

Verfassungsgerichtshof  
Judenplatz 11, 1010 Wien  
G 138-142/05, V 97-101/05-20  
G 7/06, V 3/06-16

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. K o r i n e k ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Dr. B e r c h t o l d - O s t e r m a n n ,

DDr. G r a b e n w a r t e r ,

Dr. H a l l e r ,

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

Dr. K a h 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 p i e l b ü c h l e r

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. F e l z m a n n

als Stimmführer, im Beisein des Schriftführers

Dr. C h v o s t a ,

(11. Oktober 2006)

1. in den von Amts wegen eingeleiteten Verfahren zur Prüfung

a) der Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 4 des Emissionszertifikatgesetzes (EZG), BGBl. I 46/2004, sowie

b) der Gesetzmäßigkeit folgender Teile des Anhangs 1 der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005:

"EEW 4-1 EVN KW Dürnrrohr Zwentendorf EVN AG",  
"EEW 5-1 EVN KW Kornneuburg EVN AG",  
"EEW 6-1 EVN KW Theiß Gedersdorf EVN AG",  
"EEW 1-1 KW Riedersbach Energie AG Oberösterreich"  
und  
"EEW 2-1 KW Timelkam II Energie AG Oberösterreich"

sowie

2. über den Antrag des Verwaltungsgerichtshofes,

a) § 13 Abs. 4 des Emissionszertifikatgesetzes (EZG), BGBl. I 46/2004, als verfassungswidrig und

b) folgende Teile des Anhangs 1 der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, als gesetzwidrig aufzuheben:

"EFE 53-1 Fernheizwerk Grillgasse Österreichische Bundes-  
Wien bahnen",  
"IES 69-1 Breitenfelder Edelstahl Breitenfeld Edel-  
Mitterdorf stahl AG",  
"IES 70-1 Stahlwerk Marienhütte Stahl- und Walzwerk  
GmbH Marienhütte GmbH",  
"IZI 131-1 Tondach Gleinstätten Tondach Gleinstätten AG",  
"IZI 139-1 Tondach Pinkafeld Tondach Gleinstätten AG",  
"IZI 135-1 Tondach Unterpremstätten Tondach Gleinstätten AG",  
"IZI 136-1 Wienerberger Fürstenfeld Wienerberger Ziegel-  
industrie GmbH",

"IZI 134-1	Wienerberger Knittelfeld (Apfelberg)	Wienerberger Ziegel- industrie GmbH",
"IGL 172-1	Vetropack Kremsmünster	Vetropack Austria GmbH",
"IGL 173-1	Vetropack Pöchlarn	Vetropack Austria GmbH"

und

"ISA 206-1	ÖBB TS Werk Floridsdorf Wien	Österreichische Bundes bahnen"
------------	---------------------------------	-----------------------------------

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

I. 1. a) § 13 Abs. 4 des Bundesgesetzes über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Emissionszertifikatengesetz - EZG), BGBl. I Nr. 46/2004, wird als verfassungswidrig aufgehoben.

b) Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2007 in Kraft.

c) Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

2. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

II. 1. a) Die Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten und die Handhabung der Reserve (Zuteilungsverordnung), BGBl. II Nr. 18/2005, wird als gesetzwidrig aufgehoben.

b) Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2007 in Kraft.

2. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt II verpflichtet.

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 327,328/05 einerseits und zu B 330/05, B 337/05 und B 338/05 andererseits Beschwerden zweier Elektrizitätsunternehmen gemäß Art. 144 B-VG anhängig, die sich gegen Bescheide des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft wenden, mit denen den beschwerdeführenden Gesellschaften - unter Berufung unter anderem auf § 13 Abs. 4 Emissionszertifikatengesetz (EZG) und § 4 Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005 - jeweils für eine namentlich genannte Anlage für den Zeitraum 2005 bis 2007 eine bestimmte Anzahl von Emissionszertifikaten zugeteilt wird. Es handelt sich dabei um die Kraftwerke Riedersbach und Timelkam II einerseits und die Kraftwerke Theiß Gedersdorf, Dürnröhr Zwentendorf und Korneuburg andererseits.

