Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
vom 18. Juni 2020[1]

Rechtssache C-320/19

Ingredion Germany GmbH
gegen
Bundesrepublik Deutschland

(Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Berlin [Deutschland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Umwelt – Richtlinie 2003/87/EG – System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten – Art. 3 Buchst. h – Begriff ‚neuer Marktteilnehmer' – Art. 10a – Übergangsregelung für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten – Beschluss 2011/278/EU – Zuteilung kostenloser Emissionszertifikate an neue Marktteilnehmer – Anlagenteil mit Brennstoff-Benchmark – Art. 18 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Unterabs. 2 – Bestimmung der brennstoffbezogenen Aktivitätsrate – Maßgeblicher Auslastungsfaktor – Begrenzung dieses Faktors auf einen Wert von weniger als 100 %"

I. Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Berlin (Deutschland) betrifft die Auslegung von Art. 3 Buchst. h und Art. 10a der Richtlinie 2003/87/EG[2], mit der ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Europäischen Union geschaffen wird, sowie von Art. 18 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278/EU[3], der Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten festlegt.

2. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Ingredion Germany GmbH (im Folgenden: Ingredion oder Klägerin des Ausgangsverfahrens) und der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Umweltbundesamt (Deutschland), über einen Antrag auf kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten für eine Anlage, die als „neuer Marktteilnehmer" im Sinne von Art. 3 Buchst. h der Richtlinie 2003/87[4] einzustufen ist.

1 Originalsprache: Französisch.

2 Richtlinie 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. 2003, L 275, S. 32) in der durch die Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 (ABl. 2009, L 140, S. 63) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2003/87).

3 Beschluss 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 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2011, L 130, S. 1).

4 Der Begriff „neuer Marktteilnehmer" ist in Art. 3 Buchst. h der Richtlinie 2003/87 so definiert, dass er auch eine „Anlage [umfasst], … der zum ersten Mal nach dem 30. Juni 2011 eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen erteilt wurde". Die Bestimmungen über „neue Marktteilnehmer" sind Gegenstand von Kapitel IV des Beschlusses 2011/278.

3. In diesem Zusammenhang fragt sich das vorlegende Gericht, ob bei der Bestimmung der vorläufigen jährlichen Anzahl kostenloser Zertifikate für einen der Anlagenteile dieser Anlage, für den eine Brennstoff-Benchmark gilt, der in Art. 18 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 verankerte maßgebliche Auslastungsfaktor auf einen Wert von unter 100 % begrenzt ist.

4. Die Prüfung dieser Frage fügt sich in eine lange Rechtsprechungslinie im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten und den Übergangsvorschriften für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten ein [5], gibt dem Gerichtshof gleichzeitig aber Gelegenheit, sich erstmals mit der Regelung für „neue Marktteilnehmer“ zu befassen.

5. Im Anschluss an meine Würdigung werde ich dem Gerichtshof vorschlagen, zu entscheiden, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor für einen Anlagenteil mit Brennstoff-Benchmark wie den unter den Umständen des Ausgangsverfahrens von Ingredion betriebenen im Rahmen dieser Regelung auf einen Wert von unter 100 % begrenzt sein muss.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2003/87

6. In Art. 3 („Begriffsbestimmungen“) der Richtlinie 2003/87 heißt es:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

…

h) ‚neuer Marktteilnehmer‘

– eine Anlage, die eine oder mehrere der in Anhang I aufgeführten Tätigkeiten durchführt und der zum ersten Mal nach dem 30. Juni 2011 eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen erteilt wurde,

– eine Anlage, die zum ersten Mal eine gemäß Artikel 24 Absätze 1 und 2 in d[a]s Gemeinschaftssystem einbezogene Tätigkeit durchführt, oder

– eine Anlage, die eine oder mehrere der in Anhang I genannten oder gemäß Artikel 24 Absatz 1 oder 2 in das Gemeinschaftssystem einbezogenen Tätigkeiten durchführt, an der nach dem 30. Juni 2011 wesentliche Erweiterungen vorgenommen wurden, jedoch nur hinsichtlich der Erweiterungen;

…“

7. In Art. 10a („Gemeinschaftsweite Übergangsvorschriften zur Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung“) dieser Richtlinie heißt es:

„(1) Die Kommission erlässt bis zum 31. Dezember 2010 gemeinschaftsweite und vollständig harmonisierte Durchführungsmaßnahmen …

5 Im Bereich der Treibhausgasemissionszertifikate habe ich u. a. bereits in den Rechtssachen INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896) und ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167) Schlussanträge vorgelegt.

Die Maßnahmen gemäß Unterabsatz 1 legen so weit wie möglich die gemeinschaftsweiten Ex-ante-Benchmarks fest, um sicherzustellen, dass durch die Art der Zuteilung Anreize für die Reduzierung von Treibhausgasemissionen und für energieeffiziente Techniken geschaffen werden, indem sie den effizientesten Techniken … Rechnung tragen, und sie keine Anreize für eine Erhöhung der Emissionen bieten. …

…

(7) 5 % der gemäß den Artikeln 9 und 9a gemeinschaftsweit für den Zeitraum von 2013 bis 2020 bestimmten Menge der Zertifikate werden für neue Marktteilnehmer bereitgehalten als die Höchstmenge, die neuen Marktteilnehmern nach den gemäß Absatz 1 dieses Artikels erlassenen Vorschriften zugeteilt werden kann. …

…

Bis 31. Dezember 2010 werden harmonisierte Bestimmungen über die Anwendung der Begriffsbestimmung ‚neuer Marktteilnehmer' angenommen, insbesondere in Bezug auf die Definition des Begriffs ‚wesentliche Erweiterungen'.

…"

2. Beschluss 2011/278

8. Art. 17 („Antrag auf kostenlose Zuteilung") des Beschlusses 2011/278 umfasst einen Abs. 4, der wie folgt lautet:

„Im Falle von Anlagen gemäß Artikel 3 Buchstabe h der Richtlinie 2003/87…, ausgenommen Anlagen, die nach dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert wurden, verpflichten die Mitgliedstaaten den Anlagenbetreiber, nach der Methode gemäß Artikel 7 Absatz 3 für jeden Anlagenteil die installierte Anfangskapazität zu bestimmen, wobei der durchgängige 90-Tage-Zeitraum, auf dessen Grundlage die Aufnahme des Normalbetriebs bestimmt wird, als Bezugsgröße heranzuziehen ist. Die Mitgliedstaaten genehmigen diese installierte Anfangskapazität jedes Anlagenteils, bevor die Zuteilung für die Anlage berechnet wird."

9. In Art. 18 („Aktivitätsraten") dieses Beschlusses heißt es:

„(1) Für Anlagen gemäß Artikel 3 Buchstabe h der Richtlinie 2003/87…, ausgenommen Anlagen, die nach dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert wurden, bestimmen die Mitgliedstaaten die Aktivitätsraten der einzelnen Anlagen wie folgt:

…

c) die brennstoffbezogene Aktivitätsrate entspricht der installierten Anfangskapazität für den Verbrauch von Brennstoffen zur Erzeugung nicht messbarer Wärme, die für die Herstellung von Produkten, die Erzeugung anderer als zur Stromerzeugung verwendeter mechanischer Energie, zur Heizung oder zur Kühlung der betreffenden Anlage, jedoch nicht zur Stromerzeugung, verbraucht wird, einschließlich der Erzeugung nicht messbarer Wärme durch Sicherheitsabfackelung, multipliziert mit dem maßgeblichen Auslastungsfaktor;

…

(2) …

Der maßgebliche Auslastungsfaktor gemäß Absatz 1 Buchstaben b bis d wird von den Mitgliedstaaten auf Basis fundierter und unabhängig geprüfter Informationen über den geplanten Normalbetrieb der Anlage, ihre Wartung, den üblichen Produktionszyklus, energieeffiziente Techniken und die typische Kapazitätsauslastung in dem betreffenden Sektor im Vergleich zu sektorspezifischen Informationen bestimmt.

…

(3) Für Anlagen, deren Kapazität nach dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert wurde, bestimmen die Mitgliedstaaten gemäß Absatz 1 die Aktivitätsraten nur für die zusätzliche Kapazität der Anlagenteile, auf die sich die wesentliche Kapazitätserweiterung bezieht.

