

1

C-126/20 - 1

VG 10 K 440.19

Beglaubigte Abschrift

CURIA GAEFFE Luxembourg
Erste 06. 03. 2020

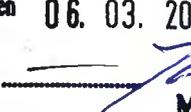


VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

der ExxonMobil Production Deutschland GmbH,
Riethorst 12, 30659 Hannover,

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. 1145250
Luxemburg, den 06. 03. 2020
Fax/E-mail:  Der Kanzler, im Auftrag
eingegangen am: 06. 03. 2020 Maria Krausenböck Verwaltungsrichtin

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 24. Februar 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. Handelt es sich bei dem im Zusammenhang mit der Aufbereitung von Erdgas (in Form von Sauggas) im sog. Claus-Prozess durch die Abtrennung von im Erdgas inhärenten CO₂ aus dem Gasgemisch in die Atmosphäre freigesetzten CO₂ um solche Emissionen, die i.S.d. Art. 3 lit. h) Satz 1 des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU aus dem unter Art. 3 lit. h) v) genannten Prozess resultieren?

2. Können im Sinne des Art. 3 lit. h) Satz 1 des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU CO₂-Emissionen aus einem Prozess „resultieren“, bei dem das im Rohstoff inhärente CO₂ in die Atmosphäre freigesetzt wird, ohne dass durch den hierbei stattfindenden Prozess daneben zusätzliches CO₂ entsteht, oder setzt diese Vorschrift zwingend voraus, dass das in die Atmosphäre freigesetzte CO₂ als Ergebnis des Prozesses erstmalig entsteht?

3. Wird i.S.d. Art. 3 lit. h) v) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU ein kohlenstoffhaltiger Rohstoff „verwendet“, wenn beim sog. Claus-Prozess das natürlich vorkommende Erdgas zur Schwefelherstellung eingesetzt wird und hierbei das im Erdgas inhärente CO₂ in die Atmosphäre freigesetzt wird, ohne dass das im Erdgas inhärente CO₂ an der im Prozess stattfindenden chemischen Reaktion teilnimmt, oder setzt der Begriff „Verwendung“ zwingend voraus, dass der Kohlenstoff an der stattfindenden chemischen Reaktion teilnimmt bzw. hierfür gar erforderlich ist?

4. Für den Fall, dass die Fragen 1 bis 3 mit „Ja“ beantwortet werden:

Wenn eine emissionshandelspflichtige Anlage sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen für die Bildung eines Anlagenteils mit Wärme-Benchmark als auch die Tatbestandsvoraussetzungen für die Bildung eines Anlagenteils mit Prozessemissionen erfüllt, nach welcher Benchmark erfolgt die Zuteilung kostenloser Emissionszertifikate? Geht ein Zuteilungsanspruch mit Wärme-Benchmark dem Zuteilungsanspruch für Prozessemissionen vor oder ist der Zuteilungsanspruch für Prozessemissionen im Wege der Spezialität vorrangig gegenüber der Wärme-Benchmark und der Brennstoff-Benchmark?

5. Falls die Fragen 1 bis 4 mit "Ja" beantwortet werden:

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 26197 Großenkneten (Niedersachsen) eine Erdgasaufbereitungsanlage, in der Schwefel gewonnen wird. Die Schwefelgewinnungsanlage wendet das sogenannte Claus-Verfahren an. Die klägerische Anlage ist immissionsschutzrechtlich als Anlage zur Herstellung von Schwefel nach der 4. BImSchV genehmigt. Sie unterfällt wegen des Betriebs von Verbrennungseinheiten zur Verbrennung von Brennstoffen mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von insgesamt 20 MW oder mehr dem Anwendungsbereich des TEHG.

