelsperiode noch nicht erfüllte Zuteilungsansprüche unter?

## **Gründe**

### I.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (im Folgenden: Air Berlin).

Air Berlin war bis in die 2. Hälfte des Jahres 2017 als gewerblicher Luftfahrzeugbetreiber tätig und unterlag der Emissionshandelspflicht. Die Deutsche Emissionshandelsstelle teilte Air Berlin mit Bescheid vom 12. Dezember 2011 für die Zuteilungsperioden 2012 sowie 2013-2020 insgesamt 28.759.739 Luftverkehrsberechtigungen zu. Für das Jahr 2012 wurden 3.360.363 Luftverkehrsberechtigungen zugeteilt, für die Jahre 2013-2020 jeweils 3.174.922 Luftverkehrsberechtigungen pro Jahr. Mit Bescheid vom 15. Januar 2015 nahm die Deutsche Emissionshandelsstelle aufgrund der durch Verordnung (EU) 421/2014 für die Jahre 2013-2016 eingeführten Aussetzung der Einbeziehung der dort genannten Internationalen Flüge in die Emissionshandelspflicht den Zuteilungsbescheid vom 12. Dezember 2011 teilweise zurück und setzte die Zuteilung im Umfang von 18.779.668 Luftverkehrsberechtigungen fest. Dies

entspricht einer Rücknahme im Umfang von 9.980.071 Berechtigungen. Dieser Rücknahmebescheid ist bestandskräftig.

Am 15. August 2017 beantragte Air Berlin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das eigene Vermögen. Mit Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg – Insolvenzgericht – vom gleichen Tage [OMISSIS] wurde die vorläufige Eigenverwaltung der Air Berlin angeordnet und der Kläger zum vorläufigen Sachwalter bestimmt. Am 28. Oktober 2017 stellte Air Berlin den Flugbetrieb offiziell ein. Durch Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg – Insolvenzgericht – vom 1. November 2017 wurde das Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen der Air Berlin unter Anordnung der Eigenverwaltung eröffnet und der Kläger zum Sachwalter bestellt. Mit einem weiteren Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg – Insolvenzgericht – vom 16. Januar 2018 wurde dann die Eigenverwaltung auf Antrag der Air Berlin aufgehoben und der Kläger als bisheriger Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt.

Mit einem an den Kläger in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter der Air Berlin gerichteten Bescheid vom 28. Februar 2018 nahm die Deutsche Emissionshandelsstelle den Bescheid vom 12. Dezember 2011 in Gestalt des teilweise Rücknahmebescheides vom **[Or. 4]** 15. Januar 2015 für die Zuteilungsperiode 2013 – 2020 teilweise zurück und setzte die Zuteilung für die Jahre 2013 – 2020 mit 12.159.960 Berechtigungen neu fest (Ziffer 1). Sie nahm die Zuteilung für die Zuteilungsperiode 2013 – 2020 teilweise zurück, soweit sie nach Abzug der für die Zuteilungsperiode 2012 zugeteilten Luftverkehrsberechtigungen 7.599.975 Luftverkehrsberechtigungen übersteigt. Es wurde festgestellt, dass die Ausgabe der geänderten Zuteilung für die Jahre 2013-2017 bereits vollständig erfolgt sei, für die Jahre 2018-2020 erfolge keine Ausgabe (Ziffer 2). Die sofortige Vollziehung der in Ziffern 1 und 2 erklärten teilweisen Rücknahme wurde vorsorglich angeordnet (Ziffer 3). Ferner wurde der Status des Kontos im Unionsregister unter Anordnung der sofortigen Vollziehung auf „ausgeschlossen“ gesetzt (Ziffern 4 und 5) und schließlich wurde der Widerruf der Rücknahme und der Widerruf der Setzung des Kontos auf „ausgeschlossen“ vorbehalten (Ziffer 6). Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Rücknahme in Ziffer 1 folge aus der Fortführung der Aussetzung der Einbeziehung bestimmter internationaler Flüge in die Abgabepflicht mit Verordnung (EU) 2017/2392 auch für die Jahre 2017-2020. Die Rücknahme in Ziffer 2 des Bescheides folge daraus, dass Air Berlin nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach ihren eigenen Angaben am 28. Oktober 2017 den Flugverkehr eingestellt habe. Im November 2017 seien laut der Prüfstelle nur noch 23 Flüge durchgeführt worden. Der Berichtszeitraum sei bis zum 30. November 2017 eingeschränkt worden. Die EU-Betriebsgenehmigung sei zum 1. Februar 2018 erloschen.

Rechtsgrundlage für die Rücknahme sei hinsichtlich Ziffer 1 des Bescheides § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG i. V. m. der VO 2017/2392 und Art. 28a Abs. 2 der Emissionshandels-Richtlinie und hinsichtlich Ziffer 2 § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG

i. V. m. Anhang 1 Teil 2 Nr. 33 S. 2 Buchst. j) Fälle aa) und bb) des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Juni 2018 wies die Deutsche Emissionshandelsstelle den Widerspruch des Klägers im Wesentlichen mit der Begründung zurück, die Voraussetzungen der Rücknahme [OMISSIS] lägen vor und seien auch mangels spezialgesetzlicher Regelung im Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz anwendbar. Ein schützenswertes Vertrauen der Air Berlin sei nicht gegeben, Art. 10 Abs. 5 der Registerverordnung schreibe vor, dass keine Ausgabe von Luftverkehrsberechtigungen mehr erfolge, solange keine emissionshandelspflichtigen Flüge mehr durchgeführt würden. Ein berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Zuteilung auch nach Einstellung jeglicher Luftverkehrstätigkeiten könne nicht auf den vom europäischen Gesetzgeber nicht umgesetzten Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2008/101/EG gestützt werden.

