

Rechtssache C-189/19
Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

26. Februar 2019

Vorlegendes Gericht:

Bundesverwaltungsgericht (Deutschland)

Datum der Vorlageentscheidung:

22. November 2018

Klägerin und Revisionsklägerin:

Spenner GmbH & Co. KG

Beklagte und Revisionsbeklagte:

Bundesrepublik Deutschland

Abschrift

Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

[OMISSIS]

[OMISSIS]

In der Verwaltungsstreitsache

der Spenner GmbH & Co. KG,

[OMISSIS] 59597 Erwitte,

Klägerin und Revisionsklägerin,

[OMISSIS]

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,

[OMISSIS] 14193 Berlin,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

[Or. 2]

[OMISSIS]

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts

auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 2018

[OMISSIS]

am 22. November 2018 beschlossen:

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wird ausgesetzt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird um Klärung folgender Fragen im Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV gebeten:

1. Setzt Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses der Kommission vom 27. April 2011 zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Art. 10a der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (2011/278/EU) voraus, dass die wesentliche Erweiterung der Kapazität einer Bestandsanlage in dem Bezugszeitraum erfolgt ist, der nach Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses (2011/278/EU) vom Mitgliedstaat bestimmt worden ist?

2. Ist Art. 9 Abs. 9 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen so auszulegen, dass bei der Bestimmung der historischen Aktivitätsrate des Bezugszeitraums 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 die historische Aktivitätsrate der zusätzlichen Kapazität herauszurechnen ist, (selbst) wenn die wesentliche Kapazitätserweiterung im Bezugszeitraum 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 stattgefunden hat?

3. a) Falls Frage 1 zu bejahen ist:

Ist Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU dahingehend auszulegen, dass die zuständige Behörde des Mitgliedstaates den Bezugszeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 oder vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 selbst bestimmen muss oder darf der Mitgliedstaat dem Anlagenbetreiber das Recht zur Auswahl des Bezugszeitraums einräumen?

[Or. 3]

b) Falls der Mitgliedstaat dem Anlagenbetreiber ein Wahlrecht einräumen darf:

Hat der Mitgliedstaat den Bezugszeitraum zugrunde zu legen, der zur jeweils höheren historischen Aktivitätsrate führt, auch wenn der Anlagenbetreiber nach dem Recht des Mitgliedstaates frei zwischen den Bezugszeiträumen wählen darf und sich für die Wahl eines Bezugszeitraums mit niedrigeren historischen Aktivitätsraten entscheidet?

4. Ist der Beschluss (EU) 2017/126 der Kommission vom 24. Januar 2017 zur Änderung des Beschlusses 2013/448/EU in Bezug auf die Festlegung eines einheitlichen sektorübergreifenden Korrekturfaktors gemäß Art. 10a der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates dahingehend auszulegen, dass der sektorübergreifende Korrekturfaktor bei Zuteilungen vor dem 1. März 2017 in der ursprünglichen Fassung von Art. 4 und Anhang II des Beschlusses 2013/448/EU für die Jahre 2013 bis 2020 und bei Mehrzuteilungen von Emissionsberechtigungen nach dem 28. Februar 2017 aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung auf die gesamte Mehrzuteilungsmenge für die Jahre 2013 bis 2020 oder nur die Mehrzuteilung für die Jahre 2018 bis 2020 anzuwenden ist?