Für Anlagen, deren Kapazität nach dem 30. Juni 2011 wesentlich verringert wurde, bestimmen die Mitgliedstaaten gemäß Absatz 1 die Aktivitätsraten nur für die stillgelegte Kapazität der Anlagenteile, auf die sich die wesentliche Kapazitätsverringerung bezieht."

10. Art. 19 („Zuteilung an neue Marktteilnehmer") dieses Beschlusses bestimmt:

„(1) Für die Zuteilung von Emissionszertifikaten an neue Marktteilnehmer, ausgenommen Zuteilungen an Anlagen gemäß Artikel 3 Buchstabe h dritter Gedankenstrich der Richtlinie 2003/87…, berechnen die Mitgliedstaaten die vorläufige jährliche Anzahl der bei Aufnahme des Normalbetriebs der Anlage kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate wie folgt und für jeden Anlagenteil separat:

…

c) für jeden Anlagenteil mit Brennstoff-Benchmark entspricht die vorläufige jährliche Anzahl der für ein gegebenes Jahr kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate dem Wert der Brennstoff-Benchmark gemäß Anhang I, multipliziert mit der brennstoffbezogenen Aktivitätsrate;

…

(4) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission die vorläufige Jahresgesamtmenge der kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate unverzüglich mit. Emissionszertifikate aus der gemäß Artikel 10a Absatz 7 der Richtlinie 2003/87… angelegten Reserve für neue Marktteilnehmer werden nach dem Windhundverfahren und unter Berücksichtigung des Datums des Eingangs dieser Mitteilung zugeteilt.

Die Kommission kann die vorläufige Jahresgesamtmenge der der betreffenden Anlage kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate ablehnen. Lehnt die Kommission diese vorläufige Jahresgesamtmenge kostenlos zuzuteilender Emissionszertifikate nicht ab, so bestimmt der betreffende Mitgliedstaat die endgültige Jahresmenge der kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate."

B. Deutsches Recht

11. § 9 Abs. 1 des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes vom 21. Juli 2011 (BGBl. 2011 I S. 1475) lautet wie folgt:

„(1) Anlagenbetreiber erhalten eine Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen nach Maßgabe der Grundsätze des Artikels 10a … der Richtlinie 2003/87 … und des Beschlusses 2011/278 …"

12. § 2 („Begriffsbestimmungen“) der Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 vom 26. September 2011 (BGBl. 2011 I S. 1921, im Folgenden: ZuV 2020) bestimmt:

„…

10. Neuanlagen

alle neuen Marktteilnehmer gemäß Artikel 3 Buchstabe h erster Gedankenstrich der Richtlinie 2003/87…;

…“

13. In § 16 („Antrag auf kostenlose Zuteilung von Berechtigungen“) der ZuV 2020 heißt es:

„(1) Anträge auf kostenlose Zuteilung für neue Marktteilnehmer sind innerhalb eines Jahres nach Aufnahme des Regelbetriebs der Anlage zu stellen, bei wesentlichen Kapazitätserweiterungen innerhalb eines Jahres nach Aufnahme des geänderten Betriebs.

…

(4) Die installierte Anfangskapazität für Neuanlagen entspricht für jedes Zuteilungselement abweichend von § 4 dem Durchschnitt der zwei höchsten Monatsproduktionsmengen innerhalb des durchgängigen 90-Tage-Zeitraums, auf dessen Grundlage die Aufnahme des Regelbetriebs bestimmt wird, hochgerechnet auf ein Kalenderjahr.

…“

14. § 17 („Aktivitätsraten neuer Marktteilnehmer“) der ZuV 2020 sieht vor:

„(1) Für die nach § 3 zu bestimmenden Zuteilungselemente von Neuanlagen bestimmen sich die für die Zuteilung von Berechtigungen maßgeblichen Aktivitätsraten wie folgt:

…

3. die brennstoffbezogene Aktivitätsrate für ein Zuteilungselement mit Brennstoff-Emissionswert entspricht der installierten Anfangskapazität des betreffenden Zuteilungselements multipliziert mit dem maßgeblichen Auslastungsfaktor;

…

(2) Der maßgebliche Auslastungsfaktor gemäß Absatz 1 Nummer 2 bis 4 wird bestimmt auf der Grundlage der Angaben des Antragstellers über

1. den tatsächlichen Betrieb des Zuteilungselements bis zur Antragstellung und den geplanten Betrieb der Anlage oder des Zuteilungselements, ihre… geplanten Wartungszeiträume und Produktionszyklen,

2. den Einsatz energie- und treibhausgaseffizienter Techniken, die den maßgeblichen Auslastungsfaktor der Anlage beeinflussen können,

3. die typische Auslastung innerhalb der betreffenden Sektoren.

…“ [6]

15. In § 18 („Zuteilung für neue Marktteilnehmer“) der ZuV 2020 heißt es:

„(1) Für die Zuteilung von Berechtigungen für Neuanlagen berechnet die zuständige Behörde die vorläufige jährliche Anzahl der bei Aufnahme des Regelbetriebs der Anlage für die verbleibenden Jahre der Handelsperiode 2013 bis 2020 kostenlos zuzuteilenden Berechtigungen wie folgt und für jedes Zuteilungselement separat:

…

3. für jedes Zuteilungselement mit Brennstoff-Emissionswert entspricht die vorläufige jährliche Anzahl der kostenlos zuzuteilenden Berechtigungen dem Produkt aus dem Brennstoff-Emissionswert und der brennstoffbezogenen Aktivitätsrate;

…“

III. Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefrage und Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Ingredion, betreibt in Hamburg (Deutschland) eine Anlage zur Herstellung von Stärkeprodukten [7]. Diese Anlage umfasst die Anlagenteile Lufterwärmungsanlage und Dampferzeuger, in denen Dampf und Erdgas zur Wärmeerzeugung für die Stärkeproduktion eingesetzt werden.

17. Am 8. August 2014 beantragte Ingredion bei der Deutschen Emissionshandelsstelle (im Folgenden: DEHSt) die Zuteilung kostenloser Emissionsberechtigungen für diese beiden Anlagenteile. Sie stützte ihren Antrag für einen der genannten Anlagenteile auf eine Wärme-Benchmark und für den anderen auf eine Brennstoff-Benchmark [8].

18. Bei der Bestimmung der vorläufigen Anzahl von Emissionsberechtigungen, die der Anlagenteil mit Brennstoff-Benchmark kostenlos erhalten konnte, berücksichtigte die DEHSt zunächst einen maßgeblichen Auslastungsfaktor von 109 %. Entsprechend den Angaben von Ingredion lag die tatsächliche Auslastung dieses Anlagenteils in der Zeit zwischen dem Beginn des Regelbetriebs der Anlage am 15. August 2013 und dem Tag der Einreichung des Zuteilungsantrags am 20. Juni 2014 nämlich bei über 100 % seiner installierten Anfangskapazität [9].

6 Im Beschluss 2011/278 wird der Begriff „Anlagenteil“ und nicht „Zuteilungselement“ verwendet. Ebenso wird in diesem Beschluss der Begriff „Brennstoff-Benchmark“ und nicht „Brennstoffemissionswert“ verwendet. Im weiteren Verlauf der vorliegenden Schlussanträge werde ich ausschließlich auf die Begriffe des erwähnten Beschlusses Bezug nehmen, da ihre Auslegung auch für die in der ZuV 2020 verwendeten Begriffe gilt.

7 Zu den Stärkeprodukten gehören sämtliche Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, die Stärke enthalten.

8 Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896, Nr. 58 und Fn. 35) im Wesentlichen festgestellt habe, handelt es sich bei den Benchmarks „um eine bestimmte Menge [von] Emissionen, die die Kommission als für die Herstellung einer bestimmten Menge des jeweiligen Produkts für notwendig anerkennt“ (vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in den Rechtssachen Borealis Polyolefine u. a., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 und C-391/14 bis C-393/14, EU:C:2015:754, Nr. 40). Zwecks Berechnung der vorläufigen jährlichen Anzahl der kostenlos zuzuteilenden Zertifikate müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 des Beschlusses 2011/278 zwischen den Anlagenteilen nach deren Tätigkeit unterscheiden, um bestimmen zu können, ob eine „Produkt-Benchmark“, eine „Wärme-Benchmark“, eine „Brennstoff-Benchmark“ oder ein besonderer Faktor für „Anlagenteile mit Prozessemissionen“ anzuwenden ist (vgl. Urteile vom 8. September 2016, Borealis u. a., C-180/15, EU:C:2016:647, Rn. 61, sowie vom 18. Januar 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, Rn. 28). In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof bereits darauf hingewiesen, dass sich die in Art. 3 des Beschlusses 2011/278 enthaltenen Definitionen der Anlagenteile mit Produkt-, Wärme- und Brennstoff-Benchmark sowie mit Prozessemissionen gegenseitig ausschließen (vgl. Urteil vom 8. September 2016, Borealis u. a., C-180/15, EU:C:2016:647, Rn. 62).

