

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien

G 234-237/09, V 64-67/09-9

G 263/09, V 96/09-11 G 267/09, V 100/09-9 G 271/09, V 104/09-9
G 264/09, V 97/09-9 G 268/09, V 101/09-9 G 272/09, V 105/09-9
G 265/09, V 98/09-9 G 269/09, V 102/09-9 G 273/09, V 106/09-9
G 266/09, V 99/09-9 G 270/09, V 103/09-9 G 274/09, V 107/09-9

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. H o l z i n g e r ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Mag. Dr. B e r c h t o l d - O s t e r m a n n ,
Dr. G a h l e i t n e r ,
DDr. G r a b e n w a r t e r ,
Dr. H a l l e r ,
Dr. H ö r t e n h u b e r ,
Dr. L a s s ,
Dr. L i e h r ,
Dr. M ü l l e r ,
Dr. O b e r n d o r f e r ,
DDr. R u p p e und
Dr. S c h n i z e r

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. H e n g s t s c h l ä g e r

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Dr. B u c h i n g e r ,

(5. März 2010)

in dem von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des 4. Abschnittes (§§ 11 bis 16) sowie des § 28a des EmissionszertifikateG idF BGBl. I 171/2006 sowie der Gesetzmäßigkeit der Eintragung "EFE 53-1 Fernheizwerk Grillgasse Wien Österreichische Bundesbahnen" im Anhang 1 der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 87/2007, sowie folgender Stellen des Anhanges 1 der Zuteilungsverordnung 2. Periode, BGBl. II 279/2007:

"IPA086	Frantschach St. Gertraud	250.980"
"IZI148	Salzburger Ziegelwerk Oberndorf	49.645" und
"IZI156	Ziegelwerk Frixeder Senftenbach	67.780"

und über die Anträge des Verwaltungsgerichtshofes, den 4. Abschnitt (§§ 11 bis 16) des EmissionszertifikateG idF BGBl. I 171/2006 als verfassungswidrig sowie folgende Eintragungen im Anhang 1 der Zuteilungsverordnung 2. Periode, BGBl. II 279/2007, als gesetzwidrig aufzuheben:

"IZE071	Schretter&Cie Zementwerk Vils	886.950"
"IZE072	Lafarge Perlmooser Mannersdorf	2.681.820"
"IZE073	Lafarge Perlmooser Retznei	1.465.535"
"IZE074	Zementwerk Hofmann Kirchdorf	1.157.915"
"IZE075	W&P Zementwerk Peggau	895.140"
"IZE076	W&P Zementwerk Wietersdorf	1.751.685"
"IZE238	W&P Zementwerk Wietersdorf (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	494.912"
"IZE078	Zementwerke Leube Gartenau	1.363.070"
"IZE246	Wopfinger Zement Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	272.715"
"IZE202	Wopfinger Zement Waldegg	1.166.350"
"IKA122	W&P Kalkwerk Peggau	331.265"
"IKA243	W&P Kalkwerk Peggau (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	197.920"
"IKA123	Schretter&Cie Kalkwerk Vils	198.210"

in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 139 und Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

I. 1. a) Die Worte "als Entscheidungsgrundlage" in § 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Emissionszertifikategesetz - EZG), BGBl. I Nr. 46/2004, idF BGBl. I Nr. 171/2006, waren nicht verfassungswidrig.

Die Wortfolge ", der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse" in § 13 Abs. 2 des Bundesgesetzes über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Emissionszertifikatengesetz - EZG), BGBl. I Nr. 46/2004, idF BGBl. I Nr. 171/2006, wird nicht als verfassungswidrig aufgehoben.

b) Insoweit werden die Anträge des Verwaltungsgerichtshofes abgewiesen.

2. Im Übrigen

a) wird das von Amts wegen eingeleitete Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des 4. Abschnittes (§§ 11 bis 16) sowie des § 28a des Emissionszertifikatengesetzes idF BGBl. I Nr. 171/2006 eingestellt und

b) werden die Anträge des Verwaltungsgerichtshofes, den 4. Abschnitt (§§ 11 bis 16) des Emissionszertifikatengesetzes idF BGBl. I Nr. 171/2006 als verfassungswidrig aufzuheben, zurückgewiesen.

II. 1. a) Folgende Stellen des Anhanges 1 der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten für die Periode 2008 bis 2012 (Zuteilungsverordnung 2. Periode), BGBl. II Nr. 279/2007, werden nicht als gesetzwidrig aufgehoben:

"IPA086	Frantschach St. Gertraud	250.980"
"IZI148	Salzburger Ziegelwerk Oberndorf	49.645" und
"IZI156	Ziegelwerk Frixeder Senftenbach	67.780".

b) Die Anträge des Verwaltungsgerichtshofes auf Aufhebung folgender Stellen der zitierten Verordnung werden abgewiesen:

"IZE071	Schretter&Cie Zementwerk Vils	886.950"
"IZE072	Lafarge Perlmooser Mannersdorf	2.681.820"
"IZE073	Lafarge Perlmooser Retznei	1.465.535"

"IZE074	Zementwerk Hofmann Kirchdorf	1.157.915"
"IZE075	W&P Zementwerk Peggau	895.140"
"IZE076	W&P Zementwerk Wietersdorf	1.751.685"
"IZE238	W&P Zementwerk Wietersdorf (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	494.912"
"IZE078	Zementwerke Leube Gartenau	1.363.070"
"IZE246	Wopfinger Zement Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	272.715"
"IZE202	Wopfinger Zement Waldegg	1.166.350"
"IKA122	W&P Kalkwerk Peggau	331.265"
"IKA243	W&P Kalkwerk Peggau (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	197.920"
"IKA123	Schretter&Cie Kalkwerk Vils	198.210".

2. Die Eintragung "EFE 53-1 Fernheizwerk Grillgasse Wien Österreichische Bundesbahnen" im Anhang 1 der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten und die Handhabung der Reserve (Zuteilungsverordnung), BGBl. II Nr. 87/2007, wird nicht als gesetzwidrig aufgehoben.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. 1.1.1. Beim Verfassungsgerichtshof sind zu B 262/08, B 286/08 und B 638/08 Beschwerden dreier Unternehmen der Ziegel- und Papierindustrie anhängig, die sich jeweils gegen einen Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft richten, mit dem dem jeweiligen Unternehmen - unter Berufung auf § 13 Abs. 3 des Emissionszertifikategesetzes (EZG) idF BGBl. I 171/2006 und § 5 Abs. 1 der Zuteilungsverordnung 2. Periode, BGBl. II 279/2007 - für eine von ihm betriebene im Anhang 1 der zitierten Verordnung angeführte Anlage für den Zeitraum 2008 bis 2012 eine bestimmte Anzahl von Emissionszertifikaten zugeteilt wird.

Die zu B 262/08 beschwerdeführende Partei behauptet in ihrer auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerde die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit vor dem Gesetz, auf Erwerbsfreiheit und auf Unversehrtheit des Eigen-

tums sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung rechtswidriger genereller Normen, in concreto der §§ 12a und 13 EZG sowie der ZuteilungsVO 2. Periode, BGBl. II 279/2007, und beantragt die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Die zu B 286/08 beschwerdeführende Partei behauptet in ihrer Beschwerde die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit vor dem Gesetz, auf Unversehrtheit des Eigentums sowie auf Erwerbsfreiheit durch die Anwendung rechtswidriger genereller Normen, nämlich der §§ 11, 12a und 13 EZG, der ZuteilungsVO 2. Periode und des nationalen Zuteilungsplans für Österreich, und beantragt die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Das zu B 638/08 beschwerdeführende Papiererzeugungsunternehmen behauptet in seiner Beschwerde, durch den angefochtenen Bescheid in Verbindung mit den sich aus dem EZG ergebenden Verpflichtungen, insbesondere der in § 18 Abs. 1 leg.cit. normierten Pflicht, für seine Anlage jedes Jahr eine Anzahl an Emissionszertifikaten abzugeben, die den Gesamtemissionen der Anlage im vorhergehenden Kalenderjahr entspricht, in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Gleichheit vor dem Gesetz, auf Unversehrtheit des Eigentums und auf Erwerbsausübungsfreiheit verletzt zu sein; andererseits stütze sich dieser Bescheid auf rechtswidrige generelle Normen. Neben der kostenpflichtigen Aufhebung des angefochtenen Bescheides wird auch die Aufhebung der §§ 18 Abs. 1 und 28 EZG angeregt, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof beantragt.

1.1.2. Zu B 95/08 ist eine Beschwerde eines weiteren Unternehmens anhängig, welches u.a. ein Fernheizwerk betreibt.

Ein dieses Fernheizwerk betreffender Zuteilungsbescheid vom 17. Februar 2005 wurde - nach Aufhebung seiner Rechtsgrundlagen durch den Verfassungsgerichtshof (s. VfSlg. 17.967/2006) -

vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 24. Mai 2007, 2006/07/0132,0139, aufgehoben.

Mit BGBl. II 87/2007 wurde - gestützt auf § 28a Abs. 1 EZG - eine neue ("Ersatz-")Verordnung über die Zuteilung von Emissionszertifikaten und die Handhabung der Reserve (im Folgenden: ZuteilungsVO 2005-2007) erlassen.

Im danach fortgesetzten Verwaltungsverfahren erließ der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft den nunmehr vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpften Bescheid. Mit diesem wurden auf Grund des § 28a Abs. 2 EZG idF BGBl. I 171/2006 sowie § 4 der ZuteilungsVO 2005-2007 der beschwerdeführenden Gesellschaft "für die Anlage Fernheizwerk Grillgasse Wien ... Emissionszertifikate für die Periode 2005 bis 2007 zu[geteilt]. Insgesamt wurden auf das Konto der ÖBB Infrastruktur Bau AG für die Anlage Fernheizwerk Grillgasse Wien, Code EFE 53-1 gemäß Anhang 1 der ZuteilungsVO [2005-2007], in der Periode 2005 bis 2007 20.790 Emissionszertifikate gebucht. Die Buchung von 13.860 Emissionszertifikaten für die Jahre 2005 und 2006 gründet auf § 17 Abs. 1 EZG, die 6.930 Emissionszertifikate für das Jahr 2007 wurden gemäß § 17 Abs. 1a EZG auf das Konto der Anlage Fernheizwerk Grillgasse Wien gebucht".

Die zu B 95/08 beschwerdeführende Gesellschaft behauptet in ihrer auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerde die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit vor dem Gesetz sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, nämlich der ZuteilungsVO 2005-2007, welche wörtlich der vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 aufgehobenen ZuteilungsVO, BGBl. II 18/2005, gleiche. Der unveränderten Wiedererlassung der (Ersatz-)Verordnung BGBl. II 87/2007 würden daher unverändert die vom Verfassungsgerichtshof in seinem zitierten Erkenntnis beanstandeten Mängel anhaften. Die beschwerdeführende Gesellschaft beantragt daher die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

1.2. Bei Behandlung dieser Beschwerden sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des 4. Abschnittes (§§ 11 bis 16) und des § 28a des Emissionszertifikatengesetzes idF BGBl. I 171/2006 sowie ob der Gesetzmäßigkeit der Eintragung "EFE 53-1 Fernheizwerk Grillgasse Wien Österreichische Bundesbahnen" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2005-2007, BGBl. II 87/2007, und ob der Gesetzmäßigkeit folgender Stellen des Anhanges 1 der ZuteilungsVO 2. Periode, BGBl. II 279/2007, entstanden:

"IPA086	Frantschach St. Gertraud	250.980",
"IZII148	Salzburger Ziegelwerk Oberndorf	49.645" und
"IZII156	Ziegelwerk Frixeder Senftenbach	67.780".

Er hat daher mit Beschluss vom 3. September 2009 vom Amts wegen ein Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren eingeleitet.