Der Kläger beantragte am 23. Juli 2018 die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Klage gegen die Ziffern 2 und 4 des streitgegenständlichen Bescheides der **[Or. 5]** Deutschen Emissionshandelsstelle. Das Obergerverwaltungsgericht Berlin- Brandenburg bewilligte dem Kläger mit Beschluss vom 16. Dezember 2019 [OMISSIS] Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren unter Beiordnung des Prozessbevollmächtigten des Klägers. In diesem Beschluss führte das OVG Berlin-Brandenburg im Wesentlichen aus, dass sowohl die Genese als auch die Systematik der Richtlinie 2008/101/EG dafür sprächen, dass die Einstellung des Flugbetriebs nicht zur Aufhebung der Zuteilungsentscheidung berechtige. Für dieses – auch aus Sicht des Obergerverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg nicht überzeugende – Ergebnis spreche insbesondere, dass eine Zuteilung von Luftverkehrsberechtigungen an neue Marktteilnehmer nach Art. 3f Abs. 1 letzter Halbsatz der Richtlinie 2008/101/EG nicht in Betracht komme, wenn es sich bei der neu aufgenommenen oder erheblich gesteigerten Luftverkehrstätigkeit ganz oder teilweise um die Fortführung einer Luftverkehrstätigkeiten handele, die zuvor von einem anderen Luftfahrzeugbetreiber ausgeführt worden sei. Die erheblich begrenzte Möglichkeit der Zuteilung aus der Reserve für neue Luftfahrzeugbetreiber würde bei gleichzeitiger Aufhebung der Zuteilung bei Einstellung der Luftverkehrstätigkeiten zu einer erheblichen Reduzierung der Gesamtzahl der zur Verfügung stehenden Luftverkehrszertifikate führen. Es sei fraglich, ob dies mit der Intention des Richtliniengabers vereinbar sei. Denn ursprünglich sei vorgesehen gewesen, eine Zuteilung im Umfang von 100 % der historischen Luftverkehrsemissionen vorzunehmen und dieser Betrag sei letztlich auf lediglich 97 % bzw. 95 % gekürzt worden (Art. 3 c Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2008/101/EG). Darüber hinaus habe der Richtliniengaber, der für die Zuteilung an ortsfeste Anlagen bereits mit Art. 10a Abs. 19 und 20 der Richtlinie 2009/29/EG vom 23. April 2009 ausdrückliche Regelungen für Fälle der Betriebsschließung bzw. erheblichen Reduzierung der Produktionsleistung geschaffen hat, im Zuge der Änderung der Emissionshandels-Richtlinie mit der Richtlinie (EU) 2018/410 vom 14. März 2018 die bisherige Regelung des Art. 10a Abs. 20 modifiziert, ohne dies zum Anlass zu nehmen, das Vorgehen in Fällen der teilweisen oder

vollständigen Betriebseinstellung von Luftfahrzeugbetreibern zu regeln. Die Frage, wie nach dem derzeitigen Recht im Falle der Betriebsstilllegung eines Luftfahrzeugbetreibers vorzugehen sei, sei eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage.

Mit an den [OMISSIS] Kläger als Insolvenzverwalter adressierten Bescheid vom 26. April 2019 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger bis zum 30. April 2018 insgesamt 795.754 Berechtigungen zu wenig abgegeben hat, und setzte eine Zahlungspflicht i. H. v. 82.806.161,24 Euro fest. Über den gegen diesen Bescheid erhobenen Widerspruch hat die DEHSt bisher noch nicht entschieden. **[Or. 6]**

Mit der am 2. Januar 2020 erhobenen Klage verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Der Kläger ist der Ansicht, für die Teilrücknahme in Ziffer 2 des Bescheides vom 28. Februar 2018 fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage. Die Teilrücknahme könne nicht auf §§ 48, 49 VwVfG gestützt werden, da weder § 11 TEHG noch die übrigen Vorschriften des TEHG eine Regelung über die Aufhebung einer einmal getroffenen Zuteilungsentscheidung an einen Luftfahrzeugbetreiber enthielten. [OMISSIS] [wird ausgeführt] Auch der erklärte Wille des Unionsgesetzgebers stehe einer Aufhebung der Zuteilung entgegen. Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2008/101/EG führe aus: „An Luftfahrzeugbetreiber, die ihre Flugtätigkeit einstellen, sollten bis zum Ablauf der Periode, für die bereits kostenfreie Zertifikate zugeteilt wurden, weiterhin Zertifikate vergeben werden.“ Der Unionsgesetzgeber habe das Fortbestehen des Anspruchs auf Zuteilung unmissverständlich angeordnet. Dies sei auch sachgerecht, die Gesamtmenge der zugeteilten Emissionszertifikate bliebe schließlich unverändert. Der Kläger verweist auf die Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des europäischen Emissionshandels vom 27. Juni 2018 (Drucksache 387/18 des Bundesrates vom 10. August 2018). Die Gesetzesnovelle enthalte auch eine Neufassung des § 11 TEHG, in dessen neu hinzugefügten Abs. 6 werde die Aufhebung der Zuteilungsentscheidung für Luftfahrzeugbetreiber erstmalig geregelt. Diese künftige Regelung erfasse genau den hier streitigen Fall, allerdings bestehe diese Ermächtigungsgrundlage gerade noch nicht, sondern sollte erst für die Zukunft geschaffen werden. Dies spreche dafür, dass derzeit noch keine entsprechende Ermächtigungsgrundlage bestehe.