9 Wie Art. 17 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 im Wesentlichen vorsieht, wird die installierte Anfangskapazität im Falle von Anlagen gemäß Art. 3 Buchst. h der Richtlinie 2003/87, d. h. neuen Marktteilnehmern, ausgenommen Anlagen, die nach dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert wurden, für jeden Anlagenteil bestimmt, wobei „der durchgängige 90-Tage-Zeitraum, auf dessen Grundlage die Aufnahme des Normalbetriebs bestimmt wird“, als Bezugsgröße heranzuziehen ist (vgl. auch Nr. 8 der vorliegenden Schlussanträge).

19. Zu einem späteren Zeitpunkt vertrat die DEHSt die Ansicht, dass, da die Kommission in ihrem Beschluss vom 24. März 2015[10] für drei andere deutsche Anlagen einen maßgeblichen Auslastungsfaktor von 100 % oder mehr abgelehnt habe, nunmehr von einem maßgeblichen Auslastungsfaktor von 99,9 % und nicht von 109 % auszugehen sei. Auf dieser Grundlage legte sie mit Bescheid vom 1. September 2015 die Anzahl Ingredion für die Zuteilungsperiode 2013 bis 2020 kostenlos zuzuteilender Emissionsberechtigungen fest.

20. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin des Ausgangsverfahrens Widerspruch ein. Ihr Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 7. Juli 2017, zugestellt am 10. Juli 2017, zurückgewiesen. Zur Begründung berief sich die DEHSt neben dem Beschluss der Kommission vom 24. März 2015 auf von dieser veröffentlichte Orientierungsdokumente[11].

21. Mit am 9. August 2017 vor dem Verwaltungsgericht Berlin erhobener Klage verfolgte die Klägerin des Ausgangsverfahrens ihr Anliegen weiter.

22. Mit Rücknahmebescheid vom 28. Januar 2019 nahm die DEHSt ihren Bescheid vom 1. September 2015 zurück, da der Zuteilungsantrag hinsichtlich des Anlagenteils mit Brennstoff-Benchmark einen Berechnungsfehler enthielt. Am 20. Januar 2019 hatte Ingredion ihren Klageantrag dementsprechend angepasst.

23. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von der Frage abhänge, ob der maßgebliche Auslastungsfaktor für Anlagenteile mit Brennstoff-Benchmark, die wie der von Ingredion unter die Regelung für „neue Marktteilnehmer“ fielen, gemäß Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 einen Wert von über oder gleich 100 % erreichen könne.

24. Insbesondere sei im Wortlaut dieser Vorschrift nicht von einer etwaigen Begrenzung des maßgeblichen Auslastungsfaktors auf einen Wert von unter 100 % die Rede. Unter den Umständen der bei ihm anhängigen Rechtssache ergebe sich die Anwendung eines höheren Faktors aus fundierten und unabhängig geprüften Informationen nicht nur über den geplanten Normalbetrieb des Anlagenteils von Ingredion, sondern auch über seinen tatsächlichen Betrieb bis zur Antragstellung. Zudem entspreche der Bezugszeitraum für neue Marktteilnehmer anders als bei Bestandsanlagen[12] gemäß Art. 17 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 dem 90-Tage-Zeitraum nach Aufnahme des Normalbetriebs und nicht einem Zeitraum von vier Jahren[13].

10 Beschluss C(2015) 1733 final vom 24. März 2015 über die vorläufige Gesamtmenge der den deutschen Anlagen mit den Kennnummern DE000000000001744, DE000000000201341 und DE000000000203762 aus der Reserve für neue Marktteilnehmer kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate.

11 Diese mit „Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)“ (Orientierungsdokument Nr. 2 über die harmonisierte Methode für die kostenlose Zuteilung in der Europäischen Union nach 2012 [Leitfaden für Zuteilungsmethoden]) und „Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications“ (Häufig gestellte Fragen über Anträge im Zusammenhang mit neuen Marktteilnehmern und Betriebseinstellungen) überschriebenen Dokumente sind auf der Internetseite der Kommission unter folgender Adresse zugänglich: https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1.

12 Gemäß Art. 3 Buchst. a des Beschlusses 2011/278 ist eine „Bestandsanlage“ definiert als „eine Anlage, … i) der vor dem 30. Juni 2011 eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen erteilt wurde oder ii) die bereits in Betrieb und am 30. Juni 2011 im Besitz aller maßgeblichen Umweltgenehmigungen … ist und [zu diesem Zeitpunkt] alle anderen Kriterien erfüllte, die der betreffende Mitgliedstaat in seinen diesbezüglichen Rechtsvorschriften festgelegt hat …“.

13 Gemäß Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278 bestimmen die Mitgliedstaaten „[f]ür Bestandsanlagen … die historischen Aktivitätsraten der einzelnen Anlagen … für den Bezugszeitraum 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 oder, soweit sie höher sind, für den Bezugszeitraum 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010“.

25. Allerdings zeige ein Vergleich mit neuen Marktteilnehmern, die über Anlagenteile mit Produkt-Benchmark verfügten, auch, dass der für diese Anlagenteile geltende Standardauslastungsfaktor gemäß Art. 18 Abs. 1 Buchst. a des Beschlusses 2011/278 in keinem Fall einen Wert von 100 % erreiche [14]. Im Übrigen werde mit der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten gemäß Art. 10a der Richtlinie 2003/87 vorübergehend von dem in dieser Richtlinie verankerten Grundsatz der Versteigerung von Zertifikaten [15] abgewichen, was für eine restriktive Auslegung der entsprechenden Bestimmungen spreche.

26. Unter diesen Umständen hat das Verwaltungsgericht Berlin beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Art. 18 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 in Verbindung mit Art. 3 Buchst. h und Art. 10a der Richtlinie 2003/87 so auszulegen, dass für neue Marktteilnehmer der für die brennstoffbezogene Aktivitätsrate maßgebliche Auslastungsfaktor auf einen Wert von weniger als 100 % begrenzt ist?

27. Ingredion, die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht.

28. Ingredion, die Bundesrepublik Deutschland, die deutsche Regierung und die Kommission waren in der mündlichen Verhandlung vom 12. März 2020 vertreten.

IV. Würdigung

A. Einleitende Erwägungen

29. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wird der Gerichtshof im Wesentlichen aufgefordert, festzustellen, ob der maßgebliche Auslastungsfaktor bei einem Anlagenteil mit Brennstoff-Benchmark im Rahmen der Regelung für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten an „neue Marktteilnehmer“ über oder gleich einem Wert von 100 % liegen darf. Gegebenenfalls würde es dieser Faktor, wenn die tatsächliche Auslastung des Anlagenteils seine installierte Anfangskapazität übersteigt, ermöglichen, mehr kostenlose Zertifikate zu erhalten.

30. Es sei darauf hingewiesen, dass sich mit diesem Faktor, wenn er mit der installierten Anfangskapazität eines Anlagenteils mit Brennstoff-Benchmark multipliziert wird, die brennstoffbezogene Aktivitätsrate berechnen lässt. Gemäß Art. 19 Abs. 1 Buchst. c des Beschlusses 2011/278 wird die vorläufige jährliche Anzahl der kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate anschließend durch Multiplikation dieser Aktivitätsrate mit dem Wert der entsprechenden Benchmark bestimmt.

31. Der maßgebliche Auslastungsfaktor gemäß Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 wird insoweit zwar „von den Mitgliedstaaten auf Basis fundierter und unabhängig geprüfter Informationen … im Vergleich zu sektorspezifischen Informationen bestimmt“, doch sieht diese Vorschrift keine ausdrückliche Begrenzung des Wertes dieses Faktors vor.