1.2.1. Hinsichtlich des Umfangs der in Prüfung gezogenen Bestimmungen führte der Verfassungsgerichtshof in seinem Einleitungsbeschluss aus:

"a) Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass er bei Beurteilung der - wohl zulässigen - Beschwerden die auch von der belangten Behörde bei Erlassung der angefochtenen Bescheide herangezogenen §§ 11 Abs. 1 sowie 13 Abs. 3 EZG sowie die im Spruch angeführten Vorschriften der ZuteilungsVO 2. Periode (B 262/08, B 268/08 und B 638/08) bzw. § 28a Abs. 2 EZG und die im Spruch angeführte Vorschrift der ZuteilungsVO 2005-2007 anzuwenden hat, weil sich auch darauf die angefochtene Zuweisung von Emissionszertifikaten für bestimmte Anlagen der beschwerdeführenden Gesellschaften stützt.

b) Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. zB VfSlg. 16.241/2001 mwN und 17.023/2003) sind auch jene gesetzlichen Bestimmungen präjudiziell, die der Verfassungsgerichtshof bei Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen anzuwenden hätte, obgleich sie von der belangten Behörde bei Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht angewendet wurden.

Bei Prüfung der Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit der bei Erlassung der angefochtenen Bescheide anscheinend vom Bundesminister angewendeten (und daher schon deshalb auch vom Verfassungsgerichtshof anzuwendenden) unter a) genannten Bestimmungen der ZuteilungsVO 2. Periode und der ZuteilungsVO 2005-2007 sowie des EZG dürften kraft Zusammenhangs auch alle anderen, das System

der Zuteilung von Emissionszertifikaten regelnden Bestimmungen des Gesetzes eine Voraussetzung für die Zuteilung von Emissionszertifikaten bilden, weshalb der 4. Abschnitt insgesamt sowie der damit im Zusammenhang stehende § 28a Abs. 1 EZG in Prüfung gezogen werden."

1.2.2. Seine Bedenken legte er wie folgt dar:

"Die verfassungsrechtlichen Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gründen sich entsprechend den Überlegungen im Vorerkenntnis VfSlg. 17.967/2006 ... darauf, dass der normative, also rechtsverbindliche Charakter des nationalen Zuteilungsplanes und damit seine Qualität als Rechtsquelle ursprünglich ausschließlich in der deswegen vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Formulierung des § 13 Abs. 4 EZG zum Ausdruck gelangte. Der Gesetzgeber dürfte aber dadurch, dass er in § 11 Abs. 1 EZG idF BGBl. I 171/2006 unter der Überschrift 'Nationaler Zuteilungsplan als Entscheidungsgrundlage (Planungsdokument)' in Verein mit den anderen im 4. Abschnitt des EZG und in der Bestimmung des § 28a leg.cit. enthaltenen Vorschriften anordnete, dass der nationale Zuteilungsplan die - wichtigste - Entscheidungsgrundlage für die anlagenbezogene Zuteilung der Emissionszertifikate ist (die gemäß § 13 durch Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheid erfolgt), neuerlich die normative Qualität des nationalen Zuteilungsplanes bewirkt haben.

Der Verfassungsgerichtshof kann vorläufig in materieller Hinsicht keinen Unterschied zwischen der neuen und der früheren, als verfassungswidrig aufgehobenen Rechtslage erkennen (formell dürften hingegen für die Verbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplanes - anders als nach der seinerzeitigen Rechtslage, der zufolge sich diese ausschließlich aus § 13 Abs. 4 idF BGBl. I 46/2004 ergab - nunmehr die Vorschriften des 4. Abschnittes des EZG und des § 28a leg.cit. idF BGBl. I 171/2006 in ihrem Gesamtzusammenhang maßgeblich sein):

Die als 'Entscheidungsgrundlage' vom Gesetzgeber bezeichnete Funktion des nationalen Zuteilungsplanes sowie die gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der bei der Erstellung des nationalen Zuteilungsplanes erzielten Ermittlungsergebnisse dürften (unabhängig von der jenseits rechtlicher Kategorien liegenden Bezeichnung des nationalen Zuteilungsplanes als 'Planungsdokument') bewirken, dass die zuständige Behörde bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung sowie der Zuteilungsbescheide an den nationalen Zuteilungsplan rechtlich gebunden ist. Mit anderen Worten: Widerspricht die Zuteilungsverordnung oder ein Zuteilungsbescheid dem nationalen Zuteilungsplan, dann sind Zuteilungsverordnung oder Zuteilungsbescheid rechtswidrig.

Angesichts dieser Rechtslage erscheint es dem Verfassungsgerichtshof vorläufig unzutreffend, von der mangelnden Verbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplanes auszugehen, mag auch der ... Ausschussbericht [AB zur nachmaligen Novelle BGBl. I

171/2006, 14 BlgNR 23. GP, 2] dem nationalen Zuteilungsplan die 'rechtsetzende Wirkung' absprechen.

Insbesondere dürfte auch die gesetzliche Verpflichtung, derzufolge die Zuteilungsverordnung gemäß § 13 Abs. 2 EZG den im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplanes erzielten Ermittlungsergebnissen zu entsprechen hat, wohl dahin zu verstehen sein, dass die planerischen Festlegungen rechtsverbindliche (also normative) Bestimmungsgründe bei der Erlassung von Zuteilungsverordnung und -bescheiden bilden.

3. In Ansehung des ... Ausschussberichts können gleichwohl Zweifel am Rechtsquellencharakter des neu geregelten nationalen Zuteilungsplanes bestehen bleiben. Fragwürdig könnte dann aber sein, ob angesichts der geschilderten Auslegungszweifel nicht jener Sinndeutung der Vorzug zu geben ist, die ein verfassungswidriges Ergebnis vermeiden lässt. Dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung (vgl. VfSlg. 10.270/1984 mwN und 11.266/2004) entspricht es nämlich, im Fall von Auslegungszweifeln jene Auslegungsvariante(n) auszuschneiden, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt (führen). Bestehen Zweifel an der Normativität des nationalen Zuteilungsplanes, wäre demnach zur Vermeidung eines verfassungswidrigen Ergebnisses, nämlich des Verstoßes gegen die verfassungsrechtliche Geschlossenheit des Rechtsquellensystems, von der Unverbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplanes auszugehen.

Dagegen darf jedoch nicht übersehen werden, dass mitgliedstaatliche nationale Regelungen, die der Ausführung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien dienen, gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind. Der Verfassungsgerichtshof hat mit dem Europäischen Gerichtshof (vgl. VfSlg. 14.391/1995 mit Hinweisen auf die Judikatur des EuGH) bei der Deutung gemeinschaftsrechtlich relevanter nationaler Regelungen jener Interpretation den Vorzug gegeben, die im Einklang mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung stand. Folgt man diesem Grundsatz, so ist im vorliegenden Fall jedenfalls das nationale Zuteilungsverfahren für Emissionszertifikate derart zu gestalten, dass deren Zuteilung gemäß Art. 11 Abs. 1 EH-RL 'auf der Grundlage' des nationalen Zuteilungsplanes erfolgt. Daher ist auch das Europäische Gericht in zwei Entscheidungen (EuG 7.11.2007, Rs. T-374/04, *Deutschland gegen Kommission*, Rz 105 und 107, sowie 30.4.2007, Rs. T-387/04, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, Rz 135) quasi obiter davon ausgegangen, dass der nationale Zuteilungsplan eine für nationale Rechtsakte verbindliche Grundlage darstellt.

Gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt müssen die nationalen Regeln und Vorgänge für die Aufteilung der Emissionszertifikate so beschaffen sein, dass sie der 'Grundlagenwirkung' des nationalen Zuteilungsplanes gerecht werden. Wenn der Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts, wie er vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Judikatur dem Art. 10 EG (Art. 5 EGV) entnommen wird (wurde), den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem staatlichen Recht durchgehend begründet (vgl. insbesondere und grundlegend EuGH 15.7.1964, Rs. 6/64, *Costa/*

ENEL, Slg. 1964, 1251; vgl. unter dem Aspekt des Vereitelungsverbots weiters 21.1.1999, Rs. C-120/97, *Upjohn Ltd.*, Slg. 1999, I-223, Rz 39; 19.1.2005, Rs. C-206/03, *SmithKline Beecham*, Slg. 2005, I-415, Rz 53 und 57), so dürfte entsprechend dem Sinngehalt des Art. 11 EH-RL von der Rechtsverbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans auszugehen sein.

Der Verfassungsgerichtshof vertritt vorläufig die Auffassung, dass für das Verständnis einer nationalen Regelung, bei der die verfassungskonforme Auslegung und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung Vorrang besitzt.

Wenn aber der nationale Zuteilungsplan als verbindliche Rechtsquelle anzusehen sein dürfte, dürften auch die die Rechtsverbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans begründenden Vorschriften des § 11 Abs. 1 und des § 13 Abs. 2 EZG das verfassungsrechtliche Prinzip der Geschlossenheit des Rechtssystem[s] und des Funktionierens des Rechtsschutzsystems verletzen, wie es bereits in VfSlg. 17.967/2006 näher ausgeführt wurde.

3. Treffen die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des EZG zu, so fällt mit ihrer Aufhebung die gesetzliche Grundlage für die (beiden) Zuteilungsverordnungen (und damit auch die Bindung der Zuteilungsverordnungen an den nationalen Zuteilungsplan) weg. Mangels einer gehörigen, gemäß Art. 18 Abs. 2 B-VG im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes notwendigen Rechtsgrundlage (zB VfSlg. 11.693/1988, 14.895/1997, 16.902/2003, 17.476/2005) dürften daher auch die in Prüfung gezogenen Teile der (beiden) Zuteilungsverordnungen gemäß Art. 139 B-VG als gesetzwidrig aufzuheben sein."

1.2.3. Die oben wiedergegebenen Bedenken beziehen ausdrücklich die in VfSlg. 17.967/2006 angestellten Überlegungen mit ein. Mit diesem Erkenntnis hat der Verfassungsgerichtshof die Bestimmung des § 13 Abs. 4 EZG in der Stammfassung und die darauf basierende ZuteilungsVO, BGBl. II 18/2005, als verfassungs- bzw. gesetzwidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof qualifizierte die seinerzeitige Regelung deshalb als verfassungswidrig, weil sie gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtssystem[s] durch Einrichtung einer neuen, aus innerstaatlichem und Gemeinschaftsrecht gemischten Rechtsquelle verstoßen hat.

Insbesondere führte der Verfassungsgerichtshof aus:

"... die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind dahin zu verstehen, dass das durch die EH-RL vorgezeichnete System des Emissionszertifikatehandels den nationalen Zuteilungsplan als Rechtsgrundlage für die Verteilung der Gesamtmenge von Emissionszertifikaten auf die Mitgliedstaaten sowie weiter die Verteilung von Einzelmengen auf die einzelnen Anlagenbetreiber benutzt. Die Europäische Kommission kann durch die ex ante-Prüfung des ihr vorzulegenden nationalen Zuteilungsplans eine der EH-RL widersprechende Zuteilung von Emissionszertifikaten von vornherein verhindern. ...

Die Frage nach der Rechtsform des nationalen Zuteilungsplans muss ... - unter Berücksichtigung seiner aus der EH-RL abgeleiteten 'Grundlagenwirkung' - aus dem österreichischen Recht und hier wieder im Besonderen anhand der durch das EZG geregelten Rechtswirkungen des nationalen Zuteilungsplans beantwortet werden. [Die dann aufgehobene Bestimmung des] § 13 Abs. 4 EZG [sah] derartige normative Wirkungen in Gestalt einer Mehrzahl aufeinander aufbauender Hoheitsakte vor. Dabei wird dem innerstaatlich erstellten Zuteilungsplan gemeinsam mit möglicherweise von diesem abweichenden oder zu den nationalen Festlegungen hinzutretenden Kommissionsvorgaben die entscheidende rechtliche Stellung eingeräumt. ...

...