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt eine emissionshandelspflichtige Drehrohrofenanlage zur Herstellung von Zementklinker. Sie begehrt die Zuteilung von weiteren kostenlosen Emissionsberechtigungen für die 3. Handelsperiode im Zeitraum 2013 bis 2020.
- 2 Im Januar 2012 stellte die Klägerin einen Zuteilungsantrag bei der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) nach § 9 TEHG. Als maßgeblichen Bezugszeitraum der Anlage sieht das Antragsformular den Bezugszeitraum 2005 bis 2008 oder 2009 bis 2010 vor; die Klägerin wählte als Bezugszeitraum die Jahre 2009 bis 2010. Zum tatsächlichen Betrieb der Anlage kreuzte die Klägerin die Kalenderjahre 2005 bis 2010 an. Ferner gab die Klägerin eine Kapazitätserweiterung am 1. April 2007 und eine weitere Kapazitätserweiterung am 2. Mai 2008 an, die zusammengefasst wesentlich sind. [Or. 4]
- 3 Mit Bescheid vom 17. Februar 2014 teilte die DEHSt für den Betrieb der Anlage 3 810 723 Emissionsberechtigungen kostenlos zu. Hiergegen erhob die Klägerin erfolglos Widerspruch und anschließend Klage, die sie mit Rücksicht auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. Oktober 2016 (C-506/14) zum unionsrechtswidrig festgelegten sektorübergreifenden Korrekturfaktor teilweise zurückgenommen hat. Das Verwaltungsgericht hat insoweit das Verfahren teilweise eingestellt und die Klage im Übrigen abgewiesen: Die zulässige Klage sei unbegründet. § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 sei

so auszulegen, dass bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen die Bestimmung der maßgeblichen Aktivitätsrate von der Wahl des Bezugszeitraums nach § 8 Abs. 1 ZuV 2020 abhängig sei. In § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 werde auf die Absätze 2 bis 5 Bezug genommen, die ihrerseits jeweils auf den nach § 8 Abs. 1 ZuV 2020 gewählten Bezugszeitraum verwiesen.

- 4 Die Einräumung eines Wahlrechts für Anlagenbetreiber in § 8 Abs. 1 ZuV 2020 sei unionsrechtskonform. Die Formulierung in Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU „bestimmen die Mitgliedstaaten“ sei nicht zwingend so zu verstehen, dass es Aufgabe des Mitgliedstaates sei, die historischen Aktivitätsraten unter Zugrundlegung des Bezugszeitraums festzulegen, der den höheren Wert ergebe. Dieser Satzteil sei im Zusammenhang damit zu sehen, dass der Beschluss 2011/278/EU gemäß dessen Artikel 25 an die Mitgliedstaaten gerichtet sei. Die Mitgliedstaaten bestimmten daher die historischen Aktivitätsraten, indem sie den Beschluss 2011/278/EU umsetzten. Wie dies zu erfolgen habe, sei in der Vorschrift nicht geregelt, so dass eine Umsetzung wie in Deutschland mit § 8 Abs. 1 ZuV 2020, wonach die Wahl der Basisperiode den Anlagenbetreibern überlassen werde, von Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU gedeckt sei.
- 5 Für die Zulässigkeit der Einräumung eines Wahlrechts für die Anlagenbetreiber streite das Guidance Document Nr. 2 der Europäischen Kommission. Es enthalte Aussagen zur Wahlmöglichkeit der Anlagenbetreiber. Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union komme dem Guidance Document Nr. 2 bei der Auslegung des Beschlusses 2011/278/EU trotz fehlender Rechtsqualität Bedeutung zu. Ferner sehe das Musterformular der [Or. 5] Europäischen Kommission für die zur Ermittlung der vorläufigen Zuteilungsmenge erforderliche Datenerhebung ein Wahlrecht der Anlagenbetreiber vor.
- 6 Die DEHSt sei nicht verpflichtet gewesen, die günstigeren Daten des Bezugszeitraums von Amts wegen zu berücksichtigen oder den Antragsteller zu einer entsprechenden Berichtigung aufzufordern.
- 7 Hiergegen hat die Klägerin Sprungrevision eingelegt: Die Auslegung des § 8 Abs. 8 ZuV 2020 durch das Verwaltungsgericht sei mit den Vorgaben des Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses 2011/278/EU unvereinbar. Diese Regelung knüpfe allein daran an, ob die Kapazität einer Bestandsanlage zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert worden sei. Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU gebe für ein Wahlrecht des Anlagenbetreibers nichts her. Vielmehr werde den Mitgliedstaaten die Verantwortlichkeit für die Bestimmung der historischen Aktivitätsrate zugeschrieben. Das gesamte Regelwerk der EU-Zuteilungsregeln gehe bei der Ermittlung der vorläufigen jährlichen Zuteilungsmenge von einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Tätigwerden aus. Die Beklagte habe in ihrem Antragsformular sämtliche jährlichen Produktionsmengen der Jahre 2005 bis 2010 abgefragt. Sie könne deshalb über den Bezugszeitraum mit der höchsten Aktivitätsrate entscheiden.