1.1.2. Die zu B 327,328/05 beschwerdeführende Gesellschaft 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 Eigentums sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung rechtswidriger genereller Normen (in concreto der Zuteilungsverordnung und des "Nationalen Zuteilungsplans 2005-2007") und beantragt, die angefochtenen Bescheide kostenpflichtig aufzuheben.

Die zu B 330/05, B 337/05 und B 338/05 beschwerdeführende Gesellschaft erachtet sich durch die von ihr bekämpften Zuteilungsbescheide im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz sowie in Rechten wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes und einer gesetzwidrigen Verordnung, in concreto einzelner Bestimmungen des EZG und der Zuteilungsverordnung, verletzt und beantragt jeweils die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

1.2. Bei Behandlung dieser Beschwerden sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 4 EZG (in der Stammfassung, BGBl. I 46/2004) sowie ob der Gesetzmäßigkeit der vierten (mit "EEW 4-1" beginnenden) bis sechsten sowie der achten und neunten Zeile des Anhangs 1 der ZuteilungsVO, BGBl. II 18/2005, entstanden. Der Gerichtshof hat daher mit Beschluss vom 1. Oktober 2005 von Amts wegen ein Gesetzes- und ein Verordnungsprüfungsverfahren eingeleitet.

2. Des Weiteren sind beim Verwaltungsgerichtshof 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 den Zeitraum 2005 bis 2007 eine bestimmte Anzahl von Emissionszertifikaten zugeteilt wird.

Aus Anlass dieser elf Beschwerden stellte der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 22. Dezember 2005 beim Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 140 Abs. 1 und Art. 139 Abs. 1 B-VG den Antrag, § 13 Abs. 4 EZG als verfassungswidrig und folgende Teile des Anhangs 1 der ZuteilungsVO, BGBl. II 18/2005, als gesetzwidrig aufzuheben:

"EFE 53-1	Fernheizwerk Grillgasse Wien	Österreichische Bundesbahnen",
"IES 69-1	Breitenfelder Edelstahl Mitte[r]dorf	Breitenfeld Edelstahl AG",
"IES 70-1	Stahlwerk Marienhütte GmbH	Stahl- und Walzwerk Marienhütte GmbH",
"IZI 131-1	Tondach Gleinstätten	Tondach Gleinstätten AG",
"IZI 139-1	Tondach Pinkafeld	Tondach Gleinstätten AG",
"IZI 135-1	Tondach Unterpremstätten	Tondach Gleinstätten AG",
"IZI 136-1	Wienerberger Fürstenfeld	Wienerberger Ziegelindustrie GmbH",
"IZI 134-1	Wienerberger Knittelfeld (Apfelberg)	Wienerberger Ziegelindustrie GmbH",
"IGL 172-1	Vetropack Kremsmünster	Vetropack Austria GmbH",

"IGL 173-1	Vetropack Pöchlarn	Vetropack Austria GmbH" und
"ISA 206-1	ÖBB TS Werk Floridsdorf	Österreichische Bundes
	Wien	bahnen".

3.1. Die Bundesregierung hat in ihrer in den Gesetzesprüfungsverfahren erstatteten Äußerung die Verfassungsmäßigkeit der in Prüfung stehenden Gesetzesstelle verteidigt. Zum Prüfungsumfang vertritt die Bundesregierung die Auffassung, dass sich die vom Verfassungsgerichtshof und im Anschluss daran vom Verwaltungsgerichtshof geäußerten Bedenken lediglich gegen die ersten beiden Sätze des § 13 Abs. 4 EZG richteten; da auch kein untrennbarer Zusammenhang mit dem letzten Satz dieser Bestimmung bestünde, könnte dieser jedenfalls im Rechtsbestand belassen werden.