Hilfsweise führt der Kläger aus, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 48 VwVfG seien nicht erfüllt. § 48 VwVfG setze einen anfänglich rechtswidrigen Verwaltungsakt voraus. Dies sei nicht der Fall. [OMISSIS]. [wird ausgeführt]

Jedenfalls habe Air Berlin in schutzwürdiger Weise auf den Fortbestand der Zuteilungsentscheidung vertraut und habe die ihr im Jahr 2017 ausgegebenen Luftverkehrsberechtigungen schon im Frühjahr/Sommer 2017 zum Großteil veräußert. Dies sei in Erwartung **[Or. 7]** und im Vertrauen auf die in den Folgejahren der Emissionshandelsperiode auszugebenden Emissionsberechtigungen geschehen. Air Berlin habe beabsichtigt, ihre Pflicht zur Abgabe von Emissionsberechtigungen für das jeweils vorangegangene

Berichtsjahr „rollierend“ zu erfüllen. Dieses Vorgehen sei durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz nicht verboten, vielmehr in § 30 Abs. 3 TEHG sogar angelegt. Das Vertrauen in den Fortbestand der Zuteilungsentscheidung sei auch schutzwürdig. Die Insolvenz sei zum Zeitpunkt der Veräußerung der im Jahr 2017 ausgegebenen Luftverkehrsberechtigungen noch nicht vorhersehbar gewesen. Auf Basis des bisherigen Kenntnisstandes des Klägers sei Air Berlin am 11. August 2017 überraschend eine Finanzierung versagt worden, was die Insolvenzreife zur Folge gehabt habe. Selbst wenn eine Insolvenz im Zeitpunkt der Veräußerung bereits vorhersehbar gewesen wäre, wäre das Vertrauen von Air Berlin schutzwürdig. Denn aus dem bereits zitierten Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2008/101/EG ergebe sich deutlich, dass Air Berlin selbst im Falle einer Betriebseinstellung noch mit der Zuteilung der Zertifikate für die laufende Zuteilungsperiode habe rechnen dürfen.

Sämtliche Flugzeuge der Flotte von Air Berlin seien von verschiedenen Leasinggebern angemietet gewesen. Im Rahmen des vorläufigen Insolvenzverfahrens und auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens seien die der Air Berlin zugewiesenen Zeitnischen, die erforderlich sind, um die Flughafen Infrastruktur an sogenannten koordinierten Flughäfen an bestimmten Tagen zu bestimmten Urzeiten zum Starten und zum Landen zu nutzen (Slots) im Zusammenhang mit dem Verkauf von Vermögenswerten an die Deutsche Lufthansa, Easyjet und Thomas Cook verkauft worden. Ob diese Unternehmen die jeweils von ihnen übernommenen Slots tatsächlich so genutzt haben, wie vorher Air Berlin oder andere Flugstrecken bedienten, entziehe sich der Kenntnis des Klägers. Verkauft worden seien die Slots für das Kurz- und Mittelstreckengeschäft. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Fortführung der Luftverkehrstätigkeiten im Sinne des Art. 3f Abs. 1 der EH-RL für die Frage des Fortbestehens der Zuteilung für die Luftverkehrsbetreiber nicht erheblich sei. Im Übrigen sei die Frage, wann eine Fortführung im Sinne der oben genannten Vorschrift anzunehmen sei, bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt.

Auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG seien nicht erfüllt. Jedenfalls sei nicht ersichtlich, dass ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre. Die weitere Zuteilung kostenloser Zertifikate entspreche ausdrücklich dem Willen des Unionsgesetzgebers. Es sei auch unverständlich, weshalb das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Emissionshandel ohne den Widerruf gefährdet sei und Air Berlin zulasten anderer Marktteilnehmer ungerechtfertigt bevorteilt würde. Eine Wettbewerbsverzerrung [Or. 8] drohe nicht, weil Air Berlin überhaupt nicht mehr an dem Wettbewerb teilnehme.

Im Übrigen sei der Rücknahmebescheid ermessensfehlerhaft. Unabhängig von der Nichtbeachtung des schutzwürdigen Vertrauens von Air Berlin entziehe der Bescheid der Insolvenzmasse der Air Berlin ganz erhebliche Vermögenswerte, ohne dass dies durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt wäre.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen sei auch die Schließung des Emissionshandelskontos rechtswidrig.