II

- 8 Der Rechtsstreit ist auszusetzen. Es ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden: Gerichtshof) zu den im Beschlusstenor formulierten Fragen einzuholen (Art. 267 AEUV).
- 9 Die maßgeblichen Vorschriften des Unionsrechts finden sich in Art. 10a Abs. 1 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 (ABl. L 275/32) in der Fassung der Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 (ABl. L140/63), in Art. 9 und den Erwägungsgrund 16 des Beschlusses 2011/278/EU der Kommission [Or. 6] vom 27. April 2011 zur Festlegung EU-weiter Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L130/1), in Art. 4 des Beschlusses der Kommission 2013/448/EU vom 5. September 2013 über nationale Umsetzungsmaßnahmen für die übergangsweise kostenlose Zuteilung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 240/27) und in den Erwägungsgründen 12 und 13 des Beschlusses (EU) 2017/126 der Kommission vom 24. Januar 2017 zur Änderung des Beschlusses 2013/448/EU in Bezug auf die Festlegung eines einheitlichen sektorübergreifenden Korrekturfaktors gemäß Artikel 10a der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L19/93).
- 10 Die einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts finden sich in der Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) vom 26. September 2011 (BGBl. I S. 1921) in der Fassung des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2354).

§ 8 ZuV 2020 lautet:

„Maßgebliche Aktivitätsrate

(1) Für Bestandsanlagen bestimmt sich die maßgebliche Aktivitätsrate auf Basis der gemäß § 5 erhobenen Daten nach Wahl des Antragstellers einheitlich für alle Zuteilungselemente der Anlage entweder nach dem Bezugszeitraum vom 1. Januar 2005 bis einschließlich 31. Dezember 2008 oder nach dem Bezugszeitraum vom 1. Januar 2009 bis einschließlich 31. Dezember 2010.

(2) Die maßgebliche Aktivitätsrate ist für jedes Produkt der Anlage, für das ein Zuteilungselement im Sinne des § 3 Absatz 1 Nummer 1 zu bilden ist, der Medianwert aller Jahresmengen dieses Produktes in dem nach Absatz 1 gewählten Bezugszeitraum. [OMISSIS]

(3) [OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS]

(...)

(6) Zur Bestimmung der Medianwerte nach den Absätzen 2 bis 5 werden nur die Kalenderjahre berücksichtigt, in denen die Anlage an mindestens einem Tag in Betrieb war. Abweichend hiervon werden für die Bestimmung der Medianwerte bei Anlagen auch die Kalenderjahre berücksichtigt, in denen die Anlage während des Bezugszeitraums nicht an mindestens einem Tag in Betrieb war, [OMISSIS] [Einzelheiten der Bestimmung der Medianwerte]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS]

(7) Abweichend von den Absätzen 2 bis 5 werden die Aktivitätsraten berechnet auf der Basis der installierten Anfangskapazität jedes Zuteilungselements, multipliziert mit dem gemäß § 17 Absatz 2 bestimmten, maßgeblichen Auslastungsfaktor, [Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieser Abweichung] [OMISSIS]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS]

(8) Bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 30. Juni 2011 entspricht die maßgebliche Aktivitätsrate des Zuteilungselements der Summe des nach den Absätzen 2 bis 5 bestimmten Medianwertes ohne die wesentliche Kapazitätserweiterung und der Aktivitätsrate der zusätzlichen Kapazität. Die Aktivitätsrate der zusätzlichen Kapazität entspricht dabei der [Or. 8] Differenz zwischen der installierten Kapazität des Zuteilungselements nach der Kapazitätserweiterung und der installierten Anfangskapazität des geänderten Zuteilungselements bis zur Aufnahme des geänderten Betriebs, multipliziert mit der durchschnittlichen Kapazitätsauslastung des betreffenden Zuteilungselements im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum Ende des Kalenderjahres vor Aufnahme des geänderten Betriebs. Bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen im Jahr 2005 werden diese auf Antrag des Betreibers als nicht wesentliche Kapazitätserweiterungen behandelt; ansonsten ist in diesen Fällen für die Bestimmung der durchschnittlichen Kapazitätsauslastung des betreffenden Zuteilungselements die durchschnittliche monatliche Kapazitätsauslastung im Jahr 2005 bis zum Kalendermonat vor Aufnahme des geänderten Betriebs maßgeblich. Bei mehreren Kapazitätserweiterungen ist die