Die klägerische Anlage dient der Aufbereitung des aus natürlichen Lagerstätten geförderten Erdgases (Rohgas). Das Rohgas setzt sich aus Schwefelwasserstoff (H_2S), Wasserdampf (H_2O), Methan (CH_4) und Kohlendioxid (CO_2) zusammen. Aufgrund der hohen Konzentration an enthaltenen Schwefelwasserstoff wird es auch als Sauer gas bezeichnet. Im Untergrund vorkommendes Erdgas enthält naturbedingt Kohlendioxid, dessen Anteil je nach Bohrung und Lagerstätte variiert. Das Kohlendioxid muss vor der Einspeisung des Erdgases in das Leitungsnetz ebenso wie andere natürliche Rohgasbestandteile zum Teil entfernt werden, um die vom Netzbetreiber vorgeschriebene Qualität einzuhalten. In der Erdgasaufbereitungsanlage der Klägerin werden aus dem geförderten Erdgas Schwefelkomponenten und das Kohlendioxid entfernt und elementarer Schwefel gewonnen. Die Erdgasaufbereitungsanlage setzt sich insbesondere aus einer Schwefelgewinnungsanlage (bestehend aus Claus-Anlagen, Dampfüberhitzer, Dampfkesselanlage und Gasmotorenanlage), Erdgasentschwefelungs- (Erdgasreinigungs-) und Erdgastrocknungsanlagen, Abgasreinigungsanlagen sowie Notfackelanlagen zusammen. Die Claus-Anlagen sind die Hauptquellen von CO_2 -Emissionen.

Die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) teilte der Klägerin mit Bescheid vom 17. Februar 2014 für die Zuteilungsperiode 2013-2020 (3. Handelsperiode) insgesamt 4.216.048 Emissionsberechtigungen kostenlos zu. Die Zuteilung erfolgte zum Teil auf der Grundlage der Anwendung eines Wärme-Emissionswertes (CL-gefährdet) und zum Teil nach Brennstoff-Emissionswert (CL-gefährdet). Die von der Klägerin ebenfalls beantragte Zuteilung für Prozessemissionen wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Kohlendioxidemissionen nicht aus dem Prozess der Erdgasaufbereitung (sog. Claus-Prozess) resultierten, sondern bereits im Rohstoff für die Erdgasaufbereitung enthalten seien. Die Emissionen würden somit lediglich verfahrensbedingt durch die Anlage durchgeführt.

Den gegen den Zuteilungsbescheid erhobenen Widerspruch der Klägerin vom 12. März 2014 wies die DEHSt - nach Wiederaufnahme des Widerspruchsverfahrens nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 20. Juni 2019 in der Rs. C-682/17 - mit Widerspruchsbescheid vom 7. Oktober 2019 zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, eine Zuteilung nach Prozess-Emissionswert gemäß § 2 Nr. 29 b) ee) 2. Alt der Zuteilungsverordnung 2020 (ZuV 2020) könne nicht erfolgen. Bei dem in den sog. Claus-Anlagen ablaufenden Prozess handle es sich um eine exotherme chemische Reaktion, in der Schwefelwasserstoff in Schwefel umgewandelt werde. Die im Prozess anfallende Wärme werde in der vorliegenden Anlage über die Abhitzeessel entzogen und in der Anlage selbst genutzt. Die Zuteilung für die Nutzung der entstehenden Wärme in den Claus-Anlagen im Zuteilungselement mit einem Wärme-Emissionswert sei rechtmäßig erfolgt. Bei der Aufbereitung des Rohgases zu Erdgas werde in einer exothermen chemischen Reaktion Schwefel umgewandelt. Das Kohlendioxid nehme an der sog. Claus-Reaktion nicht teil und sei für diesen auch nicht erforderlich. Kohlendioxid sei lediglich als ein Begleitgas des eingesetzten Brennstoffes anzusehen. Verwendet werde im Sinne der einschlägigen Vorschrift in der Zuteilungsverordnung lediglich der nicht kohlenstoffhaltige Schwefelwasserstoff. Durch die Claus-Reaktion entstehe kein weiteres Kohlendioxid. Dieses Kohlendioxid, welches im weiteren Verlauf über einen Kamin in die Atmosphäre emittiert werde, resultiere somit nicht aus dem Claus-Prozess.