Zweifellos verpflichtet Art. 11 Abs. 1 EH-RL (der gebietet, die staatliche Entscheidung über die Gesamtzahl der Zertifikate und deren Zuteilung an die Betreiber der einzelnen Anlagen 'auf der Grundlage des gemäß Art. 9 aufgestellten nationalen Zuteilungsplans' vorzunehmen) die Mitgliedstaaten, den nationalen Zuteilungsplan in einer verbindlichen innerstaatlichen Rechtsform zu erlassen, ohne allerdings eine bestimmte innerstaatliche Rechtsform vorzuschreiben. ...

... Die die Normativität des nationalen Zuteilungsplans begründenden Rechtswirkungen, d.i. das Gebot der Entsprechung der Zuteilungsverordnung sowie der Zuteilungsbescheide einerseits und des nationalen Zuteilungsplans andererseits, ergibt sich ... ebenso wie das Gebot der Entsprechung von Zuteilungsverordnung und -bescheiden einerseits und den vom Zuteilungsplan abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission andererseits aus der nationalen Rechtsordnung, ... Der Umstand, dass die Europäische Kommission den nationalen Zuteilungsplan auf seine Übereinstimmung mit den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungsgründen zu kontrollieren, also Fälle von Überallokation aufzugreifen und die Vereinbarkeit mit den weiteren im Anhang III der EH-RL genannten Kriterien und dem nationalen Emissionsreduktionsziel zu überprüfen hat, kann nicht die Qualifikation des nationalen Zuteilungsplans als gemeinschaftsrechtlicher Akt bewirken. Erst wenn die Europäische Kommission aufgrund ihrer eben geschilderten Aufgabe einzelne Bestimmungen des ihr vorgelegten nationalen

Zuteilungsplans ablehnt, werden die von der Europäischen Kommission in der Begründung ihrer Ablehnung vorgetragene gemeinschaftsrechtlichen Überlegungen zu einem im Verhältnis zum nationalen Zuteilungsplan vorrangigen Faktor. ...

...

... Rechtsverbindlich für die weiteren Zuteilungsakte (Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheide) sind sohin nicht getrennt von- und nebeneinander der nationale Zuteilungsplan und die davon abweichenden (ändernden oder/und ergänzenden) Entscheidungen der Europäischen Kommission, sondern rechtsverbindlich (als 'Vorgabe') ist der allenfalls durch die Kommission geänderte oder ergänzte Zuteilungsplan, der autonom von den staatlichen Behörden - ohne neuerliche Mitwirkung der Europäischen Kommission - nicht mehr geändert werden darf ...

Wenn sohin der gemäß § 13 Abs. 4 EZG die Rechtsgrundlage für die verbindliche Zuteilung bildende Rechtsakt der nationale Zuteilungsplan in seiner durch die abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission geprägten Gestalt ist, so handelt es sich um einen 'gemischten' Akt, sowohl was den oder die Rechtsetzer anbelangt als auch die Rechtsgrundlagen (nationales und Gemeinschaftsrecht) betrifft.

... Die ... gemeinschaftsrechtlich keineswegs notwendige Mischform verstößt gegen die - relative - Geschlossenheit des österreichischen verfassungsrechtlichen Rechtsquellen-systems. Ein Rechtsquellentypus, der unter Beteiligung eines gemeinschaftsrechtlichen Organs, nämlich der Europäischen Kommission, zustande kommt, lässt sich nicht als Verordnung im Sinne des Art. 18 Abs. 2 iVm Art. 139 B-VG verstehen: Es ist schlechthin ausgeschlossen, die den Plan abändernden Vorgaben der Europäischen Kommission der Rechtskontrolle durch den Verfassungsgerichtshof zu unterwerfen. Ein effektiver gerichtsförmiger Schutz des von einer nationalen Zuteilungsentscheidung im Wege eines Zuteilungsbescheides betroffenen Anlageninhabers scheidet damit aus. ...

...

... [F]ür die verfassungsrechtliche Zulässigkeit neuer Rechtsquellen [ist] vorausgesetzt, dass diese nicht nur in einem demokratischen Erzeugungszusammenhang stehen, also von demokratisch gewählten oder zumindest verantwortlichen Organen geschaffen werden, sondern dass sie darüber hinaus der rechtsstaatlich gebotenen Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts nicht entbehren. Diese Kontrolle findet ... beim nationalen Zuteilungsplan in seiner durch die Vorgaben der Europäischen Kommission korrigierten Gestalt nicht [mehr] statt. ..."

2. Beim Verwaltungsgerichtshof sind ebenfalls mehrere Beschwerden von Unternehmen gegen Bescheide des Bundesministers

für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft anhängig, mit denen den beschwerdeführenden Parteien jeweils für eine namentlich genannte Anlage für die Periode 2008 bis 2012 eine bestimmte Anzahl von Emissionszertifikaten zugeteilt wird.

Aus Anlass von 13 Beschwerden stellte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschlüssen vom 15. Oktober 2009 beim Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 1 B-VG die Anträge, den 4. Abschnitt des EZG idF BGBl. I 171/2006 als verfassungswidrig und folgende Eintragungen im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode, BGBl. II 279/2007, als gesetzwidrig aufzuheben:

- a) "IZE078 Zementwerke Leube Gartenau 1.363.070"
(G 263/09, V 96/09),
- b) "IZE071 Schretter&Cie Zementwerk Vils 886.950"
(G 264/09, V 97/09),
- c) "IKA123 Schretter&Cie Kalkwerk Vils 198.210"
(G 265/09, V 98/09),
- d) "IKA243 W&P Kalkwerk Peggau (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG) 197.920" und
"IKA122 W&P Kalkwerk Peggau 331.265"
(G 266/09, V 99/09),
- e) "IZE238 W&P Zementwerk Wietersdorf Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG) 494.912"
(G 267/09, V 100/09), wobei die Bezeichnung "Waldegg" auf einen offenkundigen Schreibfehler zurückzuführen ist;
- f) "IZE202 Wopfinger Zement Waldegg 1.166.350"
(G 268/09, V 101/09),
- g) "IZE076 W&P Zementwerk Wietersdorf 1.751.685"
(G 269/09, V 102/09),
- h) "IZE075 W&P Zementwerk Peggau 895.140"
(G 270/09, V 103/09),
- i) "IZE074 Zementwerk Hofmann Kirchdorf 1.157.915"
(G 271/09, V 104/09),
- j) "IZE246 Wopfinger Zement Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG) 272.715"
(G 272/09, V 105/09),
- k) "IZE072 Lafarge Perlmösser [gemeint: Perlmöoser] Mannersdorf 2.681.820"
(G 273/09, V 106/09),
- l) "IZE073 Lafarge Perlmösser [gemeint: Perlmöoser] Retznei 1.465.535"
(G 274/09, V 107/09).

Der Verwaltungsgerichtshof schloss sich in seinen Anträgen den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes an.

3. Die Bundesregierung erstattete im von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren eine Äußerung, auf die sie aus Anlass der Anträge des Verwaltungsgerichtshofes verwies.

3.1. Die Bundesregierung weist darauf hin, dass die (mit in Prüfung stehenden) Bestimmungen der §§ 15 und 16 EZG durch das BG BGBl. I 89/2009 mit Wirksamkeit 19. August 2009 aufgehoben worden seien, und wendet sich gegen den vom Verfassungsgerichtshof gewählten Prüfungsumfang:

Unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Präjudizialität von Rechtsvorschriften (etwa VfSlg. 14.078/1995, 14.257/1995) und zur Abgrenzung des Umfangs der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen (etwa VfSlg. 16.756/2002) vertritt die Bundesregierung die Auffassung, dass "zur Beseitigung der vermeintlichen Verfassungswidrigkeit nicht der gesamte 4. Abschnitt und § 28a EZG" aufgehoben werden müssten, sondern eine Aufhebung der Wortfolgen "als Entscheidungsgrundlage für die Zuteilung gemäß § 13" in § 11 Abs. 1 erster Satz und ", der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse" in § 13 Abs. 2 EZG ausreichen würde, zumal der vom Verfassungsgerichtshof in seinem Prüfungsbeschluss ins Treffen geführte "Sachzusammenhang" keinen untrennbaren Zusammenhang zwischen den Bestimmungen des 4. Abschnittes des EZG iSd hg. Judikatur darstellte. Auch bei Wegfall der genannten Wortfolgen in § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 EZG "wären die anderen Bestimmungen des 4. Abschnittes des EZG weder inhaltsleer noch unanwendbar".

3.2. In der Sache tritt die Bundesregierung den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes entgegen; bereits die dem Einleitungsbeschluss zugrunde liegende Prämisse, dass der nationale Zuteilungsplan ein normativer Akt sei, vermag sie nicht zu teilen:

3.2.1. Der Gesetzgeber sei in Reaktion auf das Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 bestrebt gewesen, den zur Aufhebung führenden Bedenken umfassend Rechnung zu tragen (was nicht zuletzt im Bericht des Umweltausschusses zur Novelle BGBl. I 171/2006, 14 BlgNR 23. GP, deutlich zum Ausdruck komme). In diesem Bestreben sei die Systematik des EZG so tief greifend verändert worden, dass diese nach Auffassung der Bundesregierung nicht den Schluss einer materiellen Identität zwischen der als verfassungswidrig erkannten und der nunmehr geltenden Rechtslage nahe lege. Insbesondere der im Zentrum der Bedenken des Verfassungsgerichtshofes stehende Mechanismus der "Entsprechung" der rechtsverbindlichen Zuteilung mit dem an die Kommission übermittelten Zuteilungsplan und allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Kommission sei im Zuge der Novelle BGBl. I 171/2006 entfallen:

"... Die Überschrift vor § 11 EZG 'Nationaler Zuteilungsplan als Entscheidungsgrundlage (Planungsdokument)' - stellt in der Fassung der angeführten Novelle nunmehr den planerischen Charakter des NZP explizit klar. Die in der Stammfassung des § 11 EZG in den Abs. 2 und 3 dieser Bestimmung niedergelegten Kriterien zur Erstellung des NZP wurden in den § 13 EZG verlagert; somit hin zu jener Bestimmung, nach deren Kriterien die 'Zuteilung von Emissionszertifikaten durch Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheide' vorzunehmen ist. Im Rahmen der Erstellung des NZP sind diese Kriterien 'sinngemäß' anzuwenden.

... Die Bundesregierung vermag somit in Bezug auf den angenommenen normativen Charakter des NZP die vorläufige Einschätzung des Verfassungsgerichtshofes nicht zu teilen: Ob ein Akt normative Qualität hat, kann sich zum einen aus dem Akt selbst und zum anderen aus seinen rechtlichen Grundlagen ergeben.

... Dass der NZP aus sich selbst heraus, insbesondere aufgrund einer imperativen Formulierung, als normativer Akt zu beurteilen wäre, hat der Verfassungsgerichtshof weder in VfSlg. 17.967/2006 noch im gegenständlichen Prüfungsbeschluss angenommen. Tatsächlich wird im NZP auch sprachlich zum Ausdruck gebracht, dass dieser nicht als rechtserzeugender Akt anzusehen ist.

... Was die gesetzliche Grundlage betrifft, ist der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 17.967/2006 davon ausgegangen, dass sich aus dem EZG in der Stammfassung Anhaltspunkte für die Normativität des NZP ergeben haben. Auch der Verfassungsgerichtshof räumt aber ein, dass mit der EZG-Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 das Ziel verfolgt wurde, zum Ausdruck zu bringen, dass der NZP

keinen normativen Akt darstellt, sondern das Ergebnis eines Ermittlungsverfahrens verkörpert. Vor diesem Hintergrund ist die Bundesregierung auch nicht der Auffassung, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen in ihrer Gesamtheit anordnen, dass der nationale Zuteilungsplan die - 'wichtigste' - Entscheidungsgrundlage für die anlagenbezogene Zuteilung der Emissionszertifikate ist. Vielmehr stellen die Ermittlungsergebnisse, die im Verfahren zur Erstellung des NZP erzielt worden sind, einen von mehreren zu berücksichtigenden Faktoren bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung dar. Im Übrigen anerkennt auch der Verfassungsgerichtshof, dass es - im Sinn einer verfassungskonformen Interpretation - naheliegt, den NZP nicht als verbindlichen Rechtsakt zu deuten."