durchschnittliche Kapazitätsauslastung des betreffenden Zuteilungselements vor der Aufnahme des Betriebs der ersten Änderung maßgeblich.

(9) [betrifft Kapazitätsverringeringen] [OMISSIS]“

III

- 11 Gemäß Art. 267 AEUV ist unter Aussetzung des Revisionsverfahrens eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen, weil die Entscheidung des Senats über die Revision der Klägerin von der Beantwortung der dem Gerichtshof gestellten Fragen zur Auslegung des Beschlusses 2011/278/EU der Kommission [Or. 9] vom 27. April 2011 und des Beschlusses (EU) 2017/126 der Kommission vom 24. Januar 2017 abhängt.
- 12 Die Vorlagefragen bedürfen einer Klärung durch den Gerichtshof, weil sie weder durch seine Rechtsprechung geklärt noch offenkundig sind. Zu den einzelnen Vorlagefragen sind folgende Erwägungen von Bedeutung:
- 13 Zu Frage 1:

Von der Beantwortung der Frage 1 hängt ab, ob die wesentliche Erweiterung der Kapazität im vorliegenden Verfahren unberücksichtigt bleibt, weil sie nicht in dem Bezugszeitraum 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 erfolgt ist. Bejaht der Gerichtshof die Vorlagefrage, ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Anderenfalls ist das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen.
- 14 Unionsrechtliche Grundlage für den Beschluss 2011/278/EU, dessen Art. 9 Regelungen zur historischen Aktivitätsrate für Bestandsanlagen enthält, ist die Richtlinie 2003/87/EG. Nach Art. 10a Abs. 1 RL 2003/87/EG erlässt die Kommission gemeinschaftsweite und vollständig harmonisierte Durchführungsmaßnahmen für die Zuteilung der Zertifikate. Hierauf gestützt hat die Kommission durch den Beschluss 2011/278/EU im Einklang mit Art. 10a Abs. 1 der Richtlinie 2003/87 unionsweite harmonisierte Regeln für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten geschaffen. Diese harmonisierten Regeln konkretisieren das wesentliche Erfordernis, Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt zu minimieren (vgl. EuGH, Urteile vom 22. Juni 2016 – C-540/14 P [ECLI:EU:C:2016:469], DK Recycling und Roheisen/Kommission – Rn. 53, und vom 22. Februar 2018 – C-572/16 [ECLI:EU:C:2018:100], INEOA Köln GmbH – Rn. 29 ff.). Der Senat geht deshalb davon aus, dass mit dem Beschluss 2011/278/EU die Zuteilungsregeln, die bislang von den Mitgliedstaaten in einem Nationalen Allokationsplan festgelegt wurden, EU-weit harmonisiert worden sind (zu den nicht abschließend harmonisierten Bereichen des Verfahrens für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten vgl. EuGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – C-572/16, Rn. 40). [Or. 10]
- 15 Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses 2011/278/EU behandelt die wesentliche Erweiterung oder Verringerung der Kapazität einer Bestandsanlage zwischen dem

1. Januar 2005 und dem 30. Juni 2011. Diese Vorschrift knüpft nach ihrem Wortlaut allein daran an, ob die Kapazität einer Bestandsanlage in diesem Zeitraum wesentlich erweitert wurde. Auf die Bezugszeiträume wird allerdings mittelbar in Art. 9 Abs. 9 Unterabs. 1 Halbs. 2 des Beschlusses 2011/278/EU verwiesen. Danach entspricht die historische Kapazitätsrate der Bestandsanlage „der Summe der gemäß Absatz 1 bestimmten Medianwerte ohne die wesentliche Kapazitätsänderung“. Nach Absatz 1 wird für die Ermittlung der Medianwerte zwischen den Bezugszeiträumen 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 und 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 unterschieden.

