

Beglaubigte Abschrift

VG 10 K 164.18



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

der Aurubis AG,
vertreten durch den Vorstand,
Hovestraße 50, 20539 Hamburg,

Klägerin,

Verfahrensbevollmächtigte(r):
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf,

g e g e n

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

Beklagte,

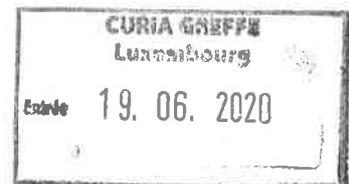
hat die 10. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Marticke,
die Richterin am Verwaltungsgericht Krisch und
den Richter Dr. Petrescu

am 11. Juni 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:



1. Sind die Voraussetzungen nach Art. 3 lit. d) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU für eine kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten auf Grundlage eines Anlagenteils mit Brennstoff-Emissionswert erfüllt, wenn in einer Anlage zur Herstellung von Nichteisenmetallen nach Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG in einem Schwebeschmelzofen zur Herstellung von Primärkupfer ein schwefelhaltiges Kupferkonzentrat eingesetzt wird und die für das Aufschmelzen des im Konzentrat enthaltenen Kupfererzes benötigte nicht messbare Wärme im Wesentlichen durch die Oxidation des im Konzentrat enthaltenen Schwefels erzeugt wird, wodurch das Kupferkonzentrat sowohl als Rohstoffträger als auch als brennbares Material zur Wärmeerzeugung verwendet wird?

2. Falls die Frage 1 mit "Ja" beantwortet wird:

Können Ansprüche auf Mehrzuteilung von kostenlosen Emissionsberechtigungen für die 3. Handelsperiode nach dem Ende der 3. Handelsperiode 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.

Die Klägerin betreibt in Hamburg eine emissionshandelspflichtige Anlage zur Herstellung von Nichteisen-Rohmetallen und stellt Kupfer her. Die Anlage besteht aus zwei Anlagenteilen, Rohhüttenwerk Nord (RWN) und Rohhüttenwerk Ost (RWO). Die Zuteilung für das RWN ist nicht streitig.

Die RWO ist eine sog. Primärhütte, in der aus Erz durch das Erschmelzen von Kupferkonzentrat in einem Schwebeschmelzofen (mit nachgeschalteten Verfahrensschritten) Primärkupfer gewonnen wird. Hierbei wird das sog. Outokumpu-Verfahren (sog. flash smelting) angewendet.

Auf den Antrag der Klägerin von 20. Januar 2012 teilte die DEHSt ihr mit Bescheid vom 17. Februar 2014 für die Jahre 2013 bis 2020 insgesamt 2.596.999 kostenlose Emissionsberechtigungen zu. Die Klägerin legte am 14. März 2014 Widerspruch ein, mit der sie sich gegen die Nichtberücksichtigung bestimmter Daten wandte, die im hiesigen Klageverfahren nicht streitgegenständlich sind. Mit Widerspruchsbescheid vom 3. April

2018 hob die DEHSt die Zuteilungsentscheidung teilweise auf, soweit die Zuteilung 1.784.398 Emissionsberechtigungen übersteigt. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Einsatz des Kupferkonzentrats im Rahmen eines Zuteilungselements mit Brennstoff-Emissionswert nicht berücksichtigt werden könne, sondern einem Zuteilungselement mit Prozessemissionen zugeordnet werden müsse. Nach Neuberechnung des Zuteilungsanspruchs forderte die DEHSt 523.027 Berechtigungen zurück.

Gegen den Widerspruchsbescheid wendet sich die Klägerin mit der am 30. April 2018 erhobenen Klage, soweit darin die ursprüngliche Zuteilung teilweise zurückgenommen wurde und trägt im Wesentlichen vor:

Die Klägerin verwende ein Kupferkonzentrat, das stark eisen- und schwefelhaltig sei und aus Kupfer- und Eisensulfiden bestehe (je 30% Kupfer, Eisen und Schwefel). Daneben enthalte das Konzentrat Spuren von Kohlenstoff und anderen Metallen. Die eingesetzten Kupferminerale seien Chalkopyrit (CuFeS_2), Chalkosin (Cu_2S), Covelin (CuS) und Bornit (Cu_5FeS_4) sowie Pyrit (FeS_2).