Der Kläger beantragt,

1. die Ziffern 2) und 4) des Bescheides der Deutschen Emissionshandelsstelle vom 28. Februar 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Juni 2018 aufzuheben,
2. [OMISSIS]
3. [OMISSIS]. [Anträge das Verfahren betreffend]

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte führt aus, §§ 48,49 VwVfG stellen eine ausreichende Grundlage für die Rücknahme der Zuteilung für die Jahre 2018 – 2020 dar. [OMISSIS] [wird ausgeführt]

Die Zuteilung sei ursprünglich für die Jahre 2013-2020 auf der Grundlage erfolgt, dass Air Berlin ihre emissionshandelspflichtige Luftverkehrstätigkeit bis 2020 ausübt. Air Berlin unterfalle seit der endgültigen Einstellung des Flugbetriebes nicht mehr dem Emissionshandelssystem und damit auch nicht mehr dem Anwendungsbereich des Treibhausgas- Emissionshandelsgesetzes. Mit dem Auslaufen der Betriebsgenehmigung entfalle die Eigenschaft von Air Berlin als Luftfahrzeugbetreiber, da diese keine der in § 2 Abs. 6 Nr. 1 und 2 TEHG ausgeführten Betriebsgenehmigungen mehr besitze. Der Zuteilungsanspruch sei an das Bestehen der Emissionshandelspflicht gekoppelt. Es würde dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, wenn für Anlagen oder Tätigkeiten, die der Emissionshandelspflicht **[Or. 9]** nicht unterlägen, Berechtigungen vergeben würden. Dem stehe auch das Europarecht nicht entgegen. Mit Urteil vom 28. Februar 2018 habe der Europäische Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass eine Anlage nur dann unter das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten falle, wenn durch diese direkte CO<sub>2</sub>-Emissionen erzeugt würden (Urteil in der Rechtssache C-577/16, Trinseo). Der EuGH habe in dieser Entscheidung auch ausgeführt, dass nur Anlagen, deren Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 1 Emissionshandels-Richtlinie in das System für den Handel mit Emissionszertifikaten einbezogen sei, in den Genuss einer Zuteilung kostenloser Zertifikate kommen könnten. Diese Ausführungen würden entsprechend für Luftverkehrstätigkeiten gelten. Dementsprechend sehe Art. 10 Abs. 5 der VO 389/2013 (im Folgenden RegVO 2013) vor, dass das Konto eines Luftfahrzeugbetreibers, der keine Flüge mehr durchführe, die unter das Emissionshandelssystem fielen, auf „ausgeschlossen“ geschaltet werde. Von einem solchen Konto könnten gemäß Art. 10 Abs. 6 RegVO 2013 keine Vorgänge mehr initiiert werden, es sei denn, für den Zeitraum, in dem das Konto noch nicht auf ausgeschlossen geschaltet gewesen sei. Art. 56 Abs. 1 RegVO 2013 bestimme, dass der nationale Verwalter in der nationalen Zuteilungstabelle für Luftfahrzeugbetreiber für jedes Jahr vermerke, ob der Luftfahrzeugbetreiber für das betreffende Jahr eine Zuteilung erhalten solle oder nicht. Die Aufnahme dieser

Regelungen in die RegVO 2013 belege, dass die Rücknahme von Zuteilungsentscheidungen zulässig sein müsse. Der Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2008/101/EG widerspreche dem System des Emissionshandels. Der Europäische Gerichtshof vertrete in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich seien und weder herangezogen werden könnten, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, die ihrem Wortlaut offensichtlich widerspreche. Der Erwägungsgrund 20 sei zeitlich vor dem Erlass der ihm eindeutig widersprechenden RegVO 2013 abgefasst worden und sei in den Verordnungen 421/2014 vom 16. April 2014 und 2017/2392 vom 13. Dezember 2017, mit denen die Emissionshandels-Richtlinie in Bezug auf den Luftverkehr geändert worden sei, nicht wiederholt worden.

Der Kläger könne sich auch nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen der Air Berlin berufen. Das mögliche Vertrauen wäre nur dann schutzwürdig, wenn Air Berlin bei der Veräußerung der ihr für das Jahr 2017 zugeteilten Berechtigungen davon hätte ausgehen dürfen, dass sie selbst dann, wenn sie den Betrieb einstelle, die Zuteilung noch erhalte. Für eine solche Annahme gäben weder die Zuteilungsregeln noch das Verhalten der Beklagten Anlass. Die Rücknahme liege auch im öffentlichen Interesse. Das Prinzip des Emissionshandelsrechts würde unterlaufen werden, kämen die Berechtigungen auf den Markt. **[Or. 10]**

Dadurch würde der Marktpreis verfälscht werden. Die Novelle des TEHG schaffe mit § 11 Abs. 6 nicht erstmals eine Rechtsgrundlage zur Aufhebung von Zuteilungen an Luftfahrzeugbetreiber, sondern diene der Schaffung von Rechtsklarheit. Es werde ein spezialgesetzlicher Aufhebungsgrund eingefügt, der neben die bislang bestehende Aufhebungsmöglichkeit nach §§ 48,49 VwVfG trete.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Aufrechterhaltung der Zuteilung bei Einstellung der Luftverkehrstätigkeiten mit dem Beihilfeverbot gemäß Art. 107 AEUV, dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb gemäß Art. 119 Abs. 1 AEUV, dem Recht auf unternehmerische Freiheit gemäß Art. 17 der Grundrechtecharta und dem Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 20 der Grundrechtecharta nicht vereinbar sei.