- 16 Die historische Kapazitätsrate der zusätzlichen Kapazität berechnet sich nach § 9 Abs. 9 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278/EU aus der Differenz zwischen der installierten Anfangskapazität und der installierten Kapazität nach der Erweiterung multipliziert mit der durchschnittlichen historischen Kapazitätsauslastung der betreffenden Anlage in den Jahren vor der Aufnahme des geänderten Betriebs. Die Summe der nach Absatz 1 ermittelten historischen Kapazitätsrate und der nach Absatz 2 ermittelten historischen Kapazitätsrate der zusätzlichen Kapazität ergibt die historische Kapazitätsrate der erweiterten Bestandsanlage.
- 17 Ist diese Vorschrift so zu verstehen, dass nur solche Kapazitätserweiterungen berücksichtigt werden, die nach Beginn des nach Absatz 1 maßgeblichen Bezugszeitraums erfolgt sind, können Kapazitätserweiterungen im Rahmen des Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses 2011/278/EU nicht berücksichtigt werden, die – wie hier – im Bezugszeitraum 2005 bis 2008 stattgefunden haben, wenn der für die Bildung des Medianwertes maßgebliche Bezugszeitraum 2009 bis 2010 ist (vgl. hierzu die Frage 2 und 3).
- 18 Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte die Frage dahin zu beantworten sein, dass nur Kapazitätserweiterungen, die im maßgeblichen Bezugszeitraum vorgenommen werden („nach Beginn“), zu berücksichtigen sind. Der Wortlaut des Art. 9 Abs. 9 Unterabs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU legt dies nahe, ist insoweit allerdings nicht eindeutig. Er verweist zwar auf die **[Or. 11]** Bezugszeiträume des Absatzes 1, verhält sich aber nicht ausdrücklich zu der Frage, ob die Erweiterung in dem nach Absatz 1 maßgeblichen Bezugszeitraum erfolgt sein muss.
- 19 Der Erwägungsgrund 16 Satz 3 des Beschlusses 2011/278/EU ist ebenfalls nicht eindeutig. Er lässt zwar das Ziel erkennen, jede wesentliche Kapazitätserweiterung innerhalb des Zeitraums zu berücksichtigen, zeigt aber nicht auf, wie in einem Fall wie dem vorliegenden hierbei zu verfahren ist.
- 20 Für die Annahme, dass nur Kapazitätserweiterungen im maßgeblichen Bezugszeitraum nach Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses 2011/278/EU zu berücksichtigen sind, spricht, dass die vor dem Bezugszeitraum liegende Erweiterung der Produktionsmenge als Teil der installierten Gesamtkapazität im Medianwert des späteren Bezugszeitraums enthalten ist und damit auf diesem

Weg bei der Zuteilung Berücksichtigung findet. Eine nochmalige Anrechnung im Rahmen des Art. 9 Abs. 9 des Beschlusses 2011/278/EU würde zu einer doppelten Berücksichtigung der Kapazitätserweiterung führen. Für den Fall der Kapazitätsverringerng würde Entsprechendes gelten.