Zur Gewinnung des reinen Kupfers werde das Kupferkonzentrat mit Sand (SiO_2) und anderen Feinmaterialien, die teilweise auch Kleinstanteile von Kohlenstoff enthielten, getrocknet und zu einer Ofenmischung vermischt. Die Ofenmischung werde mit einem Gemisch aus Luft und Sauerstoff in den Schwebeschmelzofen der RWO eingebracht. Dabei komme es im oberen Teil des Ofens zu einer chemischen Reaktion zwischen dem Sauerstoff und dem im Kupferkonzentrat enthaltenen Schwefel und Eisen. Diese chemische Reaktion setze so viel Wärme frei, dass die Temperatur im Schwebeschmelzofen über 1.200 Grad Celsius liege und das Kupferkonzentrat aufschmelze. Der Sand werde auch aufgeheizt und die Roheisenmassen würden auch aufgeschmolzen. Dieser Prozess laufe ohne fossile Energieträger ab. Die entstehende Wärme wirke direkt auf das Schmelzgut ein.

Daraus entstehe als Produkt Kupferstein (Mischung aus Kupfer- und Eisensulfid), Eisensilikat (Schlacke) und Schwefeldioxid. In Folge der Oxidationsvorgänge entstehe nicht messbare Wärme.

In einem weiteren Schritt werde der Kupferstein in einen Konverter gegeben und dort würden durch Einblasen von Luft/Sauerstoffgemisch die noch verbleibenden Schwefel- und Eisenanteile oxidiert. Auch hierbei entstehe Wärme. Das Ergebnis dieses Schrittes

(Blisterkupfer) werde in einen Anodenofen gegeben und dort würden – auch ohne Zugabe von fossilen Brennstoffen – die verbliebenen Schwefelanteile zu SO_2 verbrannt. Das von der Klägerin angewandte Verfahren sei die sog. Feuerraffination. Es finde ein Aufschmelzvorgang statt, bei dem die im reinen Kupfer unerwünschten Bestandteile des Einsatzes wie Schwefel und Eisen oxidiert und teilweise verschlackt würden. Das Verfahren sei dabei aus energetischen Gründen darauf ausgerichtet, Kupfer bis zum letzten Bearbeitungsschritt im Konverter gerade nicht oxidieren zu lassen. Im Ofen werde im Verbrennungsprozess CuFeS_2 oxidiert und Sauerstoff reduziert. Die notwendige Temperatur werde durch die Metallverbindung selbst ermöglicht.

In den vorgenannten Prozessschritten im Outokumpu-Verfahren entstünde SO_2 , aber kein CO_2 . Geringe Mengen CO_2 entstünden aus der Oxidation des in Kleinstmengen eingebrachten Kohlenstoffs. Das im Bezugszeitraum eingesetzte Kupferkonzentrat habe einen Kohlenstoffanteil von ca. 0,7 % (Masseanteil) gehabt. Aus diesem Kohlenstoffanteil entstünden im Schwebeschmelzofen infolge der dortigen Oxidationsvorgänge Kohlendioxidemissionen.

Es handele sich bei dem von der Klägerin eingesetzten Verfahren um eine klimaschonende Herstellungsmethode. Andere Kupferhersteller, die das gleiche Verfahren verwendeten, seien auf den zusätzlichen Einsatz von kohlenstoffhaltigen Brennstoffen angewiesen. Die Klägerin habe bis 2008 in ihrer Anlage zusätzlich Schweröl eingesetzt, und den Herstellungsprozess danach durch die Veränderung der Zusammensetzung des Einsatzstoffes und der Menge des eingesetzten Sauerstoffes in Bezug auf den Ausstoß von Treibhausgasen optimiert. Der Einsatz von Schweröl habe 1990 zu ca. 29.000 t CO_2 -Emissionen geführt und die Menge des durch die Verwendung von Schweröl emittierten CO_2 habe im Jahr 2007 noch 6389 t betragen und sei 2009 auf 0 gesunken. Durch die Oxidation der Kohlenstoffspuren im Kupferkonzentrat sei 0,026 t CO_2 pro Tonne Konzentrat emittiert worden, durchschnittlich 29.024 t jährlich. Der äquivalente Einsatz von Erdgas zu Bereitstellung der Heizenergie für den Schwebeschmelzofen anstelle der Wärmeerzeugung aus dem Schwefelanteil des Konzentrat hätte 190.046 Tonnen CO_2 -Emissionen jährlich verursacht.

Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe unter Anwendung des sektorübergreifenden Korrekturfaktors in der (alten) Fassung vom 5. September 2013 einen Anspruch auf zusätzliche Zuteilung von 1.154.794 Emissionsberechtigungen.

Nach Auffassung der Klägerin habe sie für die durch die Verbrennung des im

Kupferkonzentrat enthaltenen Schwefels erzeugten Wärme einen Anspruch auf Zuteilung nach dem Brennstoff-Emissionswert (CL-gefährdet) gem. § 2 Nr. 27 ZuV 2020 bzw. Art. 3 lit. d) des Beschlusses 2011/278/EU. Die im Anlagenteil RWO entstehende Wärme werde durch die Verbrennung von Brennstoffen erzeugt.

Verbrennung sei die chemische Verbindung (Reaktion) eines Stoffes mit Sauerstoff oder einem anderen Oxidationsmittel. Unionsrechtlich sei der Verbrennungsbegriff in Art. 3 lit t) RL 2003/87/EG als Oxidierung von Brennstoffen definiert. Dies sei nach dem Urteil des EuGH vom 20. Juni 2019 (ExxonMobil C-682/17, Rn. 53) nicht auf solche Oxidationsreaktionen beschränkt, die CO₂ erzeugen. Im Schwebeschmelzofen erfolge eine Oxidation von Eisen und Schwefel in einer stark exothermen Reaktion.

Der im Schwebeschmelzofen verbrennende Schwefel sei auch ein Brennstoff. Im aktuellen Recht gäbe es keine Definition von Brennstoff. Schwefel sei ein Brennstoff, da er ein brennbarer Stoff sei und beim Verbrennen Wärme freisetze. Das im Kupferkonzentrat enthaltene Chalkopyrit habe einen hohen Heizwert. Aus dem Wortlaut des Art. 3 lit d) des Beschlusses 2011/278/EU lasse sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entnehmen, dass die Einordnung als Brennstoff voraussetze, dass die Wärmeerzeugung der vorrangige Zweck sein müsse bzw. dass es sich um einen Standardbrennstoff wie Kohle, Erdöl oder Erdgas handeln müsse.

Der Begriff Brennstoff sei ein Oberbegriff, der weit auszulegen sei und auf die Erfassung aller brennbaren Stoffe ziele. Das mit dem schwefelhaltigen Kupferkonzentrat zugleich auch Rohstoffe in den Schwebeschmelzöfen eingebracht würden, stehe der Einstufung des Schwefelanteils im Konzentrat als Brennstoff nicht entgegen. Im Kupferkonzentrat sei Kupfer als Rohstoff und Schwefel als Brennstoff anzusehen. Der Hauptzweck der Schwefelverbrennung im Schwebeschmelzofen sei für sich betrachtet die Wärmegewinnung. Das Primärkupfer könne nicht gewonnen werden, wenn es nicht im Schwebeschmelzofen durch Verbrennung des Schwefelanteils im Kupferkonzentrat zu einer sehr intensiven Wärmeentwicklung zum Erschmelzen des Erzes kommen würde.

Auch systematisch sei aus dem Beschluss 2011/278/EU nicht abzuleiten, dass der vorrangige Zweck der Energieumwandlung zwingend wäre. Denn die Sicherheitsabfackelung werde auch vom Brennstoff-Emissionswert erfasst.

Die Richtlinie 2010/75/EU über Industrieemissionen definiere in Art. 3 Nr. 24 Brennstoff als

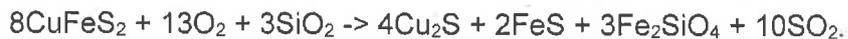
alle festen, flüssigen oder gasförmigen brennbaren Stoffe.

Entgegen der Ansicht der Beklagten handele es sich bei der Wärme nicht um eine Zusatznutzung des Kuperkonzentrats, die entstehende Wärme sei ein integraler Bestandteil der eingesetzten Verfahrenstechnik. Die Anlage der Klägerin könne auch nur mit dem im Kuperkonzentrat enthaltenen Schwefel als Brennstoff betrieben werden.