## II.

Die maßgeblichen Vorschriften des Unionsrechts finden sich in der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, geändert durch die Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (ABl. L 140 vom 5. Juni 2009, im Folgenden

EH-RL), insbesondere Art. 10a Abs. 19 und 20 der EH-RL i. d. F. des Beschlusses (EU) 2015/1814 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015 und Art. 10a Abs. 19, 20 EH-RL i. d. F. der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2017. Ferner Art. 3c Abs. 1, 2 und UAbs. 3a, Art. 3f Abs. 1 und 8, Art. 28a Abs. 1, 2 und 4 EH-RL i.d.F. der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2017; Art. 10 Nr. 5, Art. 29, Art. 55 Abs. 1 lit a), Art. 56 Abs. 3 der Verordnung der Kommission (EU) 389/2013 vom 2. Mai 2013 zur Festlegung eines Unionsregisters (im Folgenden: RegVO 2013); Beschluss Nr. 377/2013/EU vom 24. April 2013 und die Verordnungen (EU) Nr. 421/2014 vom 16. April 2014 und Nr. 2017/2392 vom 29. Dezember 2017 (im Folgenden: „stop-the-clock- Regelungen“). Ferner Art. 107 und 119 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und Art. 17 und 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Die maßgeblichen Vorschriften des nationalen Rechts finden sich im Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG 2011) vom 27. Juli 2011 (BGBl. I S. 3154) sowie in der Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen [Or. 11] in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (in der bis 24. Januar 2019 gültigen Fassung) und im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976, zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846).

### **Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG 2011)**

#### **§ 2 Anwendungsbereich** (in der Fassung vom 13. Juli 2017)

(1) bis (5) [...]

(6) Bei Luftverkehrstätigkeiten erstreckt sich der Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf alle Emissionen eines Luftfahrzeugs, die durch den Verbrauch von Treibstoffen entstehen. Zum Treibstoffverbrauch eines Luftfahrzeugs zählt auch der Treibstoffverbrauch von Hilfsmotoren. Dieses Gesetz gilt nur für Luftverkehrstätigkeiten, die von Luftfahrzeugbetreibern durchgeführt werden,

1. die eine gültige deutsche Betriebsgenehmigung im Sinne des Artikels 3 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (ABl. L 293 vom 31.10.2008, S. 3) in der jeweils geltenden Fassung besitzen oder

2. die der Bundesrepublik Deutschland als zuständigem Verwaltungsmitgliedstaat zugewiesen sind nach der Verordnung (EG) Nr. 748/2009 der Kommission vom 5. August 2009 über die Liste der Luftfahrzeugbetreiber, die am oder nach dem 1. Januar 2006 einer Luftverkehrstätigkeit im Sinne von Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG nachgekommen sind, mit Angabe des für die einzelnen Luftfahrzeugbetreiber zuständigen Verwaltungsmitgliedstaats (ABl. L 219 vom 22.8.2009, S. 1), die durch die Verordnung (EU) Nr. 82/2010 (ABl. L 25 vom 10

29.1.2010, S. 12) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, und keine gültige Betriebsgenehmigung eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzen.

Alle Luftverkehrstätigkeiten, die der Luftfahrzeugbetreiber ab Beginn des Kalenderjahres durchführt, in dem die Voraussetzungen nach Satz 3 erstmals erfüllt sind, fallen in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes.

### **§ 9 Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen an Anlagenbetreiber**

(1) Bis (5) [...]

(6) Die Zuteilungsentscheidung ist aufzuheben, soweit sie auf Grund eines Rechtsakts der Europäischen Union nachträglich geändert werden muss. Die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes bleiben im Übrigen unberührt.

### **§11 Regelzuteilung von kostenlosen Berechtigungen an Luftfahrzeugbetreiber (in der Fassung vom 15.7.2013) [Or. 12]**

(1) Luftfahrzeugbetreiber erhalten für eine Handelsperiode eine Anzahl von kostenlosen Luftverkehrsberechtigungen zugeteilt, die dem Produkt aus ihrer Transportleistung im Basisjahr in Tonnenkilometern und dem Richtwert entspricht, der in der Entscheidung der Europäischen Kommission nach Artikel 3e Absatz 3 Satz 1 Buchstabe e und Satz 2 der Richtlinie 2003/87/EG bestimmt wird.

(2) Das Basisjahr für die Transportleistung ist das Kalenderjahr, das 24 Monate vor Beginn der Handelsperiode endet, auf die sich die Zuteilung bezieht. Für die Handelsperiode 2012 und die Handelsperiode 2013 bis 2020 ist das Jahr 2010 das Basisjahr.

(3) Die Zuteilung für eine Handelsperiode setzt einen Antrag bei der zuständigen Behörde voraus, der spätestens 21 Monate vor Beginn der jeweiligen Handelsperiode gestellt werden muss. Bei einem verspäteten Antrag besteht kein Anspruch auf Zuteilung kostenloser Luftverkehrsberechtigungen mehr. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für die Handelsperiode 2012 und die Handelsperiode 2013 bis 2020.

(4) In dem Antrag muss der Antragsteller die nach den Anforderungen der Monitoring-Verordnung ermittelte Transportleistung angeben, die er im Basisjahr durch seine Luftverkehrstätigkeit erbracht hat. Hat der Luftfahrzeugbetreiber einen Bericht über Flugstrecke und Nutzlast nach § 5 Absatz 1 Satz 1 der Datenerhebungsverordnung 2020 abgegeben, so gilt dieser Bericht als Antrag auf Zuteilung für die Handelsperiode 2012 und die Handelsperiode 2013 bis 2020, sofern der Luftfahrzeugbetreiber dem nicht innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten dieses Gesetzes widerspricht. Im Fall des Widerspruchs besteht kein Anspruch auf kostenlose Zuteilung nach

Absatz 1. Die Angaben zur Transportleistung müssen von einer Prüfstelle nach § 21 verifiziert worden sein. Dies gilt nicht, soweit ein Bericht über Flugstrecke und Nutzlast bereits nach § 11 der Datenerhebungsverordnung 2020 geprüft worden ist.