- 21 Die nationale Zuteilungsverordnung 2020 geht bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen zwischen dem 1. Januar 2005 und dem 30. Juni 2011 davon aus, dass § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 nicht für wesentliche Kapazitätsänderungen vor dem nach Absatz 1 gewählten Bezugszeitraum gilt [OMISSIS]. § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 verweist auf die Absätze 2 bis 5, die ihrerseits jeweils auf den nach § 8 Abs. 1 ZuV 2020 gewählten Zeitraum Bezug nehmen. Der nach § 8 Abs. 2 bis 5 ZuV 2020 bestimmte Medianwert hängt also davon ab, welcher Bezugszeitraum gewählt worden ist. Nach § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 entspricht die Gesamtaktivitätsrate der Summe des nach den Absätzen 2 bis 5 bestimmten Medianwertes des Zuteilungselements ohne die wesentliche Kapazitätserweiterung und der Aktivitätsrate der zusätzlichen Kapazität. Wenn § 8 Abs. 8 Satz 1 ZuV 2020 auf die zusätzliche Kapazität abhebt, geschieht dies, um das Verhältnis der zusätzlichen Kapazität zu der Ausgangskapazität, für die ein Bezugszeitraum nach § 8 Abs. 1 ZuV 2020 gewählt worden ist, zu bestimmen. Damit ist § 8 Abs. 8 ZuV 2020 nur anwendbar, wenn eine wesentliche Kapazitätserweiterung nach Beginn des maßgeblichen Bezugszeitraums stattgefunden hat. **[Or. 12]**

- 22 Zu Frage 2:

Diese Frage ist entscheidungserheblich, wenn die Berücksichtigung der wesentlichen Kapazitätserweiterung von der Bestimmung des Bezugszeitraums nach Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU unabhängig ist. Die Vorlage fragt nach der Berücksichtigung der wesentlichen Kapazitätserweiterung bei der Berechnung der Gesamtaktivitätsrate für eine wesentliche Kapazitätserweiterung im Bezugszeitraum 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 bei der Bestimmung der historischen Aktivitätsrate des Bezugszeitraums 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010. Im vorliegenden Verfahren hat die wesentliche Kapazitätserweiterung am 2. Mai 2008, also im Bezugszeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 stattgefunden. Maßgeblicher Bezugszeitraum ist indes nach Auffassung der Beklagten und des Verwaltungsgerichts der 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010. In diesem Fall würde es – wie zu Frage 1 bereits dargelegt – ohne Herausrechnung der zusätzlichen Kapazität zu einer doppelten Berücksichtigung der Kapazitätserweiterung kommen. Wenn die wesentliche Kapazitätserweiterung bereits vor Beginn des Bezugszeitraums erfolgt ist, enthielten die Medianwerte von Anfang an auch die Produktionsmengen der Kapazitätserweiterung.

- 23 Zu Frage 3:

a) Die Frage 3. a) ist entscheidungserheblich, wenn die Berücksichtigung der wesentlichen Kapazitätserweiterung von der Bestimmung des Bezugszeitraums

durch den Mitgliedstaat nach Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU abhängig ist. Nach § 8 Abs. 1 ZUV 2020 bestimmt sich die Aktivitätsrate nach Wahl des Antragstellers einheitlich für alle Zuteilungselemente der Anlage entweder nach dem Bezugszeitraum vom 1. Januar 2005 bis einschließlich 31. Dezember 2008 oder nach dem Bezugszeitraum vom 1. Januar 2009 bis einschließlich 31. Dezember 2010. Nach Auffassung der Beklagten ist der Antragsteller an die Wahl gebunden (dazu die Frage 3. b)). **[Or. 13]**