3.2.2. Auch lasse sich nach Auffassung der Bundesregierung aus der EH-RL nicht ableiten, dass der nationale Zuteilungsplan als verbindlicher Akt auszugestalten sei:

"... Zwar sieht Art. 11 der EH-RL vor, dass die Zuteilung der Zertifikate auf der Grundlage des NZP erfolgt. Allerdings sind auch die Vorgaben des Art. 10 der EH-RL zu beachten und die Bemerkungen der Öffentlichkeit angemessen zu berücksichtigen. Der NZP ist somit als Ergebnis eines Ermittlungsverfahrens beachtlich; der Behörde steht es nicht offen, von den Ergebnissen dieses Ermittlungsverfahrens willkürlich abzuweichen. Dies macht aus den Ergebnissen eines Ermittlungsverfahrens aber noch keinen normativen Rechtsakt.

... Die Bundesregierung versteht die vom Verfassungsgerichtshof erwähnten Aussagen des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG 7.11.2007, Rs T-374/04, *Deutschland gegen Kommission*, Rz 105 und 107, sowie EuG 30.4.2007, Rs T-387/04, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*, Rz 135) nicht dahin, dass damit eine Verbindlichkeit im Sinne einer Normativität des NZP bestätigt wird. Vielmehr wird etwa im Urteil in der Rs T-374/04, Rz 105, ausdrücklich festgehalten, dass die Vorgabe, die Zuteilungsentscheidung auf der Grundlage des NZP zu treffen, nicht zwangsläufig bedeutet, dass eine spätere Änderung der individuellen Zuteilung von Zertifikaten nicht mehr möglich wäre. Nachträgliche Abänderungen des NZP sind somit unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet worden.

... Schließlich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die EZG-Novelle, BGBl. I Nr. 171/2006, der Kommission notifiziert worden ist. Tatsächlich hat die Kommission im Notifikationsverfahren zur Umsetzung der EH-RL die seitens Österreichs vorgesehene Form der Umsetzung zur Kenntnis genommen und mit der Zahl MNE(2007)50414 vom 16. Januar 2007 bestätigt. Seitens der Kommission wurden die nationalen Bestimmungen in keiner Weise als nicht mit den Anforderungen der EH-RL vereinbar beanstandet. Hätte die Kommission Bedenken, ob die Konstruktion des NZP als nicht-normatives Planungsdokument, wie sie in Österreich vorgesehen ist,

eine ordnungsgemäße Umsetzung der EH-RL darstellt, hätte sie gegen Österreich ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

... Zusammenfassend ist daher nach Ansicht der Bundesregierung festzuhalten, dass es auch gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist, den NZP als verbindlichen Rechtsakt zu erlassen."

3.2.3. Selbst unter der Prämisse, dass die Bestimmungen des EZG bei einer richtlinienkonformen Auslegung eine Normativität des nationalen Zuteilungsplans bewirkten, führe dies - so die Bundesregierung in der Sache - nicht zwangsläufig zu einem Verstoß gegen das Prinzip der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems:

"... Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Prüfungsbeschluss festhält, wurde 'die seinerzeitige Regelung deshalb als verfassungswidrig erklärt, weil sie gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems durch Einrichtung einer neuen, aus innerstaatlichem und Gemeinschaftsrecht gemischten Rechtsquelle verstoßen hat.' Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnete dabei die Bestimmung des § 13 Abs. 4 EZG (idF BGBl. I Nr. 46/2004), wonach die rechtsverbindliche Zuteilung 'dem an die Kommission [...] übermittelten Zuteilungsplan [...] und allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission zu entsprechen' hatte. Indem in diesem System Vorgaben der Kommission unmittelbar Eingang in einen nationalen Rechtsakt finden, wurde - der Auslegung des Verfassungsgerichtshofes in VfSlg. 17.967/2006 zufolge - eine funktionell und organisatorisch gemischte Rechtsquelle geschaffen. Empfehlungen der Kommission im Fall der Ablehnung des vorzulegenden NZP sollten dem Wortlaut der Bestimmung nach unmittelbar Eingang in den NZP finden.

Die von § 13 Abs. 4 EZG idF BGBl. I Nr. 46/2004 geforderte Entsprechung der Zuteilungsverordnung führte somit - in den Worten des Verfassungsgerichtshofes - dazu, dass sich 'der Bundesminister als oberstes Organ der Vollziehung abweichende Vorgaben durch die [...] Kommission gefallen lassen muss[te]', die Zuteilungsentscheidung demnach auf dem nationalen Zuteilungsplan 'in der Umformung durch die von der Europäischen Kommission ausgesprochenen Änderungsvorgaben' beruhte. Ein Rechtsquellentypus, der unter Beteiligung eines gemeinschaftsrechtlichen Organs zustande kommt, lasse sich nicht als Verordnung im Sinne des B-VG verstehen. Die Einrichtung eines solchen Mischaktes erwies sich somit als mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems unvereinbar.

... Auch in dieser Hinsicht vermag die Bundesregierung der Auffassung des Verfassungsgerichtshofes nicht zu folgen, wonach kein Unterschied zwischen der neuen und der früheren, als verfassungswidrig aufgehobenen Rechtslage erkennbar sei.

... Gemäß dem durch die EZG-Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 eingefügten § 11 Abs. 10 EZG ist der NZP nach erfolgter Durchführung der Konsultationen (unter anderem) der Kommission zu notifizieren. In Berücksichtigung jener verfassungsrechtlichen Anforderungen, die dem Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 zu entnehmen sind, wurde folgerichtig eine unmittelbare Einwirkung allfälliger Empfehlungen der Kommission vermieden. Dies kommt in § 13 Abs. 2 EZG deutlich zum Ausdruck, wonach '[e]ine Zuteilungsverordnung [...] unter Berücksichtigung des § 12a, der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse und der Vorgaben und Entwicklungen im Rahmen der europäischen Integration zur Erreichung klimapolitischer Zielsetzungen folgenden Kriterien zu entsprechen [hat].' Die in dieser Bestimmung niedergelegten Kriterien richten sich demnach - unbeschadet des Umstandes, dass sie auch im Rahmen der Erstellung des NZP sinngemäß zur Anwendung zu bringen sind - unmittelbar an den verordnungserlassenden Bundesminister. Die Zuteilungsverordnung ist somit an den im Gesetz festgelegten Kriterien und nicht an anderweitigen Vorgaben zu messen, die zwar entsprechend zu berücksichtigen sind, jedoch - anders als in der Stamfassung des EZG - nicht unmittelbar in die Zuteilungsverordnung einfließen. Das EZG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 vermeidet es somit, neuerlich einen verfassungsrechtlich unzulässigen Mischakt zu schaffen. Allein aus der Tatsache, dass der NZP der Kommission zu notifizieren ist (eine darüber hinausgehende Rolle wird der Kommission durch das EZG im Zuge der Schaffung des NZP nicht zugewiesen), kann jedenfalls nicht der Schluss gezogen werden, dass das EZG den NZP als (unzulässigen) Mischakt konstruiert.

... Der Verfassungsgerichtshof hat bereits im Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 ausdrücklich festgehalten, dass die Schaffung eines Mischaktes vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen der EH-RL keineswegs notwendig war. Hinzu kommt, dass das Europäische Gericht erster Instanz in zwei jüngst erlassenen Urteilen (EuG 23.9.2009, Rs T-183/07, *Polen gegen Kommission*, Rz 82 ff, sowie EuG 23.9.2009, Rs T-263/07, *Estland gegen Kommission*, Rz 49 ff) eindeutige Aussagen zum NZP bzw. zur Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission bei der Schaffung des NZP vorgenommen hat.

- Bei den NZP handelt es sich eindeutig um Akte der Mitgliedstaaten. Zwar kommt der Kommission - wie auch in anderen Rechtsbereichen - ein Ablehnungsrecht und die Befugnis zu, Änderungsvorschläge zu machen. Dies macht den Akt jedoch nicht zu einem der Kommission zurechenbaren Akt, für den die Europäische Union haften würde und der vor dem Europäischen Gericht erster Instanz oder vor dem Europäischen Gerichtshof anfechtbar wäre.

- Aus Art. 249 Abs. 3 EGV 'ergibt sich, dass, wenn in einer Richtlinie die Form und die Mittel für die Erreichung eines bestimmten Ziels nicht vorgegeben sind, die Handlungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Wahl der für die Erreichung dieses Ziels geeigneten Formen und Mittel grundsätzlich unbeschränkt bleibt' (Rs T-183/07, Rz 82).

- 'In Bezug auf die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie eindeutig, dass allein die Mitgliedstaaten dafür zuständig sind, in einem ersten Schritt einen NZP aufzustellen, aus dem hervorgeht, wie viele Zertifikate sie insgesamt für den betreffenden Zeitraum zuzuteilen beabsichtigen und wie sie die Zertifikate zuzuteilen gedenken, und in einem zweiten Schritt über die Gesamtzahl der Zertifikate zu entscheiden, die sie für jeden Fünfjahreszeitraum zuteilen werden, und das Verfahren für die individuelle Zuteilung dieser Zertifikate einzuleiten' (Rs T-183/07, Rz 85). Darüber hinaus schreibt die EH-RL die Form und die Mittel zur Erreichung des in ihr festgesetzten Ziels nicht klar und präzise vor (Rs T-183/07, Rz 87), weshalb die Mitgliedstaaten über einen gewissen Spielraum bei der Umsetzung der EH-RL verfügen und daher auch bei der Wahl der Maßnahmen frei sind, die am geeignetsten erscheinen.

- Die Befugnis der Kommission zur Kontrolle und zur Ablehnung der NZP ist eng umrissen, da sie sowohl inhaltliche als auch zeitliche Grenzen hat (Rs T-183/07, Rz 36 und 89). Der Kommission komme in Bezug auf den NZP 'keine allgemeine Genehmigungsbefugnis im eigentlichen Sinn' zu (Rs T-183/07, Rz 42). 'Die Kommission ist nämlich, was die wesentlichen Grenzen dieser Befugnis anbelangt, nur befugt, die Vereinbarkeit der von dem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen mit den in Anhang III aufgestellten Kriterien und mit Art. 10 der Richtlinie zu prüfen' (Rs T-183/07, Rz 89).

- 'Würde man es der Kommission zugestehen, für alle Mitgliedstaaten ein und dieselbe Methode zur Beurteilung der NZP zu wählen, so würde man ihr nicht nur eine regelrechte Befugnis zur Vereinheitlichung im Rahmen der Durchführung des Systems für den Handel mit Zertifikaten, sondern auch eine zentrale Rolle bei der Aufstellung der NZP zuerkennen. Der Gesetzgeber hat der Kommission in der Richtlinie im Rahmen ihrer Befugnis zur Kontrolle der NZP aber weder eine solche Befugnis zur Vereinheitlichung noch eine solche zentrale Rolle zuerkannt' (Rs T-183/07, Rz 106).

- 'Außerdem ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass sich weder dem Wortlaut der Richtlinie noch der Natur oder dem Zweck der mit ihr eingeführten Regelung etwas entnehmen lässt, was es einem Mitgliedstaat verwehren würde, die Daten in seinem NZP zu ändern, nachdem die Kommission ihre Entscheidung nach Art. 9 Abs. 3 der EH-RL erlassen hat, um z.B. neuen Informationen Rechnung zu tragen, die insbesondere im Rahmen der zweiten öffentlichen Anhörung nach Art. 11 der Richtlinie gewonnen wurden' (Rs T-183/07, Rz 114). Die Mitgliedstaaten können somit, 'ohne unbedingt an die von der Kommission in einer nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie erlassenen Entscheidung ausgesprochenen Empfehlungen gebunden zu sein, ihre NZP nicht nur nach dem Erlass einer solchen Entscheidung, sondern auch nach dem Erlass ihrer Entscheidung über die individuelle Zuteilung korrigieren und aktualisieren' (Rs T-183/07, Rz 117).

Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sprechen nach Ansicht der Bundesregierung dagegen, den NZP als Mischakt zu deuten. Es handelt sich beim NZP vielmehr um einen allein im Verantwortungsbereich des Mitgliedstaats angesiedelten Akt."

Selbst wenn man also - so die Bundesregierung abschließend - dem nationalen Zuteilungsplan auf Grund richtlinienkonformer Auslegung des EZG Normativität beimessen wollte, müsse man - anders als bei § 13 Abs. 4 EZG idF BGBl. I 46/2004 - aber darin keinen Mischakt erblicken; vielmehr könnte der nationale Zuteilungsplan auch als (innerstaatliche) Verordnung qualifiziert werden, die zu erlassen in die alleinige Kompetenz eines nationalen Verwaltungsorgans, wenngleich unter Einbindung der Kommission im Wege der Notifikation, falle. Die diesfalls nicht gehörige Kundmachung des Plans bewirke aber nicht die Verfassungswidrigkeit der Regelungen des EZG.

Die Bundesregierung beantragt, die in Prüfung stehenden Bestimmungen des EZG nicht als verfassungswidrig aufzuheben; andernfalls möge für das In-Kraft-Treten der Aufhebung eine Frist von 18 Monaten gesetzt werden, um eine Novellierung jener Bestimmungen des Gesetzes zu ermöglichen, die die Zuteilung von Emissionszertifikaten an Anlageninhaber regeln.

4. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft legte einzelne Ausdrücke aus den Verordnungsakten vor und erstattete eine Äußerung, in der er den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gegen (das EZG und) die ZuteilungsVO 2. Periode - mit im Wesentlichen gleichen Argumenten wie die Bundesregierung - entgegentritt. Auf die ZuteilungsVO 2005-2007 wird nicht eingegangen.

5. Des Weiteren haben zwei der in den Anlassverfahren beschwerdeführenden Unternehmen Äußerungen abgegeben.

Die beim Verwaltungsgerichtshof zZ 2008/07/0046 beschwerdeführende Partei beantragte im hg. zZ G 267/09, V 100/09

protokollierten Verfahren die Berichtigung der zur Aufhebung begehrten Verordnungsstelle "IZE238 W&P Zementwerk Wietersdorf Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, 2. Satz EZG) 494.912" dahingehend, dass die Bezeichnung "Waldegg" zu entfallen habe. Dazu siehe Pkt. I.2.e).

II. Der Verfassungsgerichtshof hat - in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO (§ 35 VfGG) - das von Amts wegen eingeleitete und die auf Antrag des Verwaltungsgerichtshofes eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der zuvor näher bezeichneten Teile des EZG sowie der Gesetzmäßigkeit der Eintragung "EFE 53-1 Fernheizwerk Grillgasse Wien Österreichische Bundesbahnen" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2005-2007, der unter Pkt. I.1.2. und Pkt. I.2. näher umschriebenen Teile des Anhangs 1 der ZuteilungsVO 2. Periode zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und wie folgt erwogen:

1. Die (nationale) Rechtslage (die in Prüfung stehenden Bestimmungen sind hervorgehoben) und die unionsrechtlichen Vorgaben:

Gesetzliche Grundlage der angefochtenen Bescheide bildet das Bundesgesetz über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Emissionszertifikatengesetz - EZG), BGBl. I 46/2004, idF BGBl. I 171/2006, mit dem [in Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG, ABl. 2003 L 275, S 32 (im Folgenden: EH-RL)] ein Emissionshandel auf betrieblicher Ebene eingeführt wird:

Aus bestimmten (im Einzelnen definierten) Anlagen dürfen CO₂-Emissionen nicht mehr ohne weiteres an die Umwelt abgegeben werden; die Anlagenbetreiber benötigen vielmehr eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen gemäß § 4 EZG und im Ausmaß ihrer faktischen Emissionen Emissionsrechte (in Gestalt sog. Emissionszertifikate; § 18 EZG). Für jede emittierte Tonne CO₂, die nicht

durch ein Zertifikat gedeckt ist, muss der Anlageninhaber eine "Sanktionszahlung" entrichten (§ 28).

Die Zuteilung von Emissionszertifikaten erfolgt auf Grund eines mehrstufigen Systems, das aus dem nationalen Zuteilungsplan, der Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheiden besteht.

1.1. Unionsrechtliche Vorgaben:

Art. 9 der EH-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Erstellung eines nationalen Plans unter anderem für einen am 1. Jänner 2008 beginnenden Fünfjahreszeitraum. Aus dem Plan soll hervorgehen, wie viele Zertifikate insgesamt für diesen Zeitraum zuzuteilen beabsichtigt sind und wie die Staaten die Zertifikate zuzuteilen gedenken. Dieser Plan ist auf objektive und transparente Kriterien (einschließlich der in Anhang III EH-RL genannten) zu stützen; er war spätestens 18 Monate vor Beginn der oben genannten Periode zu veröffentlichen und der Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten zu übermitteln.

Art. 9 Abs. 3 EH-RL bestimmt, dass

"[i]nnerhalb von drei Monaten nach Übermittlung eines nationalen Zuteilungsplans durch einen Mitgliedstaat ... die Kommission den Plan oder einen Teil davon ablehnen [kann], wenn er mit den in Anhang III aufgeführten Kriterien oder mit Artikel 10 unvereinbar ist. Der Mitgliedstaat trifft eine Entscheidung nach Artikel 11 Absatz 1 oder 2 nur dann, wenn Änderungsvorschläge von der Kommission akzeptiert werden. Ablehnende Entscheidungen sind von der Kommission zu begründen".

Der bezogene Art. 11 Abs. 2 EH-RL legt u.a. für die Periode 2008 bis 2012 fest, dass jeder Mitgliedstaat mindestens zwölf Monate vor Beginn dieses Zeitraums auf Grund des nationalen Zuteilungsplans "über die Gesamtzahl der Zertifikate, die er für diesen Zeitraum zuteilen wird, [entscheidet] und ... das Verfahren für die Zuteilung dieser Zertifikate an die Betreiber der einzelnen Anlagen [einleitet]".

Besonders bedeutsam für die Frage der Rechtswirkungen des nationalen Zuteilungsplans ist Art. 11 Abs. 1 EH-RL, demzufolge die Zuteilungsentscheidung von jedem Mitgliedstaat "auf der Grundlage des gemäß Artikel 9 aufgestellten nationalen Zuteilungsplans" zu treffen ist.

1.2. Innerstaatliche Vorschriften:

1.2.1. Der 4., die "Zuteilung von Emissionszertifikaten" betreffende (und wegen der kraft Sachzusammenhangs der in ihm enthaltenen Rechtsvorschriften ein geschlossenes System bildende und daher zur Gänze in Prüfung gezogene) Abschnitt des EZG idF BGBl. I 171/2006 lautet:

"Nationaler Zuteilungsplan als Entscheidungsgrundlage (Planungsdokument)

§ 11. (1) Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit und dem Bundesminister für Finanzen in objektiver und transparenter Weise für die Periode 2005 bis 2007 und ab 2008 jeweils für eine Periode von fünf Jahren als Entscheidungsgrundlage für die Zuteilung gemäß § 13 einen nationalen Plan zu entwerfen, aus dem die Gesamtmenge der Emissionszertifikate für die Periode, das Verhältnis dieser Gesamtmenge zu den Emissionen aller anderen Sektoren und die Zuteilung der Emissionszertifikate an die Inhaber bezogen auf die Anlagen, in denen eine Tätigkeit gemäß Anhang 1 oder einer Verordnung gemäß § 2 Abs. 2 ausgeübt wird oder die gemäß § 2 Abs. 3 in den Zuteilungsplan einbezogen werden, sowie der Prozentsatz der Emissionszertifikate, die für eine Versteigerung vorgesehen werden, hervorgeht. Bei der Erstellung des Zuteilungsplans sind die in § 13 Abs. 2 festgelegten Kriterien sinngemäß anzuwenden.

(2) [aufgehoben durch BGBl. I 171/2006]

(3) [aufgehoben durch BGBl. I 171/2006]

(4) Der nationale Zuteilungsplan hat eine Reserve für neue Marktteilnehmer gemäß § 3 Z 5 zu enthalten. Mindestens 1% der Gesamtmenge der Emissionszertifikate soll als Reserve vorgesehen werden. Im Zuteilungsplan ist zumindest ein Stichtag vorzusehen, an dem die in der Reserve verbleibenden Emissionszertifikate am Markt verwertet werden.

(5) Der Plan kann Angaben darüber enthalten, wie dem Wettbewerb mit Ländern bzw. Anlagen außerhalb der Europäischen Union Rechnung getragen wird.

(6) Der nationale Zuteilungsplan hat eine Liste der unter dieses Bundesgesetz fallenden Anlagen unter Angabe der Anzahl der Emissionszertifikate zu enthalten, die für die einzelnen Anlagen vorgesehen sind.

(7) Alle Anlagen gemäß Anhang 1 oder einer Verordnung gemäß § 2 Abs. 2 sowie Anlagen, die gemäß § 2 Abs. 3 in den Zuteilungsplan aufgenommen wurden, die spätestens eine Woche vor dem Termin für die Übermittlung des Zuteilungsplans an die Europäische Kommission gemäß § 13 Abs. 3 in erster Instanz anlagenrechtlich genehmigt wurden, sind im nationalen Zuteilungsplan für die Periode 2005 bis 2007 zu berücksichtigen. Für die folgenden Perioden sind alle Anlagen, die spätestens drei Monate vor Übermittlung des Zuteilungsplans an die Europäische Kommission gemäß § 13 Abs. 3 nachweislich einen vollständigen Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung eingebracht haben und deren Inbetriebnahme voraussichtlich vor dem letzten Tag der jeweiligen Periode erfolgt, im Zuteilungsplan zu berücksichtigen. Im Zuteilungsplan ist festzulegen, dass die Zuteilung von Emissionszertifikaten an diese Anlagen unter der Bedingung erfolgt, dass die Anlagen tatsächlich in Betrieb genommen werden. Können bei einer Anlage, für die spätestens 21 Monate vor dem Beginn der folgenden Periode, das ist für die Periode 2008 bis 2012 der 31. März 2006, für die Periode 2013 bis 2017 der 31. März 2011, ein Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung gestellt wurde, die aus dem Betrieb der Anlage entstehenden Emissionen nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmt werden, kann von der Berücksichtigung dieser Anlage im Zuteilungsplan abgesehen werden. Die Emissionen sind insbesondere dann nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmbar, wenn die Dauer des anlagenrechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit der Zeitpunkt der tatsächlichen Inbetriebnahme nicht abschätzbar sind. Für die Zuteilung an Anlagen, für die keine oder unvollständige bzw. nicht ausreichende Emissionsmeldungen vorliegen, darunter fallen Anlagen, die während oder nach der jeweiligen Basisperiode in Betrieb genommen wurden, sind jedenfalls folgende Faktoren zu berücksichtigen:

1. die genehmigte Kapazität der Anlage;
2. die durchschnittliche Kapazitätsauslastung im Branchendurchschnitt;
3. die zu erwartende Kapazitätsauslastung der Anlage in der Periode;
4. die zu erwartenden Emissionen der Anlage unter der Annahme der Anwendung des Standes der Technik.

(8) Der nationale Zuteilungsplan für die Perioden ab 2008 hat anzugeben, in welchem Umfang die projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls in der betreffenden Periode

gemäß Abs. 1 zur Erfüllung der Verpflichtungen Österreichs nach dem Kyoto-Protokoll genützt werden sollen, und festzulegen, bis zu welchem Prozentsatz der Zuteilung für die Anlagen oder der tatsächlichen Emissionen in den Fällen des § 18 Abs. 2 die Anlageninhaber zertifizierte Emissionsreduktionen gemäß § 3 Z 7 und Emissionsreduktionseinheiten gemäß § 3 Z 8 zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gemäß § 18 verwenden dürfen. Der Prozentsatz hat mit den ergänzenden Verpflichtungen der Republik Österreich nach dem Kyoto-Protokoll und der Beschlüsse, die auf Grund des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen und des Kyoto-Protokolls gefasst wurden, insbesondere des Beschlusses 15/CP.7, in Einklang zu stehen.