3.2. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft erstattete in den Verordnungsprüfungsverfahren jeweils eine Äußerung, in der er der Sache nach die Nichtaufhebung der Verordnung bzw. die Abweisung des Antrages des Verwaltungsgerichtshofes begehrt.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat - in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO (§ 35 VfGG) - das von Amts wegen und das auf Antrag des Verwaltungsgerichtshofes eingeleitete Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 4 EZG und der Gesetzmäßigkeit von Teilen der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und wie folgt erwogen:

1. Die für die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes maßgebliche Rechtslage stellt sich folgendermaßen dar:

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 135/2004, mit dem [in Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treib-

hausgasemissionszertifikaten 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 CO<sub>2</sub>-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 Emissionen Emissionsrechte (sog. Emissionszertifikate; § 18 EZG).

Betriebe, die dem Emissionshandelsregime unterliegen, haben - jedenfalls für den Zeitraum 2005 bis 2007 - einen Anspruch auf kostenlose Zuteilung von derartigen Zertifikaten (§ 14 Abs. 1). Für jede emittierte Tonne CO<sub>2</sub>, die nicht durch ein Zertifikat gedeckt ist, muss der Anlageninhaber eine "Sanktionszahlung" entrichten (§ 28).

Die (für den Zeitraum 2005 bis 2007 noch kostenlose) Zuteilung von Emissionszertifikaten erfolgt aufgrund eines mehrstufigen Systems aufeinander aufbauender Hoheitsakte (nationaler Zuteilungsplan - Zuteilungsverordnung - Zuteilungsbescheid).

#### 1.1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben:

Art. 9 Abs. 1 EH-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Erstellung eines nationalen Plans unter anderem für einen am 1. Jänner 2005 beginnenden Dreijahreszeitraum. Aus dem Plan soll hervorgehen, wie viele Zertifikate ein Mitgliedstaat insgesamt für diesen Zeitraum zuzuteilen beabsichtigt 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 am 31. März 2004 zu veröffentlichen und der Europäischen 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. 1 (und 2) EH-RL legt für die Periode 2005 bis 2007 fest, dass jeder Mitgliedstaat mindestens drei Monate vor Beginn dieses Zeitraums "auf der Grundlage des gemäß Artikel 9 aufgestellten nationalen Zuteilungsplans" "über die Gesamtzahl der Zertifikate, die er für diesen Zeitraum zuteilen wird, sowie über die Zuteilung dieser Zertifikate an die Betreiber der einzelnen Anlagen" entscheidet.

1.2. §§ 11 bis 14 EZG idStF lauten (die in Prüfung gezogene Bestimmung ist hervorgehoben):

"4. Abschnitt  
Zuteilung von Emissionszertifikaten

Nationaler Zuteilungsplan

§ 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 gemäß den in Abs. 2 bis 5 angeführten Kriterien für die Periode 2005 bis 2007 und ab 2008 jeweils für eine Periode von fünf Jahren einen nationalen Plan aufzustellen, 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, hervorgeht.

(2) Für die Erstellung des Zuteilungsplans gelten folgende Kriterien:

1. Die Mengen der Emissionszertifikate, die zugeteilt werden sollen, 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 oder Tätigkeiten ungerechtfertigt, insbesondere unter Berücksichtigung der Anforderungen aus Artikel 87 und 88 des Vertrags über die Europäische Union, 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 Treibhausgasemissionen 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 diese Richtlinie 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 CO<sub>2</sub> 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 im jeweiligen nationalen Zuteilungsplan zugeteilt werden sollen, mit dieser Bewertung vereinbar ist.

(3) Für die Festlegung der Gesamtzahl sind die Kriterien in Abs. 2 Z 1, 3, 4, 5, 6 und 7 heranzuziehen. Bei der Zuteilung auf Tätigkeitsebene sind die Kriterien in Abs. 2 Z 1, 2, 3 und 4 heranzuziehen, bei der Zuteilung auf Anlagenebene die Kriterien in Abs. 2 Z 1 und 2.