14 Die Werte des Standardauslastungsfaktors werden nach dem Anhang des Beschlusses 2013/447/EU der Kommission vom 5. September 2013 über den Standardauslastungsfaktor gemäß Artikel 18 Absatz 2 des Beschlusses 2011/278/EU (ABl. 2013, L 240, S. 23) festgesetzt.

15 Gemäß Art. 10 („Versteigerung von Zertifikaten“) Abs. 1 der Richtlinie 2003/87 ist u. a. vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten für die in Anhang I dieser Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten, die keine Luftverkehrstätigkeiten sind, ab dem Jahr 2013 „sämtliche Zertifikate, die nicht gemäß Art. 10a und 10c kostenlos zugeteilt werden“, versteigern.

32. In ihren schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof sind die Parteien ebenfalls zu dieser Feststellung gelangt. Sie haben im Wesentlichen drei verschiedene Auffassungen vertreten, die sich wie folgt zusammenfassen lassen.

33. Erstens ist Ingredion davon ausgegangen, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor auf einen Wert von über 100 % eingestellt werden könne, wenn die tatsächliche Auslastung ihres Anlagenteils mit Brennstoff-Benchmark in einem Zeitraum, der über den 90-Tage-Zeitraum ab Aufnahme des Normalbetriebs der Anlage hinausgehe, die installierte Anfangskapazität dieses Anlagenteils überschreite [16].

34. Zweitens haben die Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Regierung im Wesentlichen die Ansicht vertreten, dass die Frage, ob dieser Faktor (nicht) auf einen Wert von weniger als 100 % begrenzt ist, wesentlich von dem Ermessensspielraum abhänge, über den die Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 bei der Bestimmung dieses Faktors verfügten [17].

35. Drittens hat die Kommission geltend gemacht, gemäß Art. 3 Buchst. i und Art. 20 dieses Beschlusses könnten nur wesentliche Kapazitätserweiterungen, d. h. Erweiterungen um mindestens 10 % im Vergleich zur installierten Anfangskapazität, zu einer Änderung der Anzahl kostenloser Zertifikate führen, die einem neuen Marktteilnehmer vorläufig zuzuteilen seien. Der Umstand, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor herangezogen werden könne, um Erweiterungen zu berücksichtigen, die – wie im Fall von Ingredion – diese Schwelle von 10 % nicht überschritten und somit nicht von dem in den genannten Vorschriften vorgesehenen Mechanismus erfasst würden, widerspreche der Systematik und den Zielen dieses Beschlusses. Bei Anlagenteilen mit Produkt-Benchmark, die unter die Regelung für „neue Marktteilnehmer“ fielen, liege der Wert des Standardauslastungsfaktors außerdem immer unter 100 %. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen „neuen Marktteilnehmern“ müsse für den maßgeblichen Auslastungsfaktor bei Anlagenteilen mit Brennstoff-Benchmark das Gleiche gelten.

36. Vorab sei darauf hingewiesen, dass mir die von Ingredion geäußerten Bedenken hauptsächlich aus der – ihrer Auffassung nach zu kurzen – Dauer des für die Berechnung der installierten Anfangskapazität herangezogenen Bezugszeitraums hergeleitet zu werden scheinen. Ich erinnere daran, dass dieser Zeitraum gemäß Art. 17 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 einem 90-Tage-Zeitraum nach Aufnahme des Normalbetriebs der Anlage entspricht [18].

16 In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat Ingredion ausgeführt, ihr Standpunkt sei nicht, dass die maximale Kapazität eines Anlagenteils als Bezugsgröße heranzuziehen sei, sondern dass der maßgebliche Auslastungsfaktor die tatsächliche Auslastung dieses Anlagenteils widerspiegeln müsse.

17 Der Vollständigkeit halber füge ich hinzu, dass die Bundesrepublik Deutschland in ihren schriftlichen Erklärungen geltend gemacht hat, sowohl die Auffassung von Ingredion als auch die Auffassung der Kommission seien mit der Richtlinie 2003/87 und dem Beschluss 2011/278 vereinbar. Sie hat jedoch hervorgehoben, dass sich die Mitgliedstaaten auf endgültige Entscheidungen der Kommission über die vorläufige Zuteilung kostenloser Zertifikate an andere Anlagen in ihrem Hoheitsgebiet stützen dürften und die DEHSt es in Anbetracht des Beschlusses C(2015) 1733 final der Kommission vom 24. März 2015 habe ablehnen dürfen, einen maßgeblichen Auslastungsfaktor mit einem Wert von über oder gleich 100 % anzuwenden.

18 Wie die Bundesrepublik Deutschland in ihren schriftlichen Erklärungen darüber hinaus hervorgehoben hat, spricht gegen eine Begrenzung des maßgeblichen Auslastungsfaktors vor allem, dass „die nach Art. 17 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 ermittelte installierte Anfangskapazität auf Grund des kurzen 90-Tage-Zeitraums nicht immer repräsentativ für die Anlagenkapazität ist“.

37. Was die Bestimmung des maßgeblichen Auslastungsfaktors angeht, so gestattet das deutsche Recht die Berücksichtigung des tatsächlichen Betriebs der Anlage bis zur Antragstellung [19]. Ingredion vertritt im Wesentlichen die Ansicht, der Wert dieses Faktors müsse daher die tatsächliche Auslastung des Anlagenteils am Ende des besagten Zeitraums (im Fall von Ingredion zwischen dem 15. August 2013 und dem 20. Juni 2014) widerspiegeln, gegebenenfalls mittels eines Wertes von über 100 %, wenn die Auslastung die installierte Anfangskapazität überschreite.

38. In den folgenden Abschnitten werde ich darlegen, weshalb ich im Gegensatz zu Ingredion der Ansicht bin, dass eine Begrenzung des maßgeblichen Auslastungsfaktors auf einen Wert von unter 100 % im Hinblick auf erstens den Wortlaut und den Kontext von Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 des Beschlusses 2011/278, der den Standardauslastungsfaktor für Anlagenteile mit Produkt-Benchmark betrifft (Abschnitt B), zweitens die allgemeine Systematik dieses Beschlusses (Abschnitt C) und drittens den Gesamtzweck und die Ziele der Regelung für die vorläufige Zuteilung kostenloser Zertifikate (Abschnitt D) notwendig ist.

39. Hilfsweise werde ich einige Bemerkungen zu dem Ermessensspielraum machen, über den die Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 verfügen, um auf das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Regierung zu antworten (Abschnitt E).

B. Auslegung anhand des Wortlauts und des Kontexts von Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 des Beschlusses 2011/278

40. Gemäß Art. 18 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 Unterabs. 1 des Beschlusses 2011/278 weicht die Berechnungsformel zur Bestimmung der Aktivitätsrate von Anlagenteilen mit Produkt-Benchmark von der Berechnungsformel für Anlagenteile mit Wärme- bzw. Brennstoff-Benchmark oder Prozessemissionen ab [20]. Im Fall von Anlagenteilen mit Produkt-Benchmark ist der maßgebliche Auslastungsfaktor nämlich nicht relevant, so dass der Standardauslastungsfaktor heranzuziehen ist, dessen Wert von der Kommission konkret und präzise bestimmt wird [21].

41. Insoweit stelle ich, wie das vorlegende Gericht im Übrigen bemerkt hat, fest, dass die Werte gemäß dem Beschluss 2013/447, in dem dieser Faktor für die Jahre 2013 bis 2020 festgesetzt worden ist, für die einzelnen betrachteten Fälle unter 1 (und damit unter 100 %) liegen [22].

42. Mir leuchtet nur schwer ein, dass der Faktor, der herangezogen worden ist, um die Aktivitätsrate für neue Marktteilnehmer und damit letztlich die Anzahl vorläufiger Zertifikate, die diesen zuzuteilen sind, zu bestimmen, im Fall von Anlagenteilen mit Brennstoff-Benchmark über einem Wert von 100 % liegen kann, während eine solche Möglichkeit für Anlagenteile mit Produkt-Benchmark ausgeschlossen ist.