Mit der am 8. November 2019 erhobenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter und trägt im Wesentlichen vor:

Für das Claus-Verfahren sei ein hoher Schwefelwasserstoffgehalt des Einsatzgases erforderlich. Der Schwefelwasserstoff werde zunächst zusammen mit dem Kohlendioxid in Gasreinigungsanlage aus dem Sauggas herausgewaschen und dann aus der Waschlösung zusammen mit dem CO₂ durch Erhitzen freigesetzt. In den Gasreinigungsanlagen würden Sulfinollaugen eingesetzt, welche sowohl Schwefelwasserstoff als auch CO₂ absorbierten. Dadurch werde bei bestimmungsgemäßem Betrieb kein CO₂ freigesetzt. Das durch Erhitzung der Sulfinollauge entstehende Einsatzgas (sog. Clausgas) sei ein Gemisch aus Schwefelwasserstoff, Kohlendioxid und Wasserdampf. Dieses Gas werde nach der Wäsche den Claus-Anlagen zugeführt.

Bei dem Claus-Prozess finde eine exotherme Umwandlung des Schwefelwasserstoff in Schwefel in zwei Schritten statt. In einer ersten thermischen Stufe werde in dem Claus-Ofen ca. ein Drittel des Schwefelwasserstoffs verbrannt (950-1200°C) und Schwefeldioxid erzeugt. Dieses reagiere bereits im Claus-Ofen teilweise mit dem vorhandenen Schwefelwasserstoff zu elementarem Schwefel und Wasser. Um den Oxidationsprozess auf-

rechtzuerhalten und den Prozess zu optimieren, werde dem Umwandlungsprozess Wärme über den Abhitzeessel in Form von Dampf entzogen. Der restliche Schwefelwasserstoff werde mit dem verbleibenden Schwefeldioxid katalytisch zu elementarem Schwefel umgesetzt. Hinter dem Claus-Ofen werde das Gasgemisch in einem Wärmetauscher abgekühlt. Durch die Kühlung werde der erzeugte Schwefel flüssig abgeschieden. In einem zweiten Schritt werde in zwei bzw. drei aufeinanderfolgenden katalytischen Stufen bei einer exothermen Reaktion weiterer Schwefel gewonnen. Nach der letzten katalytischen Stufe befänden sich neben Stickstoff, Wasserdampf und Kohlendioxid noch Spuren von Schwefelverbindungen im Claus-Gas, die in der nachgeschalteten Abgasreinigungsanlage entfernt würden. Das aus dem Gaswäscher in die Claus-Anlage zugeführte und im Sauer gas rohstoffbedingt enthaltene CO₂, dessen Behandlung hier streitig sei, nehme an dem stattfindenden Claus-Prozess nicht teil, sondern werde mit dem schwefelwasserstoffhaltigen Claus-Gas der Abgasreinigung zugeführt und über den Kamin in die Atmosphäre geleitet. Hauptquelle der CO₂-Emission sei das in dem natürlichen Sauer gas bereits inhärent vorliegende CO₂. Dieses werde im Zuge der Schwefelgewinnung durch den Claus-Prozess in die Atmosphäre freigesetzt.

Ungeachtet seiner fehlenden Beteiligung an den chemischen Reaktionen habe das im Rohgas enthaltene Kohlendioxid beim Claus-Prozess in der streitgegenständlichen Anlage eine verfahrenstechnische Bedeutung. Es werde als nicht brennbares Gas für die Kontrolle der Brenntemperatur im Rahmen des Claus-Prozesses verwendet. Die Claus-Anlagen der klägerischen Anlage seien auf den spezifischen CO₂-Gehalt des Sauer gases ausgelegt. Bei höheren CO₂-gehalten im Sauer gas würde die Brennraumtemperatur reduziert und die Schwefel-Umsetzung verlangsamt bzw. reduziert. Damit komme dem im Sauer gas enthaltenen CO₂ eine temperaturregulierende Funktion im Rahmen der Schwefelherstellung in der klägerischen Anlage zu. Durchschnittlich gut die Hälfte der CO₂-Emission der Anlage resultierten aus dem im Sauer gas naturbedingt enthaltenen Kohlendioxid. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 20. Juni 2019 (Rechtssache C-682/17) unterliege die Freisetzung des inhärenten Kohlendioxids dem Regime des Emissionshandels. Die Behandlung der weiteren CO₂-Emissionen der Anlage sei nicht streitig.

Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe einen Anspruch auf kostenlose Zuteilung für ein Zuteilungselement mit Prozessemissionen gemäß § 2 Nr. 29 b) ee) ZuV 2020 bzw. Art. 3 lit. h) v) der einheitlichen EU-Zuteilungsregeln. Die im Zusammenhang mit der Schwefelherstellung anfallenden Kohlendioxid-Emissionen würden unstreitig nicht von einem Zuteilungselement mit Produkt-Emissionswert erfasst. Ihre Anlage habe im Durchschnitt etwa nur 49 % der jährlichen Emission in Form von kostenlosen Emissionszertifikaten erhalten.

Die streitgegenständlichen Kohlendioxid-Emissionen resultierten aus der Verwendung eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs. Das für die Schwefelgewinnung eingesetzte Sauer- gas werde aus natürlichen Vorkommen in unterirdischen Lagerstätten entnommen und enthalte ein Gemisch aus Schwefelwasserstoff, Wasserdampf, Methan und Kohlendioxid. Kohlendioxid enthalte Kohlenstoff.

Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das Kohlendioxid nicht lediglich als Begleit- gas anzusehen. Der Rohstoff sei das Sauer- gas und nicht der darin stofflich enthaltene Schwefelwasserstoff, denn dieses sei nicht der natürlich vorkommende Rohstoff. Die Koh- lendioxid-Emissionen resultierten zudem aus der Verwendung eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs. Denn ohne die Verwendung des Sauer- gases im Claus-Prozess käme es nicht zu der Freisetzung des Kohlendioxids in die Atmosphäre. Unschädlich sei, dass das Koh- lendioxid bereits im Rohstoff vorhanden sei und nicht an der chemischen Reaktion zu Schwefelgewinnung selbst teilnehme. Denn eine derartige Teilnahme werde bei den hier einschlägigen Prozessen der bloßen Verwendung eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs normativ nicht vorausgesetzt. Es finde entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht eine bloße Durchleitung des Kohlendioxids statt. Denn das Claus-Verfahren diene gerade der Extraktion des Kohlendioxids aus dem zu Gewinnung von reinem Schwefel eingesetz- ten Rohstoffs. Ohne diese Extraktion könne aus dem verwendeten Sauer- gas kein reiner Schwefel hergestellt werden.

Der Wortlaut der Begriffsdefinition des Anlagenteils mit Prozessemissionen setze gerade voraus, dass der verwendete Rohstoff kohlenstoffhaltig sei. Es komme darauf an, dass das erst später in die Atmosphäre freigesetzte Kohlendioxid durch den Rohstoff in den jeweiligen Produktionsprozess eingebracht werde, was hier der Fall sei. Der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften verlange nicht, dass der Kohlenstoff auch an der stattfindenden chemischen Reaktion teilnehme. Eine Verwendung setze lediglich voraus, dass et- was für einen bestimmten Zweck genutzt werde. Es werde lediglich die Kausalität des jeweiligen Prozesses für die Entstehung der CO₂-Emission gefordert. Dies ergebe sich auch aus den unterschiedlichen Sprachfassungen des Artikels 3 lit. h) v) des Beschlus- ses 2011/278/EU. Im Gegensatz zu der hier einschlägigen Vorschrift Art. 3 lit. h) v) der einheitlichen EU-Zuteilungsregeln werde beispielsweise bei den Prozessen nach Art. 3 lit. h) iv) ausdrücklich im Wortlaut vorausgesetzt, dass das kohlenstoffhaltige Material an der Reaktion teilnehme.