Die Klägerin verweist hinsichtlich der Frage der Hierarchie der Zuteilungselemente darauf, dass die Beklagte stets von einem hierarchischen Verhältnis der 3 sog. Fall-back-Methoden ausgegangen sei. Nach Auffassung der Klägerin seien hier die Voraussetzungen eines Zuteilungselements mit Brennstoff-Emissionswert erfüllt, so dass nach der von der Beklagten vertretenen Rechtsauffassung eine Zuteilung auf der Grundlage von Prozessemissionen schon deswegen nicht in Betracht komme.

Die Klägerin trägt hilfsweise vor, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Zuteilungselements mit Prozessemissionen auch nicht gegeben seien. Im hier maßgeblichen Prozess erfolge keine chemische Reduktion von Metallverbindungen nach § 2 Nr. 29 lit b) aa) ZuV 2020.

Die wesentliche Formel der chemischen Reaktion sei



An der Reaktion sei weder Kohlenstoff noch ein anderes Reduktionsmittel beteiligt. Es würden sulfidische Metallverbindungen durch Zugabe von Sauerstoff im Wege einer Oxidation umgewandelt. Entgegen der Darstellung der Beklagten werde das Kupfer im Schwebeschmelzofen der Klägerin nicht im Wege der chemischen Reduktion erzeugt. Die Oxidationszahl des Ausgangsstoffes Chalkopyrit sei nicht mit +2, sondern nach dem eingereichten Gutachten mit +1 anzugeben. Das Kupfer ändere diese Oxidationszahl im Schwebeschmelzofen auch nicht. Eine Reduktion des Kupfers erfolge erst außerhalb des Schwebeschmelzofens im Prozess des Fertigblasens im Konverter. Es werde die im Konzentrat enthaltene Eisenverbindung FeS vom Oxidationszustand +3 auf +2 reduziert. Kohlenstoff sei daran aber nicht beteiligt.

Aus diesem Vorgang resultiere auch kein CO₂. Soweit es im Schmelzofen überhaupt zu CO₂-Emissionen komme, resultierten diese allein aus der Oxidation der organischen Bestandteile der in den Ofen neben dem Kuperkonzentrat eingebrachten Kohlenstoffanteile.

Sowohl das erkennende Gericht als auch die Beklagte hätten bisher im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Notwendigkeit einer engen Auslegung des Zuteilungselements mit Prozessemissionen betont und vertreten. Danach seien vom Begriff der Prozessemissionen lediglich solche Kohlendioxidemissionen erfasst, die direkt und unmittelbar aus den in der Norm genannten Prozessen selbst resultierten. Die Entstehung von Kohlendioxidemissionen aus anderen Prozessen in der jeweiligen Anlage, insbesondere aus Oxidation, reiche hingegen nicht aus. Dieses strenge Kausalitätserfordernis liege hier nicht vor. Eine Gesamtbetrachtung aller Verfahrensstufen und chemischen Reaktionen im Rahmen eines Anlagenteils mit Prozessemissionen habe die Kammer und die Beklagte bisher stets abgelehnt.

Auch die Tatbestandsmerkmale der anderen Varianten der Prozessemissionen seien nicht erfüllt. Die Klägerin verwende im streitgegenständlichen Anlagenteil zur Primärkupferherstellung kein karbonatisches Kupfermineral. Kohlenstoff lege im klägerischen Kupferkonzentrat ausschließlich in Spurenform vor. Es liege keine Verwendung kohlenstoffhaltiger Zusatzstoffe oder Rohstoffe vor, da Kohlenstoff an den metallurgischen Prozessen nicht teilnehme. Außerdem resultierten aus den metallurgischen Vorgängen mangels einer Beteiligung von Kohlenstoff an den Reaktionen kein Kohlendioxid im Sinne des § 2 Nr. 7 lit. b ZuV 2020 bzw. Art. 3 lit. d) des Beschlusses 2011/278/EU. Dies gelte auch für die von der Beklagten genannten weiteren Varianten der Prozessemissionen.