19 § 17 Abs. 2 Nr. 1 der ZuV 2020 sieht vor, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor für Zuteilungselemente auf deutschem Hoheitsgebiet auf der Grundlage von Angaben u. a. über den tatsächlichen Betrieb des Zuteilungselements *bis zur Antragstellung* sowie den geplanten Betrieb der Anlage oder des Zuteilungselements, ihre geplanten Wartungszeiträume und Produktionszyklen bestimmt wird. In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat die Bundesrepublik Deutschland hervorgehoben, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor, da Anträge auf Zuteilung kostenloser Zertifikate von neuen Marktteilnehmern oftmals erst nach einjähriger Nutzung des Anlagenteils gestellt würden, gemäß der ZuV 2020 zur Berichtigung etwaiger Ungenauigkeiten in den während des Bezugszeitraums erhobenen Daten herangezogen werden könne, indem auf andere bis zur Antragstellung auflaufende Daten abgestellt werde. Die Kommission hat jedoch darauf hingewiesen, dass diese ergänzenden Daten für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an neue Marktteilnehmer nicht unerlässlich seien, so dass die nationalen Behörden aller Mitgliedstaaten sie nicht zu berücksichtigen brauchten.

20 Bezüglich der Relevanz dieser verschiedenen Benchmarks und des Verhältnisses zwischen ihnen verweise ich auf Fn. 8 der vorliegenden Schlussanträge.

21 Ich weise ferner darauf hin, dass der Standardauslastungsfaktor für Anlagenteile mit Produkt-Benchmark nach Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 des Beschlusses 2011/278 „dem 80-Perzentilwert der Faktoren der durchschnittlichen jährlichen Kapazitätsauslastung aller das betreffende Produkt herstellenden Anlagen“ entspricht.

22 Genauer gesagt liegen diese Werte zwischen 0,731 und 0,964.

43. Zum einen vertrete ich nämlich die Auffassung, dass die für den Wert des zur Bestimmung der Aktivitätsrate herangezogenen Faktors geltenden Grenzen, wie die Bundesrepublik Deutschland vorträgt, nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen neuen Marktteilnehmern, der im Wesentlichen im 36. Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 verankert ist[23], für alle „neuen Marktteilnehmer" die gleichen sein müssen.

44. Zum anderen geht aus einer Gesamtauslegung der Begriffsbestimmungen in Art. 3 Buchst. b bis d und h des Beschlusses 2011/278 hervor, dass die in dessen Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 festgelegte Berechnungsmethode für Anlagen mit Produkt-Benchmark als die genaueste anzusehen ist. Wie die Kommission erläutert hat, wird der maßgebliche Auslastungsfaktor nur herangezogen, wenn die Berechnung einer Produkt-Benchmark nicht möglich gewesen ist[24].

45. Diese Auslegung wird gestützt durch die im zwölften Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 ausdrücklich vorgesehene Hierarchie zwischen den verschiedenen Benchmarks, die für einen bestimmten Anlagenteil gelten könnten. Nach diesem Erwägungsgrund stellen die auf Anlagenteile mit Wärme- bzw. Brennstoff-Benchmark oder Verfahrensemissionen anwendbaren Methoden für die Zuteilung kostenloser Zertifikate „drei Fall-Back-Methoden" für Fälle dar, in denen die Berechnung einer Produkt-Benchmark nicht möglich war.

46. Liegt der Standardauslastungsfaktor gemäß dem Beschluss 2013/447 unter 1 (oder 100 %), hat das beim maßgeblichen Auslastungsfaktor für Anlagenteile mit Brennstoff-Benchmark meines Erachtens daher auch der Fall zu sein. Diese Begrenzung halte ich für notwendig, um die Gleichbehandlung sämtlicher neuer Marktteilnehmer zu gewährleisten und die Hierarchie zwischen diesen Benchmarks zu wahren[25].

C. Auslegung im Licht der allgemeinen Systematik des Beschlusses 2011/278

47. Die Begrenzung des maßgeblichen Auslastungsfaktors auf einen Wert von unter 100 % scheint mir darüber hinaus im Hinblick auf die allgemeine Systematik des Beschlusses 2011/278 und die verschiedenen darin vorgesehenen Berechnungsmethoden auf dem Gebiet der vorläufigen Zuteilung kostenloser Zertifikate für „Bestandsanlagen"[26] und „Anlagen, deren Kapazität wesentlich erweitert wurde"[27], notwendig zu sein.

1. Regelung für „Bestandsanlagen"

48. „Bestandsanlagen" sind Gegenstand einer von der Regelung für „neue Marktteilnehmer" gesonderten Regelung. In den Fällen, in denen für sie eine Brennstoff-Benchmark gilt, muss die vorläufige jährliche Anzahl kostenloser Zertifikate, wie aus Art. 10 Abs. 2 Buchst. b Ziff. ii des Beschlusses 2011/278 hervorgeht, dem Wert der Brennstoff-Benchmark, multipliziert mit der

23 Im 36. Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 heißt es: „Angesichts der begrenzten Anzahl Zertifikate in der Reserve für neue Marktteilnehmer sollte, wenn eine größere Menge dieser Zertifikate an neue Marktteilnehmer vergeben wird, geprüft werden, ob *fairer und gleichberechtigter Zugang* zu den restlichen Zertifikaten in dieser Reserve gewährleistet ist" (Hervorhebung nur hier).

24 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. April 2016, Borealis Polyolefine u. a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 und C-391/14 bis C-393/14, EU:C:2016:311, Rn. 68). Die von der Kommission gewählte Auslegung wird meines Erachtens auch durch den vierten Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 bestätigt, aus dem hervorgeht, dass „[d]ie Kommission … für Produkte … *so weit wie möglich* Benchmarks entwickelt [hat]" (Hervorhebung nur hier).

25 Da der Standardauslastungsfaktor nach dem Beschluss 2013/447 in keinem Fall einen Wert von 1 erreicht, muss nach meinem Dafürhalten insbesondere auch der maßgebliche Auslastungsfaktor unbedingt unter einem Wert von 100 % bleiben.

26 Zur Definition des Begriffs „Bestandsanlagen" vgl. Fn. 12 der vorliegenden Schlussanträge.

27 Anlagen, deren Kapazität wesentlich erweitert wurde, fallen unter die Definition eines „neuen Marktteilnehmers" in Art. 3 Buchst. h der Richtlinie 2003/87. Als „neuer Marktteilnehmer" ist nämlich nicht nur „eine Anlage [definiert], … der zum ersten Mal nach dem 30. Juni 2011 eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen erteilt wurde" (wie im Übrigen der Fall bei dem Anlagenteil von Ingredion, der Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist), sondern auch „eine Anlage, … an der nach dem 30. Juni 2011 wesentliche Erweiterungen vorgenommen wurden, jedoch nur hinsichtlich der Erweiterungen".

brennstoffbezogenen historischen Aktivitätsrate für den verbrauchten Brennstoff, entsprechen. Diese Aktivitätsrate entspricht im Wesentlichen dem Medianwert des historischen jährlichen Verbrauchs an Brennstoffen, die für eine Reihe von Produktionen [28] in einem Bezugszeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2008 oder vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2010 verwendet werden [29].

49. Dieser Bezugszeitraum (von zwei bis vier Jahren) ist deutlich länger als der in besagtem Beschluss zur Bestimmung der installierten Anfangskapazität neuer Marktteilnehmer festgesetzte 90-Tage-Bezugszeitraum. Außerdem wird die Aktivitätsrate von Bestandsanlagen, wie die Kommission zu Recht bemerkt, berechnet, ohne dass ein Faktor herangezogen wird, der mit den auf neue Marktteilnehmer angewandten Faktoren vergleichbar ist.

50. In diesem Zusammenhang kann man sich die Frage stellen, welche Rolle der maßgebliche Auslastungsfaktor bei Anlagenteilen mit Brennstoff-Benchmark spielt, die unter die Regelung für „neue Marktteilnehmer“ fallen. Soll mit ihm, wie Ingredion vorträgt, die relativ kurze Dauer des für die Berechnung der installierten Anfangskapazität dieser Anlagenteile herangezogenen Bezugszeitraums ausgeglichen werden? [30]

51. Meiner Meinung nach ist diese Frage zu verneinen.

52. Zwar führt die unterschiedliche Dauer der bei Bestandsanlagen und neuen Marktteilnehmern berücksichtigten Bezugszeiträume dazu, dass die installierte Anfangskapazität der Anlagenteile neuer Marktteilnehmer mit einer höheren Wahrscheinlichkeit als bei Bestandsanlagen nicht repräsentativ für die tatsächliche Auslastung dieser Anlagenteile ist. Nach dem von Ingredion befürworteten Ansatz ließe sich dieses Risiko teilweise dadurch kompensieren, dass im Stadium der Bestimmung des maßgeblichen Auslastungsfaktors Daten eines längeren – bis zum Tag der Stellung des Zuteilungsantrags laufenden – Zeitraums berücksichtigt werden, die es gegebenenfalls ermöglichen würden, die Aktivitätsrate der Anlagenteile und damit die Anzahl kostenlos zuzuteilender Zertifikate zu erhöhen.