Auch systematische Erwägungen sprächen für die Auffassung der Klägerin. Würde man eine Teilnahme des Kohlenstoffs an der Reaktion fordern, liege mit dieser Reaktionsteil- nahme bereits die Fallgruppe der chemischen Synthese nach § 2 Nr. 29 b) dd) ZuV 2020

vor und für die hier streitgegenständliche Fallgruppe verbliebe kein eigenständiger Anwendungsbereich. Soweit für die Zuordnung zu einem Anlagenteil mit Prozessemissionen vorausgesetzt werde, dass die Emissionen aus dem Prozess der Verwendung des kohlenstoffhaltigen Rohstoffs resultierten, genüge hierfür der Gebrauch eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs. Das Bestehen einer Kausalität zwischen dem Claus-Prozess und der Entstehung der streitgegenständlichen CO₂-Emissionen reiche aus.

Darüber hinaus sei die Klägerin auch verpflichtet, das naturbedingt im Sauggas enthaltene Kohlendioxid, soweit dies von ihr freigesetzt werde, als Emission zu berichten. Dieser Berichtspflicht müsse auch ein Anspruch auf kostenlose Zuteilung entsprechen.

Ein Zuteilungsanspruch entspreche auch dem Sinn und Zweck der Norm, es handle sich hier um nicht vermeidbare prozessbedingte Emissionen, die weder durch einen Brennstoffwechsel in der Anlage noch durch effizientere Techniken gänzlich zu vermeiden seien. Durch die Einbeziehung des inhärenten Kohlendioxid in den Emissionshandelssystem bei gleichzeitigem Ausschluss von einer kostenlosen Zuteilung wäre der damit einhergehende Grundrechtseingriff unangemessen und unverhältnismäßig, insbesondere da die Klägerin keine Möglichkeiten zur Emissionsminderungen habe.

Schließlich sei der Hauptzweck des in der Claus-Anlage verwendeten kohlenstoffhaltigen Rohstoffs nicht die Wärmegewinnung, sondern die Herstellung von Schwefel. Dass es dabei auch zur Entstehung von Wärme komme, die für die Anlage selbst genutzt werde, stehe der Zuordnung zu einem Anlagenteil mit Prozessemissionen nicht entgegen. Die Schwefelgewinnung sei ein exothermer Prozess und damit zwingend mit der Entstehung von Wärme verbunden. Die Wärmeerzeugung sei ein bloßer Nebeneffekt der chemischen Reaktion.

Dass für die in der streitgegenständlichen Anlage erzeugte messbare Wärme eine Zuteilung auf Basis eines Anlagenteils mit Wärme-Emissionswert erfolge, sei für die streitgegenständliche begehrte Zuteilung ohne Relevanz. Es gebe allein eine Vorrangigkeit des Zuteilungselements mit Produkt-Emissionswert, sofern ein solcher einschlägig sei. Die weiteren Zuteilungselemente stünden in einem Verhältnis der Gleichordnung nebeneinander. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8. September 2016 habe allein die Frage eines hierarchischen Verhältnisses zwischen einem Zuteilungselement mit Produkt-Benchmark einerseits und den übrigen drei sog. „Fall-Back-Methoden“ andererseits entschieden. Der Gerichtshof lege in seiner Urteilsbegründung lediglich dar, dass sich die einzelnen Zuteilungselemente der übrigen drei Kategorien gegenseitig ausschließen. Hie-

raus folge gerade kein Rangverhältnis der einzelnen Zuteilungselemente im Sinne der „Fall-Back-Methoden“ zueinander.