Nach Ansicht der Klägerin sei die begehrte weitere Zuteilung von kostenlosen Emissionsberechtigungen für ihre Anlage mit den Zielen des Emissionshandels vereinbar, da sie eine innovative Anlagentechnik einsetze. Es sei systemwidrig, dass die Klägerin nach der Argumentation der Beklagten auf der Basis eines Zuteilungselements mit Prozessemissionen eine nahezu bedarfsdeckende Anzahl von kostenlosen Emissionsberechtigungen erhalten könnte, wenn sie – wie es bei anderen Kupferherstellern heute noch der Fall sei - fossile Brennstoffe einsetze. Es handelte sich bei dem von der Klägerin eingesetzten Verfahren lediglich bei neuen Anlagen um die beste verfügbare Technik. Weltweit gebe es noch diverse Primärkupferhersteller, die nicht dieses Verfahren anwendeten. Überdies könne nicht jeder Schmelzofen des Outokumpu-Verfahrens wie der der Klägerin fast ohne kohlenstoffhaltige Brennstoffe betrieben werden. Darüber hinaus trägt die Klägerin vor, dass sie den für die Herstellung benötigten Sauerstoff von einem Hersteller (Air Liquide) einkaufe, der für die stromintensive Herstellung keine Strompreiskompensation erhalte. Dies schlage sich im Preis nieder. Dadurch würde

die indirekte Belastung der Klägerin durch CO₂-Kosten die Anzahl der kostenlos zugewiesenen Emissionsberechtigungen übersteigen.

Soweit die Klägerin in einem anderen Anlagenteil (RWN) das Konzentrat als Rohstoff betrachtet habe, liege dies daran, dass dort Kupfer aus Kupferschrott erschmolzen werde unter Einsatz von elektrischem Strom.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin, insoweit unter Aufhebung des Widerspruchsbescheids vom 3. April 2018 für die Jahre 2013-2020 zusätzliche 1.154.794 Berechtigungen zuzuteilen unter der Bedingung, dass die Europäische Kommission dem nicht widerspricht.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass das von der Klägerin eingesetzte Kupferkonzentrat keine Zuteilung nach dem Brennstoff-Emissionswert erhalten könne. Die Beklagte ist der Auffassung, dass das von der Klägerin eingesetzte Kupferkonzentrat keine Zuteilung nach dem Brennstoff-Emissionswert erhalten könne. Ein Anlagenteil mit Brennstoff-Emissionswert liege nur vor, wenn der Hauptzweck des Einsatzes die Wärmeerzeugung sei. Das Kupferkonzentrat sei ein Rohstoff, weil der Hauptzweck des Produktionsprozesses die Kupferherstellung sei. Außerdem erfolge keine vollständige Verbrennung des Kupferkonzentrats, anders als bei der Berechnung des Brennstoff-Emissionswertes vorausgesetzt werde. Zudem handle es sich bei Brennstoffen im Sinne des Brennstoff-Emissionswerts um solche, die durch andere Brennstoffe, insbesondere Erdgas substituiert werden könnten. Der Brennstoff-Emissionswert sei kein Auffangtatbestand.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen eines Zuteilungselements mit Prozessemissionen vorlägen.

Im zum Einsatz kommenden Kupferkonzentrat sei auch Kohlenstoff enthalten. Das eingesetzte Kupferkonzentrat sei ein Mineralgemisch, das sich aus mehreren Bestandteilen zusammensetze u.a. Chalkopyrit CuFeS₂; Chalkosin Cu₂S; Covelin CuS,

Bornit Cu_5FeS_4 , Pyrit FeS_2 und daneben auch karbonatischem Kupfermineral, insbes. Malachit, $\text{Cu}_2(\text{OH})_2(\text{CO}_3)$. Die Klägerin berichte selbst in den jährlichen Emissionsberichten von CO_2 -Emissionen aus dem Konzentrat mit ca. 0,02-0,03 t CO_2 /t.

Innerhalb der Anlage fänden chemische Reduktionen von Metallverbindungen statt, auch im Schwebeschmelzofen. Die Reduktion erfolge beim Kupfer, indem Kupfereisensulfid zu Kupfersulfid reduziert und ein weiteres Mal, indem Kupfersulfid zu Kupfer reduziert werde.