(9) Im Zuge der Erstellung des nationalen Zuteilungsplans ist zunächst ein Entwurf dieses Plans jedenfalls den Inhabern der betroffenen Anlagen sowie den in ihrem Wirkungsbereich berührten Bundesministern zur Kenntnis zu bringen. Den Inhabern ist Gelegenheit zur Stellungnahme binnen mindestens sechs Wochen zu geben.

(10) Der unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahmen gemäß Abs. 9 überarbeitete Entwurf des Plans ist der Öffentlichkeit einschließlich der in Abs. 9 genannten Stellen sowie den Interessenvertretungen der Inhaber unter Festlegung einer sechswöchigen Stellungnahmefrist zugänglich zu machen. Der unter Berücksichtigung der eingelangten Stellungnahmen überarbeitete Plan ist nach Durchführung dieser Konsultationen zu veröffentlichen und der Europäischen Kommission zu notifizieren sowie den übrigen Mitgliedstaaten zu übermitteln.

Erster nationaler Zuteilungsplan

§ 12. Bei der Erstellung des ersten nationalen Zuteilungsplans für die Jahre 2005 bis 2007 hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft die von den Inhabern gemeldeten und vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft auf Plausibilität geprüften Emissionen der Anlagen gemäß Anhang 1 oder § 2 Abs. 3 in der Periode 1998 bis 2001 zu berücksichtigen. Falls solche Emissionsmeldungen nicht vorliegen, hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft dem Anlageninhaber die Meldung mit Bescheid aufzutragen. Falls die Basisperiode 1998 bis 2001 für die Anlage nicht repräsentativ ist, kann in begründeten Fällen eine abweichende Basisperiode herangezogen werden.

Zweiter nationaler Zuteilungsplan

§ 12a. Bei der Erstellung des nationalen Zuteilungsplans für die Periode 2008 bis 2012 hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft die von den Inhabern gemeldeten und vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft auf Plausibilität geprüften Emissionen der Anlagen gemäß Anhang 1 oder § 2 Abs. 3 in den Jahren 2002 bis 2005 zu berücksichtigen. Falls solche

Meldungen nicht vorliegen, hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft dem Anlageninhaber die Meldung mit Bescheid aufzutragen. Falls die Basisperiode 2002 bis 2005 für die Anlage nicht repräsentativ ist, kann in begründeten Fällen eine abweichende Basisperiode herangezogen werden, indem einzelne Jahre aus dieser Periode unberücksichtigt bleiben. Unbeschadet des § 8 ist eine nicht gemäß § 9 geprüfte Meldung der Emissionen für das Jahr 2005 dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft bis 15. Februar 2006 zu übermitteln.

Zuteilung von Emissionszertifikaten durch Zuteilungsverordnung
und Zuteilungsbescheide

§ 13. (1) Für die Periode 2008 bis 2012 hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sechs Monate vor Beginn der Periode, für jede folgende Fünfjahresperiode zwölf Monate vor Beginn der betreffenden Periode

1. die Gesamtzahl der Emissionszertifikate, die für die jeweilige Periode zugeteilt wird,

2. die Reserve und den Stichtag für die Verwertung der verbleibenden Emissionszertifikate (Abs. 5),

3. den Prozentsatz der Zuteilung, bis zu dem die Anlageninhaber zertifizierte Emissionsreduktionen und Emissionsreduktionseinheiten zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gemäß § 18 verwenden dürfen, und

4. die Zuteilung der Emissionszertifikate auf die einzelnen Anlagen

mit Zuteilungsverordnung festzulegen.

Bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung sind alle Anlagen, die spätestens 21 Monate vor dem Beginn der folgenden Periode, das ist für die Periode 2008 bis 2012 der 31. März 2006, für die Periode 2013 bis 2017 der 31. März 2011, nachweislich einen vollständigen Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung eingebracht haben, deren Inbetriebnahme voraussichtlich vor dem letzten Tag der jeweiligen Periode erfolgt und deren Emissionen mit hinreichender Genauigkeit bestimmbar sind, zu berücksichtigen. In der Zuteilungsverordnung ist festzulegen, dass die Zuteilung von Emissionszertifikaten an diese Anlagen unter der Bedingung erfolgt, dass die Anlagen tatsächlich in Betrieb genommen werden. Können bei einer Anlage, für die spätestens 21 Monate vor dem Beginn der folgenden Periode ein Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung gestellt wurde, die aus dem Betrieb der Anlage entstehenden Emissionen nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmt werden, kann von der Berücksichtigung dieser Anlage in der Zuteilungsverordnung abgesehen werden. Die Emissionen sind insbesondere dann nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmbar,

wenn die Dauer des anlagenrechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit der Zeitpunkt der tatsächlichen Inbetriebnahme nicht abschätzbar sind. Für die Zuteilung an Anlagen, für die keine oder unvollständige bzw. nicht ausreichende Emissionsmeldungen vorliegen, insbesondere Anlagen, die während oder nach der jeweiligen Basisperiode in Betrieb genommen wurden, sind jedenfalls folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- a) die genehmigte Kapazität der Anlage,
- b) die durchschnittliche Kapazitätsauslastung im Branchendurchschnitt,
- c) die zu erwartende Kapazitätsauslastung der Anlage in der Periode und
- d) die zu erwartenden Emissionen der Anlage unter der Annahme der Anwendung des Standes der Technik.

(2) Eine Zuteilungsverordnung gemäß Abs. 1 hat unter Berücksichtigung des § 12a, der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse und der Vorgaben und Entwicklungen im Rahmen der europäischen Integration zur Erreichung klimapolitischer Zielsetzungen folgenden Kriterien zu entsprechen:

1. Die Mengen der Emissionszertifikate, die zugeteilt werden, müssen mit dem Potenzial, auch dem technischen Potenzial, der unter dieses Bundesgesetz fallenden Tätigkeiten gemäß Anhang 1 zur Emissionsverringerung in Einklang stehen. Die Zuteilung berücksichtigt die erwarteten Trendwerte der Produktion, Energieintensität und Kohlenstoffdioxidintensität der Tätigkeit (Business as usual). Dabei sollen bei der Zuteilung von Emissionszertifikaten die durchschnittlichen spezifischen Treibhausgasemissionen des Brennstoffs, die Energieeffizienz und die in diesen Tätigkeitsbereichen erreichbaren Fortschritte zugrunde gelegt werden. Aus im Rahmen des Informationsaustausches nach Artikel 16 Abs. 2 der Richtlinie 96/61/EG des Rates über die integrierte Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung, ABl. Nr. L 257 vom 10. Oktober 1996 S. 26ff, erstellten BVT-Referenzdokumenten (BREFs) resultierende Benchmarks oder, falls für die betreffende Aktivität keine solchen Dokumente existieren, andere objektive und transparente Vergleichsmaßstäbe sollen verwendet werden. Die Zuteilung berücksichtigt, dass prozessbedingte Emissionen nicht in gleichem Ausmaß beeinflussbar sind wie energiebedingte Emissionen, und wendet daher für prozessbedingte Emissionen eine andere Berechnungsmethode für die Zuteilung an als für energiebedingte Emissionen. Emissionen von Treibhausgasen, die durch die Durchführung von freiwilligen Umweltschutzmaßnahmen entstehen, sind wie prozessbedingte Emissionen zu behandeln.

2. Die Zuteilung berücksichtigt die klimapolitische Bedeutung von effizienter Kraft-Wärme-Kopplung und effizienter Fernwärmeerzeugung und deren in der Klimapolitik vorgesehenen

Ausbau. Weiters können andere emissionsfreie oder besonders emissionsarme Technologien, einschließlich energieeffizienter Technologien, berücksichtigt werden.

3. Die Zuteilung muss mit den übrigen rechtlichen und politischen Instrumenten der Gemeinschaft und Österreichs in Einklang stehen. Eine als Ergebnis von neuen rechtlichen Anforderungen unvermeidbare signifikante Änderung der Emissionen soll berücksichtigt werden.

4. Die Zuteilung darf Unternehmen oder Sektoren nicht in einer Weise unterschiedlich behandeln, dass bestimmte Unternehmen [o]der Tätigkeiten ungerechtfertigt, insbesondere unter Berücksichtigung der Anforderungen aus Artikel 87 und 88 des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft, bevorzugt werden.

5. Die Mengen der Emissionszertifikate, die den Sektoren Industrie und Energiebereitstellung zugeteilt werden, müssen mit der nationalen Klimapolitik vereinbar sein. Die Sicherheit der Versorgung mit elektrischer Energie soll mitberücksichtigt werden.

6. Die Menge der Emissionszertifikate, die in der jeweiligen Periode zugeteilt werden, hat mit der in der Entscheidung vom 25. April 2002 über die Ratifikation des Kyoto-Protokolls durch die Gemeinschaft, ABl. Nr. L 130/1 vom 15. Mai 2002, und im Kyoto-Protokoll enthaltenen Verpflichtung Österreichs zur Verringerung seiner Treibhausgas[e]missionen in der Periode 2008 bis 2012 gegenüber 1990 in Einklang zu stehen. Dabei müssen der Anteil der Gesamtemissionen, dem diese Emissionszertifikate im Vergleich zu Emissionen aus Quellen entsprechen, die nicht unter dieses Bundesgesetz fallen, sowie die nationalen energie- und klimapolitischen Maßnahmen berücksichtigt werden. Die Menge der zuzuteilenden Emissionszertifikate darf nicht höher sein als der wahrscheinliche Bedarf bei strikter Anwendung der Kriterien.

7. Die tatsächlichen und die erwarteten Fortschritte bei der Erbringung des Beitrags Österreichs zu den Verpflichtungen der Gemeinschaft sind gemäß der Entscheidung 93/389/EWG über ein System zur Beobachtung von CO₂ und anderen Treibhausgasen in der Gemeinschaft, ABl. Nr. L 167 vom 9.7.1993 S. 31, zu bewerten und sicherzustellen, dass die Menge der Emissionszertifikate, die jeweils zugeteilt werden, mit dieser Bewertung vereinbar ist.

8. Für die Festlegung der Gesamtzahl sind die Kriterien der Z 1, 3, 4, 5, 6 und 7, für die Zuteilung auf Tätigkeitsebenen die Kriterien in Z 1, 2, 3 und 4, bei der Zuteilung auf Anlagenebene die Kriterien in Z 1 und 2 heranzuziehen.

(3) Die sich aus der Zuteilungsverordnung ergebende Zuteilung an die Anlagen hat mit Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu erfolgen.