- 24 Der Beschluss 2011/278/EU spricht demgegenüber in Art. 9 Abs. 1 davon, dass „die Mitgliedstaaten“ die historischen Kapazitätsraten der einzelnen Anlagen unter Zugrundelegung des Bezugszeitraums 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 zu bestimmen haben, oder, soweit sie höher sind, für den Bezugszeitraum 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010. Diese Formulierung legt es nahe, dass allein Behörden des Mitgliedstaates für die Bestimmung zuständig sind und es kein Wahlrecht des Antragstellers gibt. Allerdings gibt es auch Anhaltspunkte, die für ein anderes Verständnis angeführt werden können. So verlangen die Mitgliedstaaten nach Anhang IV Satz 1 des Beschlusses 2011/278/EU für die Zwecke der Erhebung von Bezugsdaten gemäß Artikel 7 Absatz 1 von den Betreibern für alle Kalenderjahre des gemäß Artikel 9 Absatz 1 gewählten Bezugszeitraums (2005-2008 oder 2009-2010) Daten. Damit könnte der Formulierung „bestimmen die Mitgliedstaaten“ in Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU die Bedeutung zukommen, dass der Anlagenbetreiber selbst den Bezugszeitraum bestimmt. Auch das von der Europäischen Kommission veröffentlichte Musterformular für die Erhebung der Antragsdaten spricht auf Seite 5 unter 2 (a) von der Wahl des Bezugszeitraums durch den Anlagenbetreiber: „Please select the baseline period for your installation: You are allowed to choose either 2005-2008 as baseline period, or 2009-2010. The median value of the chosen years will be used for calculating historical activity level in order to calculate the allocation to the installation.“. Insoweit kann diese Formulierung als ein Hinweis auf den Willen der Kommission hinsichtlich der Wahl des maßgeblichen Bezugszeitraums durch den Anlagenbetreiber in Betracht kommen. Das „Guidance Document n°2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)“ geht ebenfalls unter 6.1 und unter 6.4 von einer Wahlmöglichkeit aus („The chosen baseline period...“ und „... the operator needs to determine...“), wobei unter Punkt 6.1 deutlich gemacht wird, dass im Prinzip derjenige Bezugszeitraum zu wählen ist, der zu der höheren Aktivitätsrate führt, was gegen ein freies Wahlrecht sprechen könnte. Das Guidance Document Nr. 2 ist indes rechtlich nicht bindend und gibt nicht den offiziellen Standpunkt der Kommission wieder (S. 3 unter 1.1; vgl. auch EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-180/15 [ECLI:EU:C:2016:647], Borealis u. a. – Rn. 75 zu „Guidance Document n°6“ und Rn. 105 zu „Guidance Document n°8“). **[Or. 14]**
- 25 b) Die Frage 3. b) betrifft den Fall, dass der Anlagenbetreiber zwar zwischen den Bezugszeiträumen wählen darf, möglicherweise aber eine für ihn wirtschaftlich ungünstige Entscheidung trifft. Es stellt sich dann die Frage, ob der Mitgliedstaat gleichwohl den Bezugszeitraum zugrunde zu legen hat, der zur

höheren historischen Aktivitätsrate führt. Hierfür kann sprechen, dass sowohl Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU als auch der Erwägungsgrund 16 Satz 2 des Beschlusses erreichen wollen, dass die höhere historische Aktivitätsrate maßgeblich sein soll. Entsprechendes sieht Punkt 6.1 des Guidance Documents Nr. 2 vor (s. o. zu Frage 3. a). Ob dem Beschluss 2011/278/EU eine Pflicht zu einer solchen Günstigerprüfung zu entnehmen ist, ist deswegen zweifelhaft, weil Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses ausdrücklich auf die „gemäß Artikel 7 erhobenen Daten“ Bezug nimmt. Nach Art. 7 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278/EU haben die Mitgliedstaaten aber nur für einen der beiden Bezugszeiträume Daten zu erheben, auch wenn nach dem in Deutschland verwendeten Antragsformular Angaben für beide Bezugszeiträume erfragt werden. Besteht keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Datenerhebung für beide Bezugszeiträume, spricht dies nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gegen eine Pflicht der Behörden des Mitgliedstaates zur Prüfung, ob der Betreiber den für ihn richtigen Bezugszeitraum gewählt hat, auch wenn diese Daten tatsächlich vorhanden sind. Der Verzicht auf eine Prüfung von Amts wegen stünde allerdings in einem gewissen Gegensatz zu dem in Art. 9 Abs. 1 und im Erwägungsgrund 16 Satz 2 des Beschlusses 2011/278/EU zum Ausdruck kommenden Ziel des Beschlusses 2011/278/EU, durch die Berücksichtigung der höheren historischen Aktivitätsrate sicherzustellen, dass der Bezugszeitraum so weit wie möglich für die Industriezyklen repräsentativ ist.

26 Zu Frage 4:

Die Frage 4.) ist entscheidungserheblich, wenn die Klage dem Grunde nach Erfolg hat.