Soweit sich die Beklagte zum Beleg ihrer Rechtsauffassung auf die Guidance Documents der Europäischen Kommission (hier Nr. 8) berufe, hätten diese Dokumente weder eine Verbindlichkeit, noch könnten sie als Auslegungshilfe herangezogen werden. Insbesondere könne auch nicht aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 8. September 2016 in der Rechtssache C-180/15 entnommen werden, dass den Guidance Documents eine maßgebliche Bedeutung für die Auslegung des Beschlusses 2011/278/EU zukomme. Darüber hinaus befasse sich das vorgenannte Dokument auch in der Sache überhaupt nicht mit der hier streitgegenständlichen Fallgruppe der Verwendung eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs und des inhärenten CO₂.

Die Klägerin geht davon aus, dass die einheitlichen EU-Zuteilungsregeln Anlagen zur Herstellung von Schwefel nicht auf eine Zuteilung nach dem Wärme-Benchmark beschränken wollten. Die Beschränkung auf den Wärme-Emissionswert würde im Hinblick auf die vielen anderen chemischen Erzeugnisse, für die in Anhang I des Beschlusses ausdrücklich Produkt-Benchmarks vorgesehen wurden, eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen. Es sei zu berücksichtigen, dass die aus dem Untergrund geförderten Kohlendioxidmengen durch kein anderes Zuteilungselement abgedeckt seien.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte insoweit unter Aufhebung des Bescheides vom 17. Februar 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Oktober 2019 zu verpflichten, der Klägerin zusätzliche kostenlose Emissionsberechtigungen in einer noch zu beziffernden Menge kostenlos zuzuteilen, soweit die Europäische Kommission dem nicht widerspricht.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte führt aus, dass sich aus den eigenen Angaben der Klägerin im Zuteilungsantrag ergebe, dass aus der chemischen Claus-Reaktion keine CO₂-Emissionen entstünden. Ein Zuteilungselement gemäß § 29 b) ZuV 2020 fasse Kohlendioxidemissionen zusammen, die aus einem der dort genannten Prozesse resultierten. Daraus folge, dass das Treibhausgas für die Zuteilung als Ergebnis oder Folge aus einem der genannten Prozesse entstehen müsse. Ein kausaler Zusammenhang liege nicht vor, soweit das Kohlendioxid die verschiedenen Prozesse und Verfahren der Anlage lediglich vollständig und unverändert durchlaufe und letztlich freigesetzt werde.

Auch das Tatbestandsmerkmal der Verwendung eines kohlenstoffhaltigen Rohstoffs sei nicht gegeben. Aus diesem Begriff folge, dass der kohlenstoffhaltige Rohstoff genutzt oder eingesetzt werden müsse und daher auch der Kohlenstoff selbst für den vorliegenden Prozess gebraucht bzw. notwendig sein müsse. Daraus ergebe sich das Erfordernis einer zwingenden Teilnahme des Kohlenstoffs an den ablaufenden Prozessen bzw. an der Reaktion. Hierfür spreche auch die Verwendung des Adjektivs „kohlenstoffhaltig“ in der Vorschrift. Wäre die Teilnahme des Kohlenstoffs nicht maßgeblich, hätte der Gesetzgeber den Tatbestand mit „Emissionen aus der Verwendung von Zusatzstoffen und Rohstoffen...“ benennen können. Auch systematische Erwägungen sprächen für die Auffassung der Beklagten. In den Fallgruppen des § 2 Nr. 29 b) ZuV 2020 setzten sämtliche dort aufgelisteten Prozesse eine Teilnahme von Kohlenstoffatomen oder von kohlenstoffhaltigen Verbindungen an den Prozessen voraus.