(5) Die zuständige Behörde übermittelt die Anträge spätestens 18 Monate vor Beginn der Handelsperiode an die Europäische Kommission. Die zuständige Behörde überprüft die Angaben des Antragstellers zur Transportleistung und übermittelt nur solche Angaben an die Europäische Kommission, deren Richtigkeit zum Ablauf der Übermittlungsfrist ausreichend gesichert ist. Sofern die zuständige Behörde zur Prüfung des Antrags und der darin gemachten Angaben zusätzliche Angaben oder Nachweise benötigt, ist der Luftfahrzeugbetreiber verpflichtet, diese auf Verlangen der zuständigen Behörde innerhalb einer von dieser festzusetzenden Frist zu übermitteln.

(6) Die zuständige Behörde teilt die kostenlosen Berechtigungen innerhalb von drei Monaten zu, nachdem die Europäische Kommission den Richtwert gemäß Artikel 3e Absatz 3 der Richtlinie 2003/87/EG bekannt gegeben hat. Die zuständige Behörde veröffentlicht eine Liste mit den Namen der Luftfahrzeugbetreiber und der Höhe der Zuteilungen im Bundesanzeiger.

### **§ 11 Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen an Luftfahrzeugbetreiber** (I. d. F. d. Art. 1 Nr. 11 G. v. 18.1.2019 I 37 m. W. v. 25.1.2019)

(1) Für Luftfahrzeugbetreiber, die nach § 11 oder § 12 in der bis zum 24. Januar 2019 geltenden Fassung eine Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen für die Handelsperiode 2013 bis 2020 erhalten haben, gilt die Zuteilung in Höhe der für das Jahr 2020 zugeteilten **[Or. 13]** Anzahl an Berechtigungen für die Jahre 2021 bis 2023 nach Artikel 28a Absatz 2 der Richtlinie 2003/87/EG fort. Auf die Zuteilung ist der für die Jahre ab 2021 geltende lineare Reduktionsfaktor nach Artikel 9 der Richtlinie 2003/87/EG anzuwenden.

[...]

(6) Die Zuteilungsentscheidung ist aufzuheben, soweit sie auf Grund eines Rechtsakts der Europäischen Union, insbesondere auch in Folge der Überprüfung nach Artikel 28b der Richtlinie 2003/87/EG, nachträglich geändert werden muss oder wenn ein Luftfahrzeugbetreiber keine Luftverkehrstätigkeit mehr ausübt. Die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes bleiben im Übrigen unberührt.

### **§ 30 Durchsetzung der Abgabepflicht**

(1) und (2)

(3) Der Betreiber bleibt verpflichtet, die fehlenden Berechtigungen bis zum 31. Januar des Folgejahres abzugeben; sind die Emissionen nach Absatz 2 geschätzt worden, so sind die Berechtigungen nach Maßgabe der erfolgten

Schätzung abzugeben. Gibt der Betreiber die fehlenden Berechtigungen nicht bis zum 31. Januar des Folgejahres ab, so werden Berechtigungen, auf deren Zuteilung oder Ausgabe der Betreiber einen Anspruch hat, auf seine Verpflichtung nach Satz 1 angerechnet.

### **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfg)**

#### **§ 48 Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes**

(1) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), darf nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden.

(2) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er

1. den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat;
2. den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren;
3. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

In den Fällen des Satzes 3 wird der Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen.

(3) Wird ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der nicht unter Absatz 2 fällt, zurückgenommen, so hat die Behörde dem Betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil **[Or. 14]** auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand des Verwaltungsaktes hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird durch die Behörde festgesetzt. Der Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend

gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Behörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat.

(4) und (5) [...]

#### **§ 49 Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes**

(1) Ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist.

(2) Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

1. wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt Vorbehalten ist;
2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;
3. wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
4. wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
5. um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

§ 48 Abs. 4 gilt entsprechend.

(3) Ein rechtmäßiger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden,

1. wenn die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird;
2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat.

§ 48 Abs. 4 gilt entsprechend.

(4) und (5) [...]

(6) Wird ein begünstigender Verwaltungsakt in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 3 bis 5 widerrufen, so hat die Behörde den Betroffenen auf Antrag für den Vermögensnachteil zu entschädigen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist. § 48 Abs. 3 Satz **[Or. 15]** 3 bis 5 gilt entsprechend. Für Streitigkeiten über die Entschädigung ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

### III.

Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich

Die Klage ist nach Auffassung der Kammer zulässig. Auf die Ausführungen der Beklagten bezüglich der Einhaltung der Klagefrist bei ausschließlich wegen der Zumutbarkeit der Prozessfinanzierung abgelehnten Prozesskostenhilfeanträgen kommt es nicht an, [OMISSIS] [wird ausgeführt] Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin- Brandenburg vom 16. Dezember 2019 ist die Frage der Rechtmäßigkeit der Aufhebung der Zuteilung insgesamt offen und hängt maßgeblich davon ab, wie sich die Einstellung der Luftverkehrstätigkeit durch ein Luftverkehrsbetreiber in der 3. Handelsperiode auswirkt. Hierauf beziehen sich die Vorlagefragen 1) bis 3).