27 Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 28. April 2016 – C-191/14 u. a. [ECLI:EU:C:2016:311], Borealis Polyolefine GmbH entschieden, dass Art. 4 und Anhang II des Beschlusses 2013/448/EU der Kommission vom 5. September 2013 über nationale Umsetzungsmaßnahmen für die übergangsweise kostenlose Zuteilung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß Art. 11 Abs. 3 der [Or. 15] Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ungültig sind. Die Wirkungen der Feststellung der Ungültigkeit von Art. 4 und Anhang II des Beschlusses 2013/448 wurden in der Weise zeitlich begrenzt, dass zum einen diese Feststellung erst nach Ablauf eines Zeitraums von zehn Monaten ab der Verkündung des vorliegenden Urteils Wirkungen entfaltet, um der Europäischen Kommission den Erlass der erforderlichen Maßnahmen zu ermöglichen, und dass zum anderen die bis zu diesem Stichtag auf der Grundlage der für ungültig erklärten Bestimmungen erlassenen Maßnahmen nicht in Frage gestellt werden können. Infolgedessen hat die Kommission ihren Beschluss 2013/448/EU in Bezug auf die Festlegung eines einheitlichen sektorübergreifenden Korrekturfaktors in Art. 1 des mit Beschluss (EU) 2017/126 vom 24. Januar 2017 mit Wirkung vom 1. März 2017 (Art. 2) geändert und den sektorübergreifenden Korrekturfaktor für kostenlose Zuteilungen für die Jahre 2013 bis 2020 in Art. 4 und Anhang II des Beschlusses 2013/448/EU neu bestimmt. Die zeitlichen Grenzen hat die Kommission im Erwägungsgrund 12 des

Beschlusses (EU) 2017/126 entsprechend dem Urteil des Gerichtshofs vom 28. April 2016 wiedergegeben. Erwägungsgrund 13 knüpft daran an: Danach bleiben die bis zum Inkrafttreten dieses Beschlusses ergriffenen Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Zuteilung von Zertifikaten für den Zeitraum 2013-2020 sowie nachfolgende Änderungen und Ergänzungen dieser Maßnahmen gültig. Ferner gilt der festgelegte sektorübergreifende Korrekturfaktor für ab dem 1. März 2017 angenommene Beschlüsse zur Schaffung oder Änderung von Zuteilungsansprüchen, für deren Feststellung der sektorübergreifende Korrekturfaktor angewendet wird.

- 28 Damit dürfte nach Auffassung des Senats der sektorübergreifende Korrekturfaktor bei Zuteilungen vor dem 1. März 2017 in der ursprünglichen Fassung von Art. 4 und Anhang II des Beschlusses 2013/448/EU für die Jahre 2013 bis 2020 anzuwenden sein. Eine rückwirkende Verschärfung des Korrekturfaktors für die Jahre 2013 bis 2020 müsste, wenn die Zuteilungen vor dem 1. März 2017 erfolgt sind, aus Gründen des Vertrauensschutzes ausscheiden. Diese Auffassung vertritt auch die Kommission in der „Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee“ vom 13. Februar 2017 (Ref. Ares(2017)770188 – 13/02/2017) zur Umsetzung der überarbeiteten Werte für den sektorübergreifenden Korrekturfaktor. Danach sollen die bisher getroffenen [Or. 16] Zuteilungsentscheidungen unverändert bleiben und für alle bis zum 28. Februar 2017 getroffenen Entscheidungen der bisherige sektorübergreifende Korrekturfaktor anwendbar sein. Im Übrigen sollen die bisherigen Maßstäbe unter anderem bei bestimmten offiziellen Einreichungen eines Mitgliedstaats zum 28. Februar 2017 gelten.
- 29 Klärungsbedürftig ist auch, ob der sektorübergreifende Korrekturfaktor für nach dem 28. Februar 2017 gerichtlich zugesprochene Mehrzuteilungen von Emissionsberechtigungen nach Maßgabe des Beschlusses 2017/126/EU auf die gesamte Mehrzuteilungsmenge für die Jahre 2013 bis 2020 oder nur auf die Mehrzuteilung für die Jahre 2018 bis 2020 anzuwenden ist.

[OMISSIS]