53. Meines Erachtens könnten sich die in Bezug auf neue Marktteilnehmer erhobenen Daten jedoch selbst dann nicht auf einen Zeitraum erstrecken, der dem Zeitraum für historische Daten [31] von Bestandsanlagen entspricht, wenn die tatsächliche Auslastung der einzelnen Anlagenteile zwischen dem Ende des 90-Tage-Bezugszeitraums und der Stellung des Antrags auf Zuteilung von Zertifikaten im Wert des maßgeblichen Auslastungsfaktors widergespiegelt würde. Da Art. 3 Buchst. h der Richtlinie 2003/87 vorsieht, dass der Begriff „neuer Marktteilnehmer“ u. a. alle Anlagen umfasst, denen zum ersten Mal *nach dem 30. Juni 2011* eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen erteilt wurde, ist es zum Zeitpunkt der Stellung des Zuteilungsantrags nämlich schlicht unmöglich, auf sie einen Bezugszeitraum anzuwenden, der genauso lang ist wie der für Bestandsanlagen.

28 Die verschiedenen einschlägigen Produktionen sind in Art. 9 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 aufgeführt.

29 Wie ich bereits in Fn. 9 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, ist dieser Zeitraum (von zwei bis vier Jahren) in Art. 9 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278 definiert.

30 Ich weise insoweit darauf hin, dass die Zuteilung kostenloser Zertifikate an „neue Marktteilnehmer“ für den Zeitraum zwischen 2021 und 2030 (d. h. für den vierten Handelszeitraum) nach Art. 17 der Delegierten Verordnung (EU) 2019/331 der Kommission vom 19. Dezember 2018 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. 2019, L 59, S. 8) auf der Grundlage der im ersten Kalenderjahr nach Aufnahme des Normalbetriebs geprüften historischen Aktivitätsrate vorgenommen wird. Für Zuteilungen ab 2021 sind der maßgebliche Auslastungsfaktor und der 90-Tage-Bezugszeitraum daher nicht mehr relevant.

31 Ich weise darauf hin, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 1 des Beschlusses 2011/278 für jede Bestandsanlage „für jedes Jahr des am 1. Januar 2005 beginnenden und am 31. Dezember 2008 endenden oder gegebenenfalls am 1. Januar 2009 beginnenden und am 31. Dezember 2010 endenden Zeitraums, während dem die Anlage in Betrieb war, beim Anlagenbetreiber alle maßgeblichen Informationen und Daten [erheben]“.

54. Darüber hinaus und vor allem lässt Art. 17 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278, der den kurzen 90-Tage-Bezugszeitraum vorsieht, keinen Raum für Zweideutigkeiten. Die Kommission hat klargestellt, dass sie sich bei der Annahme dieses Beschlusses durchaus des Umstands bewusst gewesen sei, dass der geplante Normalbetrieb bei neu in Betrieb genommenen Anlagen oder Anlagenteilen zu Beginn dieses Zeitraums noch nicht erreicht sein werde. Sie hat dem zu Recht hinzugefügt, dass die Möglichkeit, dass die tatsächliche Auslastung der Anlage oder des Anlagenteils die zur Bestimmung der vorläufigen Anzahl „neuen Marktteilnehmern" zuzuteilender kostenloser Zertifikate herangezogene installierte Anfangskapazität übersteige, bei der Annahme des Beschlusses 2011/278 „bewusst in Kauf genommen" [32] worden sei, da dieser in seinem Art. 3 Buchst. n vorsehe, dass der Bezugszeitraum zu laufen beginne, sobald die Anlage 40 % der Kapazität erreiche, die für sie installiert worden sei.

55. Vor diesem Hintergrund bin ich wie die Bundesrepublik Deutschland der Ansicht, dass eine Erhöhung des maßgeblichen Auslastungsfaktors auf einen Wert von über oder gleich 100 % in den Fällen, in denen die tatsächliche Auslastung eines Anlagenteils wie des von Ingredion betriebenen dessen installierte Anfangskapazität erreicht oder überschreitet, der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderliefe, den Bezugszeitraum, der zur Bestimmung dieser installierten Anfangskapazität herangezogen wird, auf den 90-Tage-Zeitraum nach Aufnahme des Normalbetriebs der Anlage zu begrenzen. Eine solche Erhöhung widerspräche letztlich dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 3 Buchst. n dieses Beschlusses, da sie zum gleichen Ergebnis führen würde wie eine Erhöhung der genannten Kapazität.

56. Zudem scheint mir, wie die Bundesrepublik Deutschland und die Kommission geltend gemacht haben, eine Ungleichbehandlung von Bestandsanlagen und neuen Marktteilnehmern jedenfalls sachlich gerechtfertigt zu sein [33], da sich die vorläufige jährliche Anzahl kostenlos zuzuteilender Emissionszertifikate nicht nach den *tatsächlichen Emissionen* des Empfängers bemisst, sondern nach den *theoretischen „Benchmarks"*, die von der Kommission gemäß Art. 10a Abs. 2 der Richtlinie 2003/87 auf Basis der Emissionen der effizientesten 10 % der Anlagen berechnet werden.

57. Unabhängig davon, unter welche Regelung ein Anlagenteil fällt (die Regelung für Bestandsanlagen oder die Regelung für neue Marktteilnehmer), hängt die vorläufige Anzahl kostenloser Zertifikate daher von diesen theoretischen Benchmarks ab, die für Bestandsanlagen und neue Marktteilnehmer die gleichen sind. Die Unterschiede im Zusammenhang mit den anderen in die Berechnung einfließenden Elementen sind auf das Fehlen zuverlässiger und mehrjähriger historischer Daten für neu in Betrieb genommene Anlagen und auf die sich daraus ergebende Notwendigkeit zurückzuführen, bei der Bestimmung der vorläufigen Anzahl Zertifikate, die diese Anlagen kostenlos erhalten können, von einer Schätzung ihrer Aktivitätsrate auszugehen.

58. In diesem Zusammenhang möchte ich auch betonen, dass die Art. 20 und 21 des Beschlusses 2011/278 bereits vorsehen, die gleiche Berechnungsformel auf Bestandsanlagen und nach dem 30. Juni 2011 in Betrieb genommene Anlagen anzuwenden [34], sofern deren Kapazität wesentlich geändert wurde, sie also eine „wesentliche Kapazitätserweiterung oder wesentliche Kapazitätsverringerung" [35] erfahren haben.

32 Mit der Annahme des Beschlusses 2011/278 hat die Kommission im Rahmen ihrer Durchführungsbefugnisse nach Art. 10a der Richtlinie 2003/87 gehandelt. Ich weise insoweit darauf hin, dass, wenn die Kommission Durchführungsrechtsakte erlässt, das Parlament und der Rat gemäß Art. 291 Abs. 3 AEUV im Voraus allgemeine Regeln und Grundsätze festlegen, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren. Außerdem kann sich das Parlament gegen solche Rechtsakte stellen; die Kommission ist dann verpflichtet, diesen Standpunkt zu berücksichtigen, auch wenn sie ihn nicht akzeptieren muss.

33 Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (vgl. u. a. Urteil vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique und Lorraine u. a., C-127/07, EU:C:2008:728, Rn. 23).

34 Abs. 1 der Art. 20 und 21 des Beschlusses 2011/278 sieht im Wesentlichen vor, dass die Mitgliedstaaten, wenn die Kapazität einer Anlage nach dem 30. Juni 2011 wesentlich erweitert oder verringert wurde, auf Antrag des Anlagenbetreibers die Anzahl der speziell für die Kapazitätserweiterung oder -verringerung kostenlos zuzuteilenden Zertifikate bestimmen. In diesem Fall findet die in Art. 19 dieses Beschlusses festgelegte Methode, d. h. die Berechnungsmethode für neue Marktteilnehmer, Anwendung.