Entgegen der Ansicht der Klägerin begründe das Bestehen von Berichts- und Abgabepflichten nicht zugleich einen Zuteilungsanspruch. Systematisch spreche auch das Fehlen eines Zuteilungsanspruchs für die ungenutzte Abfackelung von Abgasen dafür, dass es auch für einen Prozess wie dem Claus-Prozess, bei dem keine Nutzung oder Verwertung von Kohlenstoff- oder Kohlenstoffverbindungen erfolge, keinen Anspruch auf kostenlose Zuteilung geben solle. Da die streitgegenständliche Anlage nicht wegen der Tätigkeit „Herstellung von Schwefel“ emissionshandelspflichtig sei, sondern nur über die Tätigkeit „Verbrennen von Brennstoffen“, könne keine Zuteilung für das Produkt Schwefel oder dessen gesamten Herstellungsprozess erfolgen. Insofern sei es unbeachtlich, welche Emissionen bei der Schwefelherstellung unvermeidbar seien.

Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, dass es sich um unvermeidbare Emissionen handle. Es sei erst dann von einer Unvermeidbarkeit auszugehen, wenn die eingesetzten Restgase, durch deren Verbrennung die Emissionen bedingt sei, überhaupt erst infolge des industriellen Verfahrens direkt und unmittelbar entstünden.

Auch das Guidance Document Nr. 8 der Europäischen Kommission mache deutlich, dass Prozessemissionen nur solche seien, bei denen Kohlendioxid direkt und unmittelbar aus dem Produktionsprozess oder der chemischen Reaktion entstehe.

Die Beklagte ist ferner der Auffassung, dass zwischen den Zuteilungselementen mit Wärme-Benchmark, mit Brennstoff-Benchmark oder mit Prozessemissionen kein Verhältnis der Gleichordnung bestehe. Vielmehr gebe es ein Vorrangverhältnis, der Wärme-Emissionswert gehe der Brennstoff-Benchmark und den Prozessemissionen vor.

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, zuletzt geändert mit Beschluss (EU) 2015/1814 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015, ABl. L 264, S. 1 - im Folgenden: EH-RL), insbesondere Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang I EH-RL, Art. 10a Abs. 1 und Abs. 4, 13 EH-RL sowie Art. 3 lit. c) und lit. h) v) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG vom 27. April 2011.

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 Gesamtfeuerungswärmeleistung von insgesamt 20 MW oder mehr in einer Anlage, soweit nicht von einer der nachfolgenden Nummern erfasst.

Zuteilungsverordnung 2020

§ 2 Begriffsbestimmungen

Nr. 1 bis 28. [...]

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,

Nr. 30. Zuteilungselement mit Wärme-Emissionswert

Zusammenfassung von nicht von einem Zuteilungselement nach Nummer 28 umfassten Eingangsströmen, Ausgangsströmen und diesbezüglichen Emissionen im Zusammenhang mit der Erzeugung messbarer Wärme oder deren Import aus einer unter den An-

wendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes fallenden Anlage, soweit die Wärme nicht aus Strom erzeugt oder bei der Herstellung von Salpetersäure angefallen ist und nicht zur Stromerzeugung verbraucht oder für die Stromerzeugung exportiert wird und die Wärme

a) in der Anlage außerhalb eines Zuteilungselements nach Nummer 28 zur Herstellung von Produkten, zur Erzeugung mechanischer Energie, zur Heizung oder Kühlung verbraucht wird oder

b) an Anlagen und andere Einrichtungen, die nicht unter den Anwendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes fallen, abgegeben wird.

§ 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 Unterschied zu der im Verfahren C-682/17 vom Gerichtshof entschiedenen Fall ist im Fall der hiesigen Klägerin das zur Anlage gehörige Kraftwerk erst 2014 ans Netz gegangen und hat im Sommer 2014 und damit nach Beginn der 3. Handelsperiode und nach Erlass des Zuteilungsbescheides erstmals Strom an das öffentliche Netz abgegeben. Bei dem Kraftwerk der klägerischen Anlage handelt es sich um eine hocheffiziente KWK-Anlage.

Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass jedenfalls wegen der Einstufung des klägerischen Kraftwerkes als hocheffiziente KWK-Anlage eine kostenlose Zuteilung

von Emissionsberechtigungen an die klägerische Anlage gem. Art. 10 a Abs. 1 Unterabsatz 3, Abs. 3 und 4 der EH-RL für die 3. Handelsperiode nicht ausgeschlossen ist.