(4) Der nationale Zuteilungsplan hat eine Reserve für Anlagen, die nach dem in Abs. 7 genannten Termin anlagenrechtlich genehmigt werden, zu enthalten. Mindestens 1% der Gesamtmenge ist als Reserve vorzusehen. Eine Zuteilung aus der Reserve erfolgt auf Antrag des Anlageninhabers mit Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Der Zuteilungsplan hat nähere Regelungen über die Vergabe dieser Emissionszertifikate an neue Marktteilnehmer vorzusehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass jene neuen Marktteilnehmer, die am Anfang der jeweiligen Periode eine Genehmigung gemäß §§ 4 oder 6 erhalten, einen größeren Bedarf an kostenlosen Emissionszertifikaten haben. Im Zuteilungsplan ist zumindest ein Stichtag vorzusehen, an dem die verbleibenden Zertifikate am Markt verwertet werden. Die Erlöse fließen dem österreichischen JI/CDM-Programm gemäß Umweltförderungsgesetz zu.

(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 zugeteilt werden.

(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 zu

berücksichtigen. 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.

#### 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.

#### Verfahren

§ 13. ... [Abs. 1 und 2 regeln die Erstellung des nationalen Zuteilungsplans für die Periode 2008 bis 2012 und die folgenden Fünfjahresperioden]

(3) Für die Periode 2005 bis 2007 wird der Plan am 31. März 2004 veröffentlicht und der Europäischen Kommission übermittelt. Für die folgenden Perioden werden die gemäß Abs. 1 und 2 erstellten und überarbeiteten Pläne mindestens achtzehn Monate vor Beginn der betreffenden Periode veröffentlicht und der Europäischen Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten übermittelt. Die Stellungnahmen der Öffentlichkeit sind angemessen zu berücksichtigen.

(4) Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat spätestens am 30. September 2004 im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auf der Grundlage des gemäß §§ 11 und 12 erstellten nationalen Zutei-

lungsplans mit Verordnung die Gesamtzahl der Emissionszertifikate, die für die Periode 2005 bis 2007 zugeteilt wird, sowie die Zuteilung dieser Emissionszertifikate auf die Tätigkeiten festzulegen. Die rechtsverbindliche Zuteilung hat dem an die Europäische Kommission gemäß Abs. 3 übermittelten Zuteilungsplan gemäß § 11 und allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission zu entsprechen. Die Zuteilung an die Anlagen hat mit Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu erfolgen.

(5) ... [betrifft die Perioden ab 2008]"

§ 14 EZG bestimmt unter der Überschrift "Zuteilungsmethode":

"(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. ..."

1.3. Der (erste) österreichische nationale Zuteilungsplan wurde der Europäischen Kommission in der (noch keine Aufgliederung der Zuteilung auf Anlagenebene enthaltenden) Fassung vom 31. März 2004 mit Ergänzungen vom 7. April 2004 am 14. April 2004 übermittelt und aufgrund der Entscheidung der Kommission vom 7. Juli 2004 [s. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zu den Entscheidungen der Kommission über die nationalen Pläne für die Zuteilung von Zertifikaten für Treibhausgasemissionen, die von Dänemark, Deutschland, Irland, den Niederlanden, Österreich, Slowenien, Schweden und dem Vereinigten Königreich gemäß der Richtlinie 2003/87/EG mitgeteilt wurden, vom 7.7.2004 KOM (2004) 500 endg., in welcher einige Änderungen bzw. Ergänzungen gefordert wurden] als "Mitteilung von Aktualisierungen vom 19. August 2004" der Kommission nochmals vorgelegt. Der (erste) nationale Zuteilungsplan wurde schließlich am 22. Dezember 2004 erneut korrigiert und ist in dieser Fassung im Internet veröffentlicht. Am 24. Jänner 2005 erging hinsichtlich zweier im Annex I enthaltener Anlagen ein Korrigendum.