(4) [aufgehoben durch VfGH, Kdm. BGBl. I 159/2006]

(5) Die Zuteilungsverordnung hat eine Reserve für neue Marktteilnehmer gemäß § 3 Z 5 zu enthalten. Mindestens 1 v.H. der Gesamtmenge der Emissionszertifikate ist als Reserve vorzusehen. Falls die Reserve nicht ausreicht, um die Zuteilung an diese Anlagen zu bedecken, kann der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen eine dazu geeignete, mit dem Emissionshandel vertraute Stelle beauftragen, die benötigten Emissionszertifikate anzukaufen und diese für die kostenlose Zuteilung an die neuen Marktteilnehmer zur Verfügung zu stellen. Zum Ausgleich erhält die beauftragte Stelle in der folgenden Zuteilungsperiode aus der für diese Periode gebildeten Reserve eine Menge an Emissionszertifikaten zum Verkauf am Markt zugewiesen, die der Menge der in der vorigen Zuteilungsperiode durch die beauftragte Stelle für die im dritten Satz angeführten Zwecke zugekauften und zur Verfügung gestellten Emissionszertifikate entspricht. Falls keine Stelle mit dem Ankauf der Emissionszertifikate beauftragt werden kann, hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft nach Maßgabe der für diese Zwecke im Rahmen des jeweiligen Bundesfinanzgesetzes verfügbaren budgetären Mittel Emissionszertifikate anzukaufen und diese den Anlageninhabern kostenlos zur Verfügung zu stellen. Die entsprechende Menge an Emissionszertifikaten ist von der Gesamtzuteilungsmenge für die jeweils folgende Periode in Abzug zu bringen. Eine Zuteilung aus der Reserve erfolgt mit Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Der Antrag auf Zuteilung aus der Reserve ist binnen sechs Wochen nach der anlagenrechtlichen Genehmigung, bei Anlagen, die zum Zeitpunkt der Kundmachung dieses Bundesgesetzes bereits über eine anlagenrechtliche Genehmigung verfügen, binnen sechs Wochen nach der Kundmachung zu stellen und hat Angaben gemäß Abs. 1 letzter Satz lit a, c und d sowie gemäß § 5 Abs. 1 Z 1 und 2 sowie Angaben zum Zeitpunkt der voraussichtlichen Inbetriebnahme zu enthalten. Dem Antrag ist der anlagenrechtliche Genehmigungsbescheid beizufügen. Die Anträge auf Zuteilung aus der Reserve sind nach dem Datum der Erlassung der anlagenrechtlichen Genehmigung zu reihen. Die Zuteilungsverordnung hat nähere Regelungen über die Vergabe dieser Emissionszertifikate vorzusehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass jene neuen Marktteilnehmer, die am Anfang der jeweiligen Periode eine Genehmigung gemäß §§ 4 und 6 erhalten, einen größeren Bedarf an Emissionszertifikaten haben. Aus der fixen Reserve von 1 v.H. sind Emissionszertifikate zuzuerkennen, solange die Reserve über Emissionszertifikate verfügt. In der Zuteilungsverordnung ist zumindest ein Stichtag vorzusehen, an dem die verbleibenden Emissionszertifikate am Markt verwertet werden. Die Erlöse sind für Klimaschutzmaßnahmen gemäß dem Umweltförderungsgesetz zu verwenden.

Zuteilungsmethode

§ 14. (1) Für die Periode 2005 bis 2007 sind die Emissionszertifikate kostenlos zuzuteilen.

(2) Soweit dies zur Förderung eines effizienten Marktes für Emissionszertifikate zweckmäßig ist, kann der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ab dem mit 1. Jänner 2008 in Geltung stehenden nationalen Zuteilungsplan einen in diesem Plan festzulegenden Prozentsatz der Emissionszertifikate festlegen, der versteigert wird. In dem für die Periode 2008 bis 2012 geltenden Plan darf dieser Prozentsatz höchstens 10 v.H. betragen. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat die Modalitäten für diese Versteigerung mit Verordnung festzulegen.

Höhere Gewalt

§ 15. In Fällen höherer Gewalt, die zu einem signifikant erhöhten Ausstoß von Treibhausgasen bei Anlagen gemäß Anhang 1 oder § 2 Abs. 2 führen, insbesondere bei Naturkatastrophen, kriegerische[n] Auseinandersetzungen, Terrorakte[n], Sabotage und Vandalismus, hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft für die betroffenen Anlagen auf begründeten Antrag der Inhaber zusätzliche, nicht übertragbare Emissionszertifikate zu vergeben.

Anlagenpools

§ 16. (1) Anlageninhaber, die dieselbe Tätigkeit unter einer Ziffer gemäß Anhang 1 oder gemäß einer Verordnung gemäß § 2 Abs. 2 ausüben, können für die Periode 2005 bis 2007 und für die Periode 2008 bis 2012 einem Anlagenpool beitreten. Die Errichtung eines Anlagenpools bedarf der Genehmigung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Die Genehmigung erfolgt mit Bescheid.

(2) Im Antrag, der spätestens 90 Tage vor Beginn der jeweiligen Periode beim Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft einzureichen ist, sind die Anlagen und die Periode anzugeben, für die der Pool gebildet werden soll, und der Nachweis zu erbringen, dass ein Treuhänder in der Lage sein wird, die in den Absätzen 3 und 4 genannten Verpflichtungen zu erfüllen. Im Antrag ist ein Treuhänder zu benennen.

(3) Auf das Konto des Treuhänders wird abweichend von § 17 die Gesamtmenge der den im Pool zusammengefassten Anlagen zugeteilten Emissionszertifikate gebucht. Der Treuhänder ist abweichend von § 18 verantwortlich für die Abgabe von Emissionszertifikaten, die den Gesamtemissionen der Anlagen im Pool entsprechen. Der Treuhänder darf keine weiteren Übertragungen durchführen, falls der Bericht eines Inhabers im Rahmen der Prüfung gemäß § 9 als nicht zufrieden stellend bewertet oder vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft bis 30. April nicht als ausreichend anerkannt wurde.

(4) Abweichend von § 28 werden die Sanktionszahlungen für Verstöße gegen die Verpflichtungen zur Abgabe einer ausreichenden Anzahl von Emissionszertifikaten, um die Gesamt-

emissionen aus den Anlagen im Pool abzudecken, gegen den Treuhänder verhängt. Falls der Treuhänder die Sanktionszahlungen nicht leistet, ist jeder Inhaber einer Anlage im Pool für die Emissionen seiner eigenen Anlage verantwortlich.

(5) Der Ausschluss oder das Ausscheiden eines Anlageninhabers aus dem Pool ist nur mit Jahresende zulässig und ist dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vom Treuhänder unverzüglich zu melden."

1.2.2. Damit im Zusammenhang steht § 28a EZG idF BGBl. I 171/2006, welcher die Neuerlassung einer Zuteilungsverordnung und von Zuteilungsbescheiden nach Aufhebung derselben durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes zum Gegenstand hat. Dieser lautet:

"Neuerlassung von Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheiden

§ 28a. (1) Wird die Zuteilungsverordnung für eine Periode durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aufgehoben, so hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit in Anwendung der §§ 12 und 13 unverzüglich mit Verordnung mit Wirkung für die betreffende Periode die Gesamtzahl der Emissionszertifikate, die für diese Periode zugeteilt wird, die Reserve und den Stichtag sowie den Prozentsatz der Zuteilung, bis zu dem die Anlageninhaber zertifizierte Emissionsreduktionen zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gemäß § 18 verwenden dürfen, und die Zuteilung der Emissionszertifikate festzulegen. § 13 Abs. 4 ist nicht anzuwenden.

(2) Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat mit Bescheid den Anlagen, deren Zuteilungsbescheide durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs oder des Verwaltungsgerichtshofs aufgehoben wurden, die Emissionszertifikate, die sich für sie aus der gemäß Abs. 1 oder gemäß § 13 erlassenen Zuteilungsverordnung ergeben, für die verbleibende Periode nach Aufhebung der Zuteilungsbescheide zuzuteilen. § 13 Abs. 3 und 4 sind nicht anzuwenden. Die von den Beschwerden nicht betroffenen Zuteilungsbescheide bleiben aufrecht."

1.2.3. Mit der (am 19. August 2009 in Kraft getretenen) Novelle BGBl. I 89/2009 wurden § 11 Abs. 1, 7 und 8 sowie § 13 Abs. 1 EZG geringfügig geändert, die §§ 15 und 16 sind entfallen. § 17, welcher die Vergabe von Emissionszertifikaten regelt und vor der in Rede stehenden Novelle dem 5. Abschnitt zugehörte, wurde Teil des 4. Abschnitts.

1.4.1. Gestützt auf § 13 Abs. 1 EZG erging die Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten für die Periode 2008 bis 2012 (Zuteilungsverordnung 2. Periode), BGBl. II 279/2007. Diese Verordnung legt die Gesamtzahl der Emissionszertifikate für die Periode 2008 bis 2012 sowie Formeln, nach denen die (jährlichen) Zuteilungen auf Sektoren, Branchen und Anlagen zu berechnen sind, fest.

Anhang 1 enthält eine Liste der Anlagen und die Anzahl der diesen für die Jahre 2008 bis 2012 (kostenlos) zuzuteilenden Zertifikate und lautet auszugsweise wie folgt (die in Prüfung stehenden Verordnungsstellen sind hervorgehoben):

"Anhang 1

Codes	Anlagenname	Kostenlose Zuteilung 2008 - 2012
...
	Zementindustrie	13.802.637
IZE071	Schretter&Cie Zementwerk Vils	886.950
IZE072	Lafarge Perlmooser Mannersdorf	2.681.820
IZE073	Lafarge Perlmooser Retznei	1.465.535
IZE074	Zementwerk Hofmann Kirchdorf	1.157.915
IZE075	W&P Zementwerk Peggau	895.140
IZE076	W&P Zementwerk Wietersdorf	1.751.685
IZE238	W&P Zementwerk Wietersdorf (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	494.912
IZE077	Gmundner Zement	1.666.545
IZE078	Zementwerke Leube Gartenau	1.363.070
IZE246	Wopfinger Zement Waldegg (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	272.715

IZE202	Wopfinger Zement Waldegg	1.166.350
	Papierindustrie	11.094.766
...
IPA086	Frantschach St. Gertraud	250.980
...
	Kalkindustrie	4.378.412
...
IKA122	W&P Kalkwerk Peggau	331.265
IKA243	W&P Kalkwerk Peggau (Anlage gemäß § 13 Abs. 1, zweiter Satz EZG)	197.920
IKA123	Schretter&Cie Kalkwerk Vils	198.210
...
	Ziegelindustrie	1.847.475
...
IZI148	Salzburger Ziegelwerk Oberndorf	49.645
...
IZI156	Ziegelwerk Frixeder Senftenbach	67.780
..."

1.4.2. Gestützt auf § 28a Abs. 1 EZG erging - nach Aufhebung der ZuteilungsVO, BGBl. II 18/2005, für die Periode 2005 bis 2007 durch den Verfassungsgerichtshof - die Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten und die Handhabung der Reserve (Zuteilungsverordnung), BGBl. II 87/2007. Diese Verordnung legt - wie schon die Vorgängerverordnung - die Gesamtzahl der Emissionszertifikate für die Periode 2005 bis 2007 sowie Formeln, nach denen die (jährlichen) Zuteilungen auf Sektoren, Branchen und Anlagen zu berechnen sind, fest.

Anhang 1 enthält eine Liste der Anlagen, denen nach den Bestimmungen des § 4 die Emissionszertifikate durch Bescheid (§ 5) zuzuteilen sind; diese Bestimmungen lauten auszugsweise (die in Prüfung gezogene Verordnungsstelle ist hervorgehoben):

"Aufteilung auf Anlagen

§ 4. Die Aufteilung der den Branchen jährlich zuge-
teilten Emissionszertifikate auf die Anlagen gemäß Anhang 1 EZG
hat nach folgender Formel zu erfolgen:

$$\text{Zuteilung}_{(05-07)} = \text{Allokationsbasis} * PF_A * EF_A$$

...

§ 5. Die Zuteilung erfolgt per Bescheid des Bundes-
ministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirt-
schaft für jene Anlagen, die in Anhang 1 angeführt sind.

...

Anhang 1

Code	Anlage	Anlageninhaber
...
EFE	Fernwärme	
...
EFE 53-1	Fernheizwerk Grillgasse Wien	Österreichische Bundes- bahnen
..."

2. Zur Zulässigkeit der von Amts wegen und auf Antrag
des Verwaltungsgerichtshofes eingeleiteten Verfahren:

2.1. In von Amts wegen eingeleiteten Normenprüfungs-
verfahren hat der Verfassungsgerichtshof den Umfang der zu
prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen derart
abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand
ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist,
dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung
seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals
vollständig erreicht werden können, ist in jedem Einzelfall ab-
zuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor

dem anderen gebührt (VfSlg. 7376/1974, 9374/1982, 11.506/1987, 15.599/1999, 16.195/2001).

Die Grenzen der Aufhebung müssen auch in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003).