35 Diese Definition des Begriffs „wesentliche Kapazitätsänderung" geht aus Art. 3 Buchst. k des Beschlusses 2011/278 hervor.

59. Auch wenn ein größeres – vom Gesetzgeber eingegangenes – Risiko besteht, dass die Aktivitätsrate sowohl bei neuen Marktteilnehmern als auch bei Bestandsanlagen nicht repräsentativ für die tatsächliche Auslastung ist, kann in Anbetracht von Art. 20 des Beschlusses 2011/278 daher letztlich jede Abweichung von mehr als 10 % berücksichtigt werden [36]. In diesem Fall hat der Gesetzgeber im Übrigen ausdrücklich einen Zeitraum von sechs Monaten und nicht lediglich von 90 Tagen gewählt, um die zusätzliche Kapazität zu bestimmen [37].

60. Aus einer vergleichenden Prüfung der Regelungen für Bestandsanlagen und für neue Marktteilnehmer lässt sich meiner Ansicht nach daher nicht ableiten, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor einen Wert von gleich oder über 100 % aufweisen sollte, wenn die tatsächliche Auslastung eines Anlagenteils mit Brennstoff-Benchmark die installierte Anfangskapazität dieses Anlagenteils erreicht oder übersteigt. Im Gegenteil: In meinen Augen spricht der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, den Bezugszeitraum für neue Marktteilnehmer auf einen 90-Tage-Zeitraum nach Aufnahme des Normalbetriebs der Anlage zu beschränken, wie ich in Nr. 55 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, für eine Begrenzung des Wertes dieses Faktors unterhalb des genannten Prozentsatzes.

2. Regelung für „Anlagen, deren Kapazität wesentlich erweitert wurde“

61. Außerdem liefe es nach meinem Dafürhalten dem in Art. 20 des Beschlusses 2011/278 vorgesehenen Mechanismus zuwider, könnte der maßgebliche Auslastungsfaktor bei Anlagenteilen mit Brennstoff-Benchmark, die unter die Regelung für „neue Marktteilnehmer“ fallen, einen Wert von 100 % erreichen oder überschreiten, wenn die Kapazitätserweiterung unter der in dieser Vorschrift festgesetzten Schwelle von 10 % bleibt.

62. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Anzahl von Emissionszertifikaten, die nach Art. 20 des Beschlusses 2011/278 kostenlos zuzuteilen sind, um der wesentlichen Kapazitätserweiterung einer Anlage Rechnung zu tragen, von den beiden in Art. 3 Buchst. i dieses Beschlusses vorgesehenen Voraussetzungen abhängt, wie die Bundesrepublik Deutschland hervorgehoben hat.

63. So müssen zum einen eine oder mehrere erkennbare physische Änderungen der technischen Konfiguration des Anlagenteils und seines Betriebs erfolgen, die über den bloßen Ersatz einer existierenden Produktionslinie hinausgehen. Zum anderen muss die Kapazität des Anlagenteils um mindestens 10 % gegenüber seiner installierten Anfangskapazität vor der Änderung erhöht werden können oder der Anlagenteil eine signifikant höhere Aktivitätsrate haben, die in einer zusätzlichen Zuteilung von mehr als 50 000 Emissionszertifikaten/Jahr resultiert.

64. Nach Art. 20 Abs. 2 des Beschlusses 2011/278 „verpflichten die Mitgliedstaaten den Anlagenbetreiber [zudem], seinem Zuteilungsantrag Belege beizufügen, aus denen hervorgeht, dass die Kriterien für eine wesentliche Kapazitätserweiterung erfüllt wurden“.

36 Zwar erlaubt es der in Art. 20 des Beschlusses 2011/278 vorgesehene Mechanismus nicht, die vorläufige Anzahl Zertifikate, die einem Anlagenteil auf der Grundlage des Erstantrags kostenlos zugeteilt worden sind, nachträglich zu berichtigen. Im Fall neuer Marktteilnehmer trifft es somit zu, dass eine etwaige Unterschätzung der Kapazität bei der Erstzuteilung später nicht mehr kompensiert werden kann. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung jedoch klargestellt, dass neue Marktteilnehmer ab dem auf diese Erstzuteilung folgenden Jahr unter besagten Art. 20 fallen können, sofern sie eine wesentliche Erweiterung ihrer Kapazität erfahren haben.

37 Vgl. Art. 3 Buchst. l des Beschlusses 2011/278. Im Ausgangsverfahren stützt sich Ingredion auf die tatsächliche Auslastung ihres Anlagenteils für den Zeitraum vom 15. August 2013 bis zum 20. Juni 2014, also einen Zeitraum von mehr als zehn Monaten. Sie macht daher geltend, der maßgebliche Auslastungsfaktor könne in einem Fall, in dem ein Anlagenteil nach Ablauf des 90-Tage-Bezugszeitraums und vor Einreichung ihres Antrags eine im Vergleich zu seiner installierten Anfangskapazität um 9 % höhere Auslastung verzeichne, auf der Grundlage von Daten eines Zeitraums, der signifikant (um mindestens vier Monate) länger als der im Fall einer erheblichen Kapazitätserweiterung (d. h. bei einer Erweiterung um mehr als 10 %) geltende Zeitraum sei, angepasst werden.

65. Könnte vor diesem Hintergrund, wie Ingredion behauptet, der maßgebliche Auslastungsfaktor einen Wert von mehr als 100 % erreichen, um – wie im Fall ihres Anlagenteils – eine gegenüber der installierten Anfangskapazität um 9 % höhere Auslastung widerzuspiegeln [38], liefe das nach meiner Einschätzung dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zuwider, eine Anpassung der Anzahl zuzuteilender Zertifikate nur in den Fällen zu gestatten, in denen die Erweiterung wesentlich ist, d. h. mindestens 10 % gegenüber der installierten Anfangskapazität beträgt.

66. Diese Absicht des Gesetzgebers lässt sich meines Erachtens eindeutig dem 35. Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 entnehmen, wonach „Investitionen in wesentliche Kapazitätserweiterungen, die die Inanspruchnahme der Reserve für neue Marktteilnehmer … gestatten, … eindeutig sein und in einer bestimmten Größenordnung erfolgen [sollten], damit eine zu frühe Erschöpfung der Reserve an Emissionszertifikaten für neue Marktteilnehmer sowie Wettbewerbsverzerrungen und ungerechtfertigter Verwaltungsaufwand vermieden werden und gewährleistet ist, dass Anlagen in allen Mitgliedstaaten gleichbehandelt werden“ [39].

67. Zudem hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor nicht dazu dienen dürfe, etwaigen Erweiterungen der Anlagenkapazität Rechnung zu tragen, da diese bereits von dem spezifischen Mechanismus und den Grenzen gemäß Art. 20 des Beschlusses 2011/278 erfasst würden.

68. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schließe ich mich dieser Auffassung an.

3. Zwischenergebnis

69. In Anbetracht der Regelungen für „Bestandsanlagen“ und „Anlagen, deren Kapazität wesentlich erweitert wurde“, bin ich der Ansicht, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor entsprechend der Systematik des Beschlusses 2011/278 auf einen Wert von unter 100 % begrenzt sein muss [40].

70. Im nachfolgenden Abschnitt werde ich analysieren, weshalb meines Erachtens auch die Ziele der im Beschluss 2011/278 und in der Richtlinie 2003/87 vorgesehenen Regelung für die vorläufige Zuteilung kostenloser Emissionszertifikate die Begrenzung des maßgeblichen Auslastungsfaktors auf einen Wert von unter 100 % stützen.

D. Auslegung anhand des Gesamtzwecks und der Ziele der Regelung für die vorläufige Zuteilung kostenloser Zertifikate

71. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur deren Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden [41].

38 Nach Ansicht von Ingredion müsste der maßgebliche Auslastungsfaktor in diesem Fall entsprechend auf einen Wert von 109 % festgesetzt werden.

39 In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass Emissionszertifikate aus der Reserve für neue Marktteilnehmer gemäß Art. 19 Abs. 4 des Beschlusses 2011/278 nach dem Windhundverfahren zugeteilt werden.