Hilfswise liege auch eine Entfernung von Unreinheiten aus Metallverbindungen vor sowie die Verwendung von kohlenstoffhaltigen Rohstoffen, deren Hauptzweck nicht die Wärmeerzeugung sei.

Aus diesem Prozess resultierten auch CO_2 -Emissionen. Es müsse eine Gesamtbeurteilung aller Verfahrensstufen erfolgen. Selbst wenn nur auf den Schwebeschmelzofen abgestellt werde, sei dieses Kriterium erfüllt, da im Kupferkonzentrat auch organische Bestandteile enthalten seien.

Die Voraussetzungen eines Zuteilungselements mit Brennstoff-Emissionswert lägen nicht vor, so dass es auf die Frage der Hierarchie der Zuteilungselemente nicht ankomme. Für die Abgrenzung zwischen Wärme/Brennstoff-Emissionswert und einem Zuteilungselement mit Prozessemissionen sei maßgeblich auf den Hauptzweck der Verwendung des Einsatzmaterials und des industriellen Prozesses abzustellen. Hier sei der Hauptzweck die Herstellung von Kupfer.

Die Klägerin sei bereits mit ca. 130% ihres Bedarfs an kostenlosen Emissionsberechtigungen überausgestattet, bei der beantragten weiteren Zuteilung würde sie ca. 220% ihres Bedarfs an Emissionsberechtigungen erhalten.

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, S. 63, geändert mit Beschluss (EU) 2015/1814 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015, ABl. L 264, S. 1, zuletzt geändert durch die RL (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2018, ABl. L 76/3, - im Folgenden: EH-RL), insbesondere Art. 3 lit t) EH-RL, sowie Art. 3 lit. d) und lit. h) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU vom 27. April 2011 zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG.

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 in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 - ZuV 2020) in der Fassung vom 26. September 2011 (BGBl. I 2011, 1921).

Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz – TEHG 2011

§ 9 Abs. 1 bis 4 Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen an Anlagenbetreiber

(1) Anlagenbetreiber erhalten eine Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen nach Maßgabe der Grundsätze des Artikels 10a Absatz 1 bis 5, 7 und 11 bis 20 der Richtlinie 2003/87/EG in der jeweils geltenden Fassung und des Beschlusses 2011/278/EU der Kommission vom 27. April 2011 zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG (ABl. L 130 vom 17.5.2011, S. 1).

(2) – (5) [...]

(6) Die endgültige Zuteilungsmenge für die Anlage entspricht dem Produkt aus der nach den Absätzen 1 bis 5 berechneten vorläufigen Zuteilungsmenge für die Anlage und dem von der Europäischen Kommission gemäß Artikel 15 Absatz 3 der einheitlichen EU-Zuteilungsregeln festgesetzten sektorübergreifenden Korrekturfaktor. Bei der Zuteilung für die Wärmeerzeugung bei Stromerzeugern wird statt des in Satz 1 genannten Korrekturfaktors der lineare Faktor gemäß Artikel 10a Absatz 4 der Richtlinie 2003/87/EG angewandt, ausgehend von der vorläufigen jährlichen Anzahl Berechtigungen, die dem betreffenden Stromerzeuger für das Jahr 2013 kostenlos zuzuteilen sind.

Anhang 1 Teil 2 - Tätigkeiten

1. Verbrennungseinheiten zur Verbrennung von Brennstoffen mit einer Gesamtfeuerleistungswärmeleistung von insgesamt 20 MW oder mehr in einer Anlage, soweit nicht von einer der nachfolgenden Nummern erfasst.

Zuteilungsverordnung 2020

§ 2 Begriffsbestimmungen

Nr. 1 bis 26. [...]

Nr. 27 Zuteilungselement mit Brennstoff-Emissionswert

Zusammenfassung von nicht von einem Zuteilungselement nach Nummer 28 oder Nummer 30 umfassten Eingangsströmen, Ausgangsströmen und diesbezüglichen Emissionen für Fälle der Erzeugung von nicht messbarer Wärme durch Brennstoffverbrennung, soweit die nicht messbare Wärme

a)

zur Herstellung von Produkten, zur Erzeugung mechanischer Energie, zur Heizung oder zur Kühlung verbraucht wird oder

b)

durch Sicherheitsfackeln erzeugt wird, soweit die damit verbundene Verbrennung von Pilotbrennstoffen und sehr variablen Mengen an Prozess- oder Restgasen genehmigungsrechtlich zur ausschließlichen Anlagenentlastung bei Betriebsstörungen oder anderen außergewöhnlichen Betriebszuständen vorgesehen ist;

hiervon jeweils ausgenommen ist nicht messbare Wärme, die zur Stromerzeugung verbraucht oder für die Stromerzeugung exportiert wird;

[...]