Die Vorlagefrage 1) dient der Klärung der Bedeutung des Erwägungsgrundes 20 der Richtlinie 2008/101/EG. Die Kammer teilt die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 16. Dezember 2019, [OMISSIS]), soweit dort ausgeführt wird, dass keine konkrete Bestimmung des Sekundärrechts (insbesondere der Richtlinie 2008/101/EG, der Richtlinie 2009/29/EG, sowie der Richtlinie (EU) 2018/410 zur Änderung der Emissionshandels-Richtlinie) eine Regelung enthält, die dem Inhalt des Erwägungsgrundes 20 widerspricht. Die Kammer ist der Auffassung, dass ein Behaltendürfen zugeteilter Luftverkehrsberechtigungen trotz Einstellung der Luftverkehrstätigkeit als Ergebnis nicht überzeugend erscheint. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind bei der Auslegung der Richtlinie 2003/87/EG auch die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung verfolgt werden. Das Hauptziel der Richtlinie ist der Schutz der Umwelt durch eine Verringerung der Treibhausgasemissionen. Die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten ist Teil einer Sonderregelung von Übergangsvorschriften, die von dem Grundsatz abweicht, dass die Emissionszertifikate nach dem Versteigerungsmechanismus **[Or. 16]** des Art. 10 der Emissionshandels-Richtlinie vergeben werden müssen (vgl. Urteil vom 20. Juni 2019, Rs. C-682/17, Rn. 71 und Rn. 82 sowie Urteil vom 28. Juli 2016, Rs. C-457/15 Rn. 39 m. w. N.). Mangels einer Regelung im Sekundärrecht bedarf es jedoch einer abschließenden Klärung dieser Frage durch den Gerichtshof auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten geltend gemachten Einwände hinsichtlich des Beihilfeverbots (Art. 107 AEUV), dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem

Wettbewerb gem. Art. 119 Abs. 1 AEUV sowie Art. 17 und Art. 20 der Grundrechtscharta.

Die Frage der Fortführung der Luftverkehrstätigkeiten nach Art. 3f Abs. 1 EH-RL ist bisher weder hinsichtlich der Frage geklärt, was ein Fortführen im Sinne dieser Vorschrift voraussetzt noch hinsichtlich der Frage, ob das Behaltendürfen zugeteilter Luftverkehrsberechtigungen davon abhängt, ob die Luftverkehrstätigkeiten ganz oder teilweise im Sinne der oben genannten Vorschrift fortgeführt worden ist.

Die Vorlagefrage 2) dient für den Fall der Bejahung der Vorlagefrage 1) der Klärung der Auslegung und der Gültigkeit der Vorschriften in Art. 10 Abs. 5, Art. 29, Art. 55 und 56 der RegVO 2013, die die Folgen der Einstellung der Tätigkeit durch ein Luftfahrzeugbetreiber bezüglich des Kontostatus und der Übertragung von Zertifikaten auf das Konto betreffen.

Die Antwort auf die Vorlagefrage 3) ist für die Frage einer europarechtskonformen Auslegung der nationalrechtlichen Regelungen über Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in §§ 48, 49 VwVfG relevant. Ergibt die Antwort auf die Vorlagefrage 3), dass die Aufhebung der Zuteilungsentscheidung im Falle der Einstellung der Luftverkehrstätigkeiten europarechtlich zwingend ist, hat dies Auswirkungen auf die nationalrechtlichen Regelungen hinsichtlich des der Behörde in §§ 48, 49 VwVfG eingeräumten Ermessens und auch hinsichtlich des Zeitpunktes, ab dem die Zuteilungsentscheidung aufgehoben werden kann bzw. muss.

Die Vorlagefragen 4) und 5) sind entscheidungserheblich, wenn im hiesigen Klageverfahren keine rechtskräftige Entscheidung vor Ende der 3. Handelsperiode ergehen kann.

Die 3. Handelsperiode endet für Betreiber von emissionshandelspflichtigen Anlagen am 31. Dezember 2020. Die Regelungen in Art. 28b Abs. 2 EH-RL und in § 11 Abs. 1 TEHG in der Fassung vom 18. Januar 2019 werfen die Frage auf, ob für Luftfahrzeugbetreiber – anders als für Anlagenbetreiber – der Ablauf des Jahres 2020 keine Auswirkungen auf die zu diesem Zeitpunkt noch offenen Zuteilungsansprüche hat.

Die Vorlagefrage 4) dient zur Klärung der Frage, wann die 3. Handelsperiode für Luftfahrzeugbetreiber endet. Die mit der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/410 eingefügten Regelungen **[Or. 17]** in Art. 28a der Emissionshandels-Richtlinie nehmen in Abs. 1 die Emission von Luftfahrzeugbetreibern für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2023 in den Blick. Art. 28 Abs. 2 Unterabsatz 3 EH-RL sieht die Veröffentlichung der jedem Luftfahrzeugbetreiber zugeteilten Zertifikate durch die Mitgliedstaaten für die Tätigkeit im Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2023 vor. Art. 28a Abs. 4 EH-RL trifft eine Regelung hinsichtlich der Anzahl der von jedem Mitgliedstaat zu

versteigernden Zertifikate für Luftverkehrsemissionen ebenfalls in Bezug auf den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2023.