Die Vorlagefragen 1) bis 3), ob und ggf. nach welchem Emissionswert für den in der streitgegenständlichen Anlage stattfindenden sog. Claus-Prozess ein Anspruch auf kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen besteht, wirkt sich auf die Gesamthöhe des Zuteilungsanspruchs der Klägerin aus.

Die Kammer legt der Vorlagefrage 4) folgende Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs im Urteil vom 8. September 2016 (Rs. C-180/15) zugrunde:

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich die Definitionen der Anlagenteile mit Produkt-Benchmark, mit Wärme-Benchmark, mit Brennstoff-Benchmark und mit Prozessemissionen gegenseitig ausschließen, wie sich aus Art. 3 Buchst. b bis d und h des Beschlusses 2011/278 ergibt.“ (a.a.O. Rn. 62)

„Aus diesen Bestimmungen ergibt sich auch, dass die Verbrennung eines Brennstoffs nicht die Anwendung mehrerer unterschiedlicher Benchmarks zur Folge haben kann, weil ein und dieselbe Tätigkeit nur von einer der in Art. 3 Buchst. b bis d und h des Beschlusses 2011/278 vorgesehenen Kategorien von Anlagenteilen erfasst sein kann, da sich diese Kategorien, wie in Rn. 62 des vorliegenden Urteils bereits ausgeführt, gegenseitig ausschließen. Jede andere Vorgehensweise liefe dem in mehreren Bestimmungen dieses Beschlusses niedergelegten Verbot der Doppelzählung von Emissionen und der Doppelzuteilung von Zertifikaten zuwider.“ (a.a.O. Rn. 69)

Aus diesen Ausführungen folgt nach Auffassung der Kammer, dass sich die Frage der Hierarchie der drei sog. „Fall-back-Methoden“ bei der Zuteilung nicht stellen dürfte. Schließen sich die Definitionen in allen in Betracht kommenden Fällen gegenseitig aus, kommt eine Zuteilung ohnehin nur nach einer der drei Benchmarks in Betracht. Die Beklagte vertritt in mehreren anderen bei der Kammer anhängigen Verfahren weiterhin die Auffassung, dass es eine Hierarchie der drei sog. „Fall-Back-Methoden“ gebe und geht davon aus, dass die Wärme-Benchmark Vorrang vor der Zuteilung nach der Benchmark Prozessemissionen hat. Vorbehaltlich der Beantwortung der Vorlagefragen 1) bis 3) erscheint es im vorliegenden Fall möglich, dass die aus dem sog. Claus-Prozess resultierenden Emissionen sowohl die Definition der Wärme-Benchmarks als auch die Definition der Prozessemissionen erfüllen können. Die Abgrenzung von Wärme-Benchmark und Brennstoff-Benchmark ist wegen der Unterscheidung messbare Wärme und nicht messbare Wärme eindeutig. Eine Klarstellung des Verhältnisses einer Zuteilung nach Wärme-Benchmark und nach Prozessemissionen erscheint im vorliegenden Fall nach Ansicht der Kammer vorbehaltlich der Beantwortung der Vorlagefragen 1) bis 3) erforderlich. Denn

wenn beim sog. Claus-Prozess ein kohlenstoffhaltiger Rohstoff i.S.d. Art. 3 lit. h) v) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU verwendet wird, dann kommt für die bei dem exothermen Claus-Prozess entstehende Wärme eine Zuteilung sowohl nach der Wärme-Benchmark gem. Art. 3 lit. c) als auch nach der Benchmark für Prozessemissionen gem. Art. 3 lit. h) v) des Beschlusses der Kommission 2011/278/EU in Betracht.

Die 5. 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 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 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 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.

Marticke

Krisch

Dr. Petrescu



Ausgefertigt
Beglaubigt

W. J. H. S.