Nr. 29. Zuteilungselement mit Prozessemissionen

Zusammenfassung von

a) Emissionen anderer Treibhausgase als Kohlendioxid, die außerhalb der Systemgrenzen eines Zuteilungselements mit Produkt-Emissionswert auftreten;

b) Kohlendioxid-Emissionen, die außerhalb der Systemgrenzen eines Zuteilungselements mit Produkt-Emissionswert auftreten, die aus einem der nachstehenden Prozesse resultieren:

aa) chemische oder elektrolytische Reduktion von Metallverbindungen in Erzen, Konzentraten und Sekundärstoffen;

bb) Entfernung von Unreinheiten aus Metallen und Metallverbindungen;

cc) Zersetzung von Karbonaten, ausgenommen Karbonate für die Abgasreinigung;

dd) chemische Synthesen, bei denen das kohlenstoffhaltige Material an der Reaktion teilnimmt und deren Hauptzweck nicht die Wärmeerzeugung ist;

ee) Verwendung kohlenstoffhaltiger Zusatzstoffe oder Rohstoffe, deren Hauptzweck nicht die Wärmeerzeugung ist;

ff) chemische oder elektrolytische Reduktion von Halbmetalloxiden oder Nichtmetalloxiden wie Siliziumoxiden und Phosphaten;

c) Emissionen aus der Verbrennung von unvollständig oxidiertem Kohlenstoff, der im Rahmen der unter Buchstabe b genannten Prozesse entsteht und zur Erzeugung von messbarer Wärme, nicht messbarer Wärme oder Strom genutzt wird, sofern Emissionen abgezogen werden, die bei der Verbrennung einer Menge Erdgas entstanden wären, die dem technisch nutzbaren Energiegehalt des unvollständig oxidierten Kohlenstoffs entspricht,

§ 3 Bildung von Zuteilungselementen

(1) Im Antrag auf kostenlose Zuteilung von Berechtigungen für eine Anlage ist die Gesamtheit der für die Zuteilung relevanten Eingangsströme, Ausgangsströme und diesbezüglichen Emissionen in dem nach § 8 Absatz 1 festgelegten Bezugszeitraum folgenden Zuteilungselementen zuzuordnen:

1. einem Zuteilungselement oder mehreren Zuteilungselementen mit Produkt-Emissionswert nach § 2 Nummer 28,

2. einem Zuteilungselement mit Wärme-Emissionswert nach § 2 Nummer 30, soweit nicht von Zuteilungselementen nach Nummer 1 umfasst,

3. einem Zuteilungselement mit Brennstoff-Emissionswert nach § 2 Nummer 27, soweit nicht von Zuteilungselementen nach den Nummern 1 und 2 umfasst, und

4. einem Zuteilungselement mit Prozessemissionen nach § 2 Nummer 29, soweit nicht von Zuteilungselementen nach den Nummern 1 bis 3 umfasst.

Abs. 2) bis 4) [...]

III.

Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich.

Im Falle der Bejahung der Vorlagefrage zu 1) und damit der Einstufung des in der klägerischen Anlage eingesetzten Kupferkonzentrats bzw. dessen Schwefelanteils als Brennstoff hätte die Klägerin einen Anspruch auf Zuteilung von zusätzlichen kostenlosen Emissionsberechtigungen und der angefochtene Widerspruchsbescheid wäre rechtswidrig.