Falls die 4. Vorlagefrage dahingehend beantwortet wird, dass auch für Luftverkehrsbetreiber die 3. Handelsperiode am 31. Dezember 2020 endet, kommt es nach Auffassung der Kammer auf die Beantwortung der 5. Vorlagefrage entscheidungserheblich an. Denn nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte führte das Ende der 1. und der 2. Handelsperiode dazu, dass bis zum 30. April des auf das Ende der Handelsperiode folgenden Jahres noch offene Zuteilungsansprüche nicht mehr erfüllt werden konnten, sondern mangels einer ausdrücklichen Überleitungsvorschrift im nationalen Recht untergegangen sind [OMISSIS]. Eine Überleitungsvorschrift für noch bei Gericht anhängigen und damit offenen Zuteilungsansprüche gibt es im nationalen Recht auch in der 3. Handelsperiode nicht. Vielmehr lehnte die Bundesregierung den Vorschlag des Bundesrates für eine Regelung, wonach noch offene Zuteilungsansprüche aus der dritten Handelsperiode durch Zuteilung von Berechtigungen auch dann zu erfüllen seien, wenn eine rechtskräftige Entscheidung über die Ansprüche erst nach Ablauf der dritten Handelsperiode erfolgt (BT-Drucksache 19/4727, S. 59), ausdrücklich ab. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass die Regeln für die kostenlose Zuteilung von Berechtigungen in der Handelsperiode 2021-2030 abschließend in der EU- Zuteilungsverordnung festgelegt seien und ein periodenübergreifender Ausgleich von Zuteilungsansprüchen nur dann zulässig sei, wenn dies in der (zum Zeitpunkt der Gegenäußerung der Bundesregierung noch in Erarbeitung befindenden) EU-Zuteilungsverordnung für die 4. Handelsperiode vorgesehen sei. Die Kammer geht auch davon aus, dass die Frage des Schicksals von bis zum Ende der 3. Handelsperiode noch offenen Zuteilungsansprüche europarechtlich einheitlich beurteilt werden muss. Eine ausdrückliche Regelung findet sich hierzu weder in der Richtlinie 2003/87/EG noch im Beschluss der Kommission 2011/278/EU. Auch in der inzwischen vorliegenden Delegierten Verordnung (EU) 2019/331 der Kommission vom 19. Dezember 2018 (Amtsblatt der EU L 59/8, vom 27. Februar 2019 – EU-Zuteilungsverordnung) gibt es keine Regelung zum periodenübergreifenden Ausgleich von Zuteilungsansprüchen z. B. in Form einer Rechtsprechungsreserve. Eine Reserve gibt es lediglich für neue Marktteilnehmer gem. Art. 10a Abs. 7 der EH-RL **[Or. 18]** und Art. 18 der EU-Zuteilungsverordnung sowie als Sonderreserve für Luftverkehrsbetreiber gem. Art. 3f EH-RL. Die Regelung in Art. 13 EH-RL zur Gültigkeit der Zertifikate verhält sich nicht zu der Frage der beim Ende der 3. Handelsperiode noch nicht zugeteilten Zertifikate. Nach dem Erwägungsgrund (7) des Beschlusses des Europäischen Parlaments und des Rates 2015/1814 (EU) vom 6. Oktober 2015 sollen Zertifikate, die nach Artikel 10a Absatz 7 der Richtlinie 2003/87/EG und aufgrund der Anwendung des Artikels 10a Absätze 19 und 20 jener Richtlinie keinen Anlagen zugeteilt wurden („nicht zugeteilte Zertifikate“), 2020 in die Reserve eingestellt werden. Nach Auffassung der Kammer spricht der Erwägungsgrund (7) dafür, dass der Übergang von der 3. in die 4. Handelsperiode nicht zum Untergang von bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllten Mehrzuteilungsansprüchen führt. Eine eindeutige Regelung zum Schicksal der bis

zum Ende der 3. Handelsperiode nicht erfüllten Mehrzuteilungsansprüche gibt es jedoch nicht.

Die Frage des Schicksals noch offener Zuteilungsansprüche für die 3. Handelsperiode stellt sich in mehreren noch bei der Kammer und auch bei den weiteren Instanzen der nationalen Gerichtsbarkeit anhängigen Verfahren. Da eine rechtskräftige Entscheidung bis zum Ende der Handelsperiode nicht in jedem Verfahren möglich sein wird und aufgrund der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte die Anlagenbetreiber den Untergang der Zuteilungsansprüche befürchten, sind der Kammer bereits Eilrechtsschutzverfahren angekündigt worden. In solchen Eilrechtsschutzverfahren kann die Kammer eine für diese Frage notwendige Entscheidung des Gerichtshofes nicht vorwegnehmen. Im Falle einer stattgebenden Entscheidung in Eilverfahren durch die Kammer würde sich auch die Frage stellen, ob und wie die Europäische Kommission zur Sicherung der möglichen Ansprüche bereit ist, Emissionsberechtigungen vorläufig zuzuteilen.

Die Kammer ersucht den Gerichtshof, die Frage der Auswirkungen des Endes der 3. Handelsperiode auf das Schicksal der bis zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllten Zuteilungsansprüche auch unabhängig von der Beantwortung der übrigen Vorlagefragen zu klären, da es sich um eine grundsätzliche Frage handelt, die sich in sämtlichen in der Union noch anhängigen Gerichtsverfahren auf Mehrzuteilung von Emissionsberechtigungen stellt und einer dringenden Klärung für die Rechtssicherheit und für die Einheitlichkeit der Anwendung des europäischen Emissionshandelsrechts bedarf.

[OMISSIS]