Pkt. 8.1. des Annexes I des nationalen Zuteilungsplans (S 29 ff.) enthält eine Liste der "unter die Emissionshandelsrichtlinie fallenden Anlagen (Stand 2. Dezember 2004) und deren geplante Zuteilung" in Tabellenform mit dem

"Hinweis: Aus der untenstehenden Tabelle leitet sich für die aufgeführten Anlagen kein Rechtsanspruch auf eine Genehmigung gem. § 4 EZG bzw. eine Zuteilung gem. § 13 EZG ab. Veränderungen können sich noch ergeben, insbesondere hinsichtlich der Herausnahme von Anlagen und der Neuaufnahme von Anlagen.

Tabelle: Geplante Zuteilung auf Anlagenebene in Österreich.

Code	Anlage	Zuteilung 2005	Zuteilung 2006	Zuteilung 2007	Zuteilung gesamt
		[t CO2]	[t CO2]	[t CO2]	[t CO2]
EEW	Elektrizitätswirtschaft	9.004.499	9.004.499	9.084.422	27.093.420
EEW 1-1	KW Riedersbach	535.029	535.029	535.029	1.605.087
EEW 2-1	KW Timelkam II	269.523	269.523	269.523	808.569
EEW 3-1	KW Timelkam III	4.030	4.030	4.030	12.090
EEW 4-1	EVN KW Dürnrohr Zwentendorf	722.878	722.878	722.878	2.168.634
EEW 5-1	EVN KW Kornneuburg [gemeint wohl: Korneuburg]	123.680	123.680	123.680	371.040
EEW 6-1	EVN KW Theiß Gedersdorf	470.193	470.193	470.193	1.410.579
...*					
"					

[\* Es folgen 23 weitere Anlagen der Elektrizitätswirtschaft sowie Anlagen der "Fernwärme", der "Mineralölverarbeitung", der "Voestalpine", der "sonstigen Eisen- und Stahlindustrie", der "Zementindustrie", der "Papierindustrie", der "Kalkindustrie", der "Ziegelindustrie", der "Glasindustrie", der "Feuerfesterzeugnisse", der "Chemischen Industrie", der "Lebensmittelindustrie", der "Holzindustrie", der "Maschinen- und Stahlbau-, Fahrzeugindustrie", der "Textilindustrie" und "sonstige Anlagen"; darunter auch jene der beim Verwaltungsgerichtshof beschwerdeführenden Unternehmen.]

1.4. Gestützt auf §§ 11 Abs. 4 und 13 Abs. 4 EZG ergingen die Verordnungen des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten und die Handhabung der Reserve (Zuteilungsverordnung), BGBl. II 521/2004 und BGBl. II 18/2005.

Die von der belangten Behörde bei Erlassung der angefochtenen Bescheide herangezogene Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, lautet auszugsweise (die in Prüfung gezogenen Verordnungsstellen sind hervorgehoben):

"Gesamtzahl der Emissionszertifikate

§ 1. Die Gesamtzahl der Emissionszertifikate für die Periode 2005 bis 2007 wird mit 99 014 864 festgelegt. Das entspricht den erwarteten Emissionen der betroffenen Anlagen (Business as usual) abzüglich eines Klimaschutzbeitrags von in Summe 1 650 000 Tonnen Kohlenstoffdioxid pro Jahr. Gemäß § 11 Abs. 4 EZG wird 1 % der Gesamtzahl an Emissionszertifikaten als Reserve für neue Marktteilnehmer vorgesehen, das entspricht 990 149 Emissionszertifikaten. Es werden somit für die Periode 2005 bis 2007 insgesamt 98 024 715 Emissionszertifikate zugeteilt.