2.2. Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Bedenken, die den Gerichtshof bewogen haben, ein Gesetzesprüfungsverfahren einzuleiten, nämlich die (neuerliche) Qualifikation des nationalen Zuteilungsplans als eigene Rechtsquelle, ging der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass diese - mögliche - Normativität durch den Zusammenhalt sämtlicher im 4. Abschnitt und im § 28a des EZG enthaltener Rechtsvorschriften bewirkt werde, weshalb - in den Worten des Prüfungsbeschlusses - die genannten, "kraft Sachzusammenhangs ein geschlossenes System bildenden Rechtsvorschriften" zur Gänze in Prüfung gezogen wurden.

Diese Annahme kann der Verfassungsgerichtshof nicht aufrecht erhalten.

Wie die Bundesregierung in ihrer Äußerung im Ergebnis richtig ausführt, ist ausschließlich der Deutung der Worte "als Entscheidungsgrundlage" in § 11 Abs. 1 EZG idF BGBl. I 171/2006 sowie der Wortfolge ", der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse" in § 13 Abs. 2 EZG idF BGBl. I 171/2006 eine allfällige normative Wirkung des nationalen Zuteilungsplans zu entnehmen. Die sonstigen, vorläufig in Prüfung gezogenen Bestimmungen des EZG betreffen nicht die normative Wirkung, also das Problem der Rechtsverbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans. Sie regeln vielmehr die Zuständigkeit bzw. die Verpflichtung zur Aufstellung des nationalen

Zuteilungsplans, die vom Gesetz als Planentwurf umschrieben wird (§ 11 Abs. 1 EZG), und enthalten ferner Angaben zum notwendigen Inhalt des Plans, zur Zuteilung von Emissionszertifikaten durch Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheide (§ 13 EZG) sowie in den §§ 15 und 16 Vorschriften über höhere Gewalt und Anlagenpools, die mittlerweile von der Novelle zum EZG BGBl. I 89/2009 beseitigt wurden. Alle diese Vorschriften stehen mit den eingangs angeführten Wortfolgen nicht in einem derart zwingenden Sachzusammenhang, dass sie deren rechtliches Schicksal teilen. Sowohl die Vorschriften über die Zuständigkeit zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans, wie auch über dessen notwendigen Inhalt und über die Erlassung der Zuteilungsverordnung und der Zuteilungsbescheide besitzen eigenständige rechtliche Bedeutung.

2.3. Da sich die Gesetzesprüfungsverfahren daher nur hinsichtlich der Worte "als Entscheidungsgrundlage" in § 11 Abs. 1 und der Wortfolge ", der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse" in § 13 Abs. 2 EZG als zulässig erweisen, ist das von Amts wegen eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren im darüber hinausgehenden Umfang einzustellen und sind die auf Art. 140 B-VG gestützten Anträge des Verwaltungsgerichtshofes, soweit sie sich nicht auf die genannten Wortfolgen beschränken, zurückzuweisen.

3. In der Sache:

Der Verfassungsgerichtshof hegte das Bedenken, dass die in Prüfung stehenden Bestimmungen des EZG gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems verstoßen und dass - im Falle ihrer Aufhebung - die in Prüfung stehenden Verordnungsstellen der gesetzlichen Grundlage entbehrten.

3.1. Diese Bedenken haben sich als nicht begründet erwiesen:

Der Verfassungsgerichtshof geht mit der Bundesregierung von dem, im Zuge der Novelle zum EZG BGBl. I 171/2006 eindeutig zum Ausdruck gelangenden Willen des Bundesgesetzgebers aus, dass dem nationalen Zuteilungsplan kein rechtsverbindlicher, einem Gesetz im materiellen Sinn analoger Charakter zukommen soll. Im Gegensatz zur vorhergehenden, vom Verfassungsgerichtshof mit dem Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 aufgehobenen gesetzlichen Regelung des seinerzeitigen § 13 Abs. 4 EZG wurde vom Gesetzgeber die Qualität des nationalen Zuteilungsplans als selbständige Rechtsquelle verneint. Nicht nur die Gesetzesrubrik zu § 11 Abs. 1 EZG mit der Charakterisierung des nationalen Zuteilungsplans "als Entscheidungsgrundlage (Planungsdokument)", die sich in den zu prüfenden Worten "als Entscheidungsgrundlage" in § 11 Abs. 1 erster Satz EZG wiederfindet, sondern auch der Ausschussbericht (AB zur nachmaligen Novelle BGBl. I 171/2006, 14 BlgNR 23. GP, 2) lässt eindeutig erkennen, dass im Hinblick auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 17.967/2006 die Regelung des § 11 Abs. 1 EZG idF BGBl. I 171/2006 vom Gesetzgeber getroffen wurde, um klarzustellen, "dass der nationale Zuteilungsplan gemäß § 11 ein Planungsdocument ist, aber keine rechtsetzende Wirkung hat" (so der zitierte AB).

Dass der nationale Zuteilungsplan eine Entscheidungsgrundlage für die rechtsverbindliche Zuteilung von Emissionszertifikaten in den Rechtsformen der Zuteilungsverordnung und der Zuteilungsbescheide ist, bedeutet dem Willen des Gesetzgebers zufolge nicht, dass der Plan eine spezifische, für eine Rechtsquelle typische normative Struktur besitzt. Vielmehr bildet er eine umfassende Auflistung der Maßnahmen - insbesondere des Handels mit Emissionszertifikaten -, mit denen die bestehenden Programme im Rahmen der nationalen Klimaschutzpolitik zwecks Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen verwirklicht werden. Deshalb ist in § 11 Abs. 1 EZG auch gefordert, dass im nationalen Zuteilungsplan ausgehend von der Emissionsgesamtmenge

das Verhältnis zu den Emissionen aller anderen Sektoren dargestellt wird und dieser auch die Kriterien für die Zuteilung der Emissionszertifikate an die Inhaber entsprechender Anlagen enthält. Dabei hat gemäß § 11 Abs. 8 EZG der nationale Zuteilungsplan auch anzugeben, "in welchem Umfang die projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls in der betreffenden Periode ... zur Erfüllung der Verpflichtungen Österreichs nach dem Kyoto-Protokoll genützt werden sollen". Wie bereits ein Blick in den "Nationalen Zuteilungsplan für Österreich gemäß § 11 Emissionszertifikatengesetz für die Periode 2008-2012" vom 29. Juni 2007, verfasst und herausgegeben vom Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, zeigt, handelt es sich dabei um eine unter Berücksichtigung der Hinweise der Kommission erstellte Auflistung der Gesamtmenge der Zertifikate, die dann auf die Ebene der Tätigkeitsbereiche, sowie letztlich im Plan auf die Ebene der Anlagen heruntergebrochen wird, wobei das technologische Emissionsversorgungspotential besonders bedacht wird. Anspruch auf Rechtsverbindlichkeit besitzen jene planerischen Feststellungen und Aussagen nicht.

Rechtlich verbindliche Zuteilungsakte für Emissionszertifikate sind daher gemäß § 13 Abs. 1 EZG erst die Zuteilungsverordnung sowie die Zuteilungsbescheide gemäß § 13 Abs. 3 EZG. Für den Inhalt dieser rechtsverbindlichen (und selbstverständlich rechtsstaatlicher Kontrolle zugänglichen) Verwaltungsakte bilden die im nationalen Zuteilungsplan enthaltenen Ermittlungsergebnisse die sachverständige Grundlage. Sie ist gemäß § 13 Abs. 2 EZG in gleicher Weise Determinante der Zuteilungsverordnung wie die "Vorgaben und Entwicklungen im Rahmen der europäischen Integration zur Erreichung klimapolitischer Zielsetzungen". Ebenso wenig wie die klimapolitischen Zielsetzungen, die in den Z 1 bis 7 des § 13 Abs. 2 EZG umschrieben sind, selbständige normative Qualität besitzen, besitzen auch die im nationalen Zuteilungsplan aufgelisteten Ermittlungsergebnisse einen selbständigen normativen Charakter, mögen sie auch bei der Erlassung der Zuteilungsverordnungen und -bescheide zu berücksichtigen sein.

Eine rechtsquellenartige Verbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans lässt sich auch dem Unionsrecht nicht entnehmen. Wenn Art. 11 EH-RL vorsieht, dass die Zuteilung der Zertifikate auf der Grundlage des nationalen Zuteilungsplans erfolgt, wird damit nichts über dessen innerstaatliche Form festgelegt: Die Mitgliedstaaten sind vielmehr bei der Verwirklichung einer Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV (vormals: Art. 249 Abs. 3 EG) frei, die zur Erreichung eines bestimmten, von einer Richtlinie vorgegebenen Ziels geeigneten Formen und Mittel zu wählen. Wenn der österreichische Gesetzgeber dazu wie in der vorliegenden Regelung des § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 EZG darauf abstellt, dass die im nationalen Zuteilungsplan enthaltenen Ermittlungsergebnisse neben den sonstigen klimaschutzrechtlich bedeutsamen Daten als Entscheidungsgrundlage zu berücksichtigen sind, ist dagegen unionsrechtlich nichts einzuwenden, zumal die Grundlagenwirkung des nationalen Zuteilungsplans gemäß Art. 11 EH-RL mit seiner Berücksichtigung als "Entscheidungsgrundlage" im Sinne des § 11 Abs. 1 EZG eine hinreichende Umsetzung in innerstaatliches Recht erfahren hat.

Schließlich stehen dem vom Gesetzgeber verfügten Fehlen einer normativen Qualifikation des nationalen Zuteilungsplans auch keine rechtsstaatlichen Bedenken entgegen:

Selbstverständlich kann auch die im nationalen Zuteilungsplan enthaltene Datenaggregation fehlerhaft sein. Geht der Fehler auf einen von der Kommission im Rahmen des Notifikationsverfahrens gemäß Art. 9 EH-RL iVm § 11 Abs. 10 EZG erhobenen Einwand zurück, so kann dieser Einwand zum Gegenstand eines Verfahrens vor den Europäischen Gerichten gemacht werden. Sind hingegen Daten fehlerhaft, die, im nationalen Zuteilungsplan enthalten, zur Grundlage einer Zuteilungsverordnung oder/und eines Zuteilungsbescheides gemacht wurden, so kann die Fehlerhaftigkeit des Plans im Rahmen einer Anfechtung der betreffenden Zuteilungsverordnung vor dem Verfassungsgerichtshof bzw. des betreffenden Zuteilungsbescheides vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts geltend gemacht werden.

3.2. Da somit - anders als nach den mit Erkenntnis VfSlg. 17.967/2006 für verfassungswidrig befundenen Gesetzesbestimmungen - dem nationalen Zuteilungsplan auch unter Berücksichtigung der in Prüfung gezogenen Wortfolgen in § 11 Abs. 1 EZG und § 13 Abs. 2 EZG keine Rechtsverbindlichkeit als selbständige Rechtsquelle - mehr - zukommt, treffen die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes nicht zu. Es war daher auszusprechen, dass die Worte "als Entscheidungsgrundlage" in § 11 Abs. 1 EZG nicht verfassungswidrig waren und die Wortfolge ", der im Verfahren zur Erstellung des nationalen Zuteilungsplans erzielten Ermittlungsergebnisse" in § 13 Abs. 2 EZG nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird. Die diesbezüglichen auf Art. 140 B-VG gestützten Anträge des Verwaltungsgerichtshofes waren daher abzuweisen.

3.3. Die von Amts wegen in Prüfung gezogenen Verordnungsstellen der ZuteilungsVO 2005-2007 und der ZuteilungsVO 2. Periode waren dementsprechend nicht als gesetzwidrig aufzuheben. Ebenso waren die Anträge des Verwaltungsgerichtshofes gemäß Art. 139 B-VG auf Aufhebung der im Spruch unter Pkt. II.1.b) näher bezeichneten Stellen des Anhangs 1 der ZuteilungsVO 2. Periode dementsprechend abzuweisen.

4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Wien, am 5. März 2010

Der Präsident:

Dr. H o l z i n g e r

Schriftführerin:

Dr. B u c h i n g e r