40 Vgl. in diesem Sinne die mit „Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)“ (Orientierungsdokument Nr. 2 über die harmonisierte Methode für die kostenlose Zuteilung in der Europäischen Union nach 2012 [Leitfaden für Zuteilungsmethoden], S. 32) und „Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications“ (Häufig gestellte Fragen über Anträge im Zusammenhang mit neuen Marktteilnehmern und Betriebseinstellungen, S. 8) überschriebenen Dokumente, auf die sich das vorlegende Gericht beruft und die vorsehen, dass ein Wert des maßgeblichen Auslastungsfaktors von über oder gleich 100 % nicht zulässig ist. Es sei insoweit darauf hingewiesen, dass diese Dokumente zwar nicht rechtlich bindend sind, aber zusätzliche Anhaltspunkte zur Klärung der Systematik der Richtlinie 2003/87 und des Beschlusses 2011/278 darstellen (vgl. u. a. Urteile vom 18. Januar 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 14. Mai 2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, Rn. 49).

41 Vgl. Urteil vom 20. Juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, Rn. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung).

72. Was den Gesamtzweck und die Ziele der in Art. 10a der Richtlinie 2003/87 und im Beschluss 2011/278 geschaffenen Regelung für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten angeht, weise ich darauf hin, dass mit dieser Regelung vom Grundsatz der Versteigerung von Zertifikaten abgewichen wird, die der Gesetzgeber als das nach allgemeiner Auffassung „einfachste und … wirtschaftlich effizienteste System“ [42] im Hinblick auf das in Art. 1 der Richtlinie 2003/87 genannte Ziel einer „auf kosteneffiziente und wirtschaftlich effiziente Weise [erfolgenden] Verringerung von Treibhausgasemissionen“ [43] angesehen hat.

73. In diesem Zusammenhang wird die Menge kostenlos zuzuteilender Emissionszertifikate gemäß Art. 10a Abs. 11 dieser Richtlinie von 2013 bis 2020 schrittweise mit dem Ziel reduziert, die kostenlose Zuteilung bis 2027 vollständig zu beenden [44]. Somit soll im Bestreben um eine Verringerung der Treibhausgasemissionen für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten nach und nach allein die Versteigerung das Grundprinzip sein.

74. Zur Umsetzung dieses Ziels wird im 36. Erwägungsgrund des Beschlusses 2011/278 auf die begrenzte Anzahl Zertifikate in der Reserve für neue Marktteilnehmer hingewiesen [45]. Darüber hinaus sieht Art. 10a Abs. 7 Unterabs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2003/87 vor, dass die Mitgliedstaaten die für neue Marktteilnehmer bereitgehaltenen und nicht zugeteilten Emissionszertifikate versteigern.

75. Die Kommission hat insoweit auch klargestellt, dass sie sich mit der Annahme des Beschlusses 2011/278 nicht dafür entschieden habe, die gegenüber der installierten Anfangskapazität erhöhte Auslastung eines Anlagenteils durch eine Anpassung des Werts des maßgeblichen Auslastungsfaktors an einen Wert von über 100 % zu kompensieren, und dies gerade geschehen sei, um in einer derartigen Situation Anreize für die Nutzung effizienter Techniken zur Reduzierung von Treibhausgasemissionen oder gegebenenfalls den Erwerb entsprechend vieler Emissionszertifikate gemäß dem Handelssystem zu schaffen.

76. Nach alledem unterliegt es in meinen Augen kaum einem Zweifel, dass der maßgebliche Auslastungsfaktor nach dem Gesamtzweck und den Zielen der Regelung für die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten – ebenso wie nach den Hinweisen in Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 1 und der allgemeinen Systematik des Beschlusses 2011/278 – unbedingt auf einen Wert von weniger als 100 % begrenzt werden muss [46].

E. Hilfsweise: Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten

77. Aus den vorstehend dargelegten Gründen vertrete ich die Auffassung, dass die Frage, ob der maßgebliche Auslastungsfaktor für Anlagenteile mit Brennstoff-Benchmark, die unter die Regelung für „neue Marktteilnehmer“ fallen, auf einen Wert von weniger als 100 % begrenzt ist, mit Hilfe einer kontextbezogenen und teleologischen, auf der allgemeinen Systematik des Beschlusses 2011/278 sowie dem Gesamtzweck und den Zielen der Regelung für die vorläufige Zuteilung kostenloser Zertifikate beruhenden Auslegung gelöst werden muss. Diese Frage fällt somit nicht, wie die Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Regierung vortragen, in das Ermessen, über das die Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 verfügen.

42 Vgl. den 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87… zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten. Ich verweise auch auf meine Schlussanträge in der Rechtssache ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, Nr. 69).

43 Vgl. Urteile vom 12. April 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, Rn. 18), und vom 17. Mai 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, Rn. 41).

44 Vgl. Urteil vom 20. Juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

45 Gemäß Art. 10a Abs. 7 Unterabs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2003/87 werden nur 5 % der für den Zeitraum von 2013 bis 2020 bestimmten Menge der Zertifikate als Höchstmenge für neue Marktteilnehmer bereitgehalten.

46 In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, Nr. 69), habe ich insoweit ausgeführt, dass jede Einschränkung der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten zur schrittweisen Verwirklichung des vom Gesetzgeber gewollten Systems der vollständigen Versteigerung der Zertifikate beiträgt.

78. Der Vollständigkeit halber weise ich insoweit darauf hin, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten in Art. 10a Abs. 1 der Richtlinie 2003/87 das Gebot vollständiger Harmonisierung betont hat, indem er vorgesehen hat, dass „[d]ie Kommission … gemeinschaftsweite und vollständig harmonisierte Durchführungsmaßnahmen für die Zuteilung der … Zertifikate [erlässt]".

79. Wie ich zuvor – in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache INEOS Köln [47] – ausgeführt habe, hat die Kommission auf dieser Grundlage den Beschluss 2011/278 erlassen, und meiner Ansicht nach besteht kaum ein Zweifel daran, dass dieser Beschluss in Verbindung mit Art. 10a der Richtlinie 2003/87 die materiell-rechtlichen Aspekte der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten abschließend harmonisiert [48].

80. Insbesondere kann die Kommission gemäß Art. 19 Abs. 4 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 die vorläufige Jahresgesamtmenge der einem neuen Marktteilnehmer kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate ablehnen.

81. Selbst wenn der Gerichtshof – wie die Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Regierung und im Gegensatz zu dem von mir befürworteten Ansatz – die Auffassung vertreten sollte, dass die Mitgliedstaaten innerhalb der Grenzen von Art. 18 Abs. 2 Unterabs. 2 des Beschlusses 2011/278 frei bleiben, den maßgeblichen Auslastungsfaktor auf einen Wert von mehr als 100 % festzulegen, kann den Mitgliedstaaten meines Erachtens daher nicht vorgeworfen werden, dass sie sich der Auffassung der Kommission anschließen, und zwar auch dann nicht, wenn sich diese Auffassung aus der Anwendung des erwähnten Beschlusses im Kontext spezifischer Anlagen ergibt (wie es unter den Umständen der Ausgangsrechtssache der Fall ist [49]), sofern sie voraussehen können, dass die besagte Auffassung auch für andere Anlagen gelten wird.

V. Ergebnis

82. Nach alledem schlage ich vor, auf die Vorlagefrage des Verwaltungsgerichts Berlin (Deutschland) wie folgt zu antworten:

Art. 18 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Unterabs. 2 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 des Europäischen Parlaments und des Rates in Verbindung mit Art. 3 Buchst. h und Art. 10a 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 in der durch die Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass für neue Marktteilnehmer der für die brennstoffbezogene Aktivitätsrate maßgebliche Auslastungsfaktor auf einen Wert von weniger als 100 % begrenzt ist.

47 C-572/16, EU:C:2017:896, Nr. 70.

48 Vgl. Urteil vom 22. Juni 2016, DK Recycling und Roheisen/Kommission (C-540/14 P, EU:C:2016:469, Rn. 52 bis 55).

49 Wie ich in Nr. 19 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, hat die DEHSt unter den im Ausgangsverfahren gegebenen Umständen beschlossen, von einem maßgeblichen Auslastungsfaktor von 99,9 % auszugehen, da die Kommission in ihrem Beschluss vom 24. März 2015 für drei andere deutsche Anlagen einen maßgeblichen Auslastungsfaktor von 100 % oder mehr abgelehnt hatte.