Die Kammer ist der Ansicht, dass die Entscheidung des Gerichtshofes im Verfahren C-682/17 (Urteil vom 20. Juli 2019) geklärt hat, dass Art. 3 lit t) der Richtlinie 2003/87/EG den Begriff der Verbrennung nicht auf die Oxidationsreaktionen beschränkt, die selbst ein Treibhausgas erzeugen. In diesem Urteil des Gerichtshofes wurde außerdem unter Rn. 57 ausgeführt, dass die Tätigkeit der Verbrennung von Brennstoffen auch in einer Anlage stattfindet, die zur Erdgasentschwefelung und Schwefelgewinnung nach dem sog. Claus-Prozess betrieben wird. Es ist aber fraglich, ob dies auch für den Brennstoff-Emissions-

wert bei der Zuteilung kostenloser Berechtigungen gilt oder ob dort eine engere Definition des Brennstoffes geboten ist. Die kostenlose Zuteilung soll Härten abmildern, die durch die volle Abgabepflicht entstehen. Dieser Zweck spricht dafür, dass kostenlose Berechtigungen für die Erzeugung von nicht messbarer Wärme durch solche Brennstoffe zuzuteilen sind, deren Verbrennung wie bei Erdgas zwangsläufig zu Freisetzung von CO₂ oder anderen Treibhausgasen führt. Im Schwebeschmelzofen der Klägerin wird dagegen lediglich eine geringe Menge CO₂ (0,026 t CO₂/ t Kupferkonzentrat) durch die Oxidation der Kohlenstoffspuren im Kupferkonzentrat emittiert.

Darüber hinaus ist bisher europarechtlich nicht geklärt, ob eine Zuteilung nach der Brennstoff-Benchmark neben den Tatbestandsmerkmalen der Brennstoffverbrennung und der Erzeugung von nicht messbarer Wärme zu den in der Vorschrift genannten Zwecken auch voraussetzt, dass der Hauptzweck der Brennstoffverbrennung die Wärmeerzeugung ist. Im vorliegenden Fall liegt die Besonderheit zusätzlich darin, dass das eingesetzte Kupferkonzentrat gleichzeitig der Rohstoff und der brennbare Stoff ist, der die für die Herstellung des Produktes benötigte Wärme erzeugt. Falls für die Zuteilung nach der Brennstoff-Benchmark auf den Hauptzweck des Einsatzes des Kupferkonzentrat abzustellen wäre, ist nach Ansicht der Kammer fraglich, ob diese Voraussetzung vorliegt, wenn die Zwecke Verwendung als Rohstoff und als Brennstoff gleichrangig nebeneinanderstehen („dual use“).

Ungeklärt ist auch, ob ein Brennstoff im Sinne der Brennstoff-Benchmark in Art. 3 lit. h) des Beschlusses 2011/278/EU die Austauschbarkeit des Brennstoffes voraussetzt und welche Folgen eine solche Voraussetzung im vorliegenden Fall hätte. Denn die Klägerin macht geltend, bis 2008 als (zusätzlichen) Brennstoff neben dem Kupferkonzentrat auch Schweröl eingesetzt zu haben.

Da die Klägerin nur die Ablehnung der Mehrzuteilung im Widerspruchsbescheid angefochten hat, kommt es nach Auffassung der Kammer nicht darauf an, ob die Voraussetzung der Zuteilung nach einem Anlagenteil für Prozessemissionen vorliegt. Denn diese Zuteilung ist bestandskräftig. Nur der Vollständigkeit halber nimmt die Kammer Bezug auf die Vorlage C-126/20 vom 24. Februar 2020, in der auch die Frage des Verhältnisses der einzelnen Fall-Back-Methoden zueinander dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt worden ist.

Die 2. Vorlagefrage ist nach Auffassung der Kammer entscheidungserheblich, wenn im hiesigen Klageverfahren keine rechtskräftige Entscheidung vor Ende der 3. Handelsperiode ergehen kann.

Die 3. Handelsperiode endet am 31. Dezember 2020. 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 (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. April 2018 – 7 C 20/16 –, Rn. 16ff., juris). 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 Zuteilungsansprüchen 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 nur für neue Marktteilnehmer gem. Art. 10a Abs. 7 der EH-RL 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.

Diese Frage 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 erste Eilrechtsschutzverfahren anhängig gemacht 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 es einer dringenden Klärung für die Rechtssicherheit und für die Einheitlichkeit der Anwendung des Europäischen Emissionshandelsrechts bedarf.

Marticke

Krisch

Dr. Petrescu