Aufteilung auf Sektoren

§ 2. (1) Die jährliche Zuteilung an Zertifikaten für den Sektor Energiewirtschaft hat nach folgender Formel zu erfolgen:

$$\text{Sektorzuteilung}_{\text{Energie}} = (\text{Business as usual}_{\text{Sektor Energie}} - 1\,050\,000) * 0,99.$$

Die von den erwarteten Emissionen des Sektors Energiewirtschaft abzuziehende Zahl von 1 050 000 Tonnen Kohlenstoffdioxid pro Jahr entspricht dem Klimaschutzbeitrag für den Sektor Energiewirtschaft (Elektrizitätswirtschaft, Fernwärmewirtschaft, Mineralölverarbeitung). Der Faktor von 0,99 dient der Aufbringung der Reserve in Höhe von 1 % der Gesamtzahl an Zertifikaten gemäß § 11 Abs. 4 EZG.

(2) Die jährliche Zuteilung an Zertifikaten für den Sektor Industrie hat nach folgender Formel zu erfolgen:

$$\text{Sektorzuteilung}_{\text{Industrie}} = (\text{Business as usual}_{\text{Sektor Industrie}} - 600\,000) * 0,99.$$

Die von den erwarteten Emissionen des Sektors Industrie abzuziehende Zahl von 600 000 Tonnen Kohlenstoffdioxid pro Jahr entspricht dem Klimaschutzbeitrag für den Sektor Industrie (Sachgütererzeugung). Der Faktor von 0,99 dient der Aufbringung der Reserve in Höhe von 1 % der Gesamtzahl an Zertifikaten gemäß § 11 Abs. 4 EZG.

#### Aufteilung auf Tätigkeiten und Branchen

§ 3. (1) Die Tätigkeiten gemäß Anhang 1 EZG sind in den in Abs. 3 angeführten Branchen erfasst.

(2) Die Berechnung der durchschnittlichen jährlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten für die Branchen hat nach folgender Formel zu erfolgen:

$$WF_i * PF_i * EF_{\text{Sektor}} = \text{Zuteilung}_{(05-07)} \text{ für die Branche}_i = \text{Allokationsbasis}_i *$$

Die Faktoren der Formel werden folgendermaßen definiert:

...

(3) Aus den Berechnungen unter Zugrundelegung der Formeln gemäß § 2 und § 3 Abs. 2 ergibt sich folgende Aufteilung der Zuteilungsmenge gemäß § 1 auf die einzelnen Branchen für die Periode 2005 bis 2007:

1. Sektor Energiewirtschaft .....	37	209	393
a) Elektrizitätswirtschaft .....	27	093	420
b) Fernwärme .....	1	813	998
c) Mineralölverarbeitung .....	8	301	975
2. Sektor Industrie .....	60	815	322
a) Eisen- und Stahlindustrie (voest) .....	33	734	961
b) Sonstige Eisen- und Stahlindustrie .....		205	197
c) Zementindustrie .....	7	720	068
d) Papierindustrie .....	7	125	045
e) Kalkindustrie .....	2	464	737
f) Ziegelindustrie .....	1	041	000
g) Glasindustrie .....		873	180
h) Feuerfesterzeugnisse .....	1	744	041
i) Chemische Industrie .....	2	945	100
j) Lebensmittelindustrie .....	1	119	975
k) Holzindustrie .....		730	884
l) Maschinen- und Stahlbau-, Fahrzeugindustrie ....		292	263
m) Sonstige Anlagen .....		707	010
n) Textilindustrie .....		111	861

### Aufteilung auf Anlagen

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

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

Die Faktoren der Formel werden folgendermaßen definiert:

...

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

...

#### Anhang 1

Code	Anlage	Anlageninhaber
EEW	Elektrizitätswirtschaft	
EEW 18-1	EVN BHKW Krankenhaus Mistelbach	EVN AG
EEW 20-1	EVN Cogen Salzer St. Pölten	EVN AG
EEW 19-1	EVN FHKW Mödling	EVN AG
EEW 4-1	EVN KW Dürnrrohr Zwettendorf	EVN AG
EEW 5-1	EVN KW Kornneuburg [gemeint wohl: Korneuburg]	EVN AG
EEW 6-1	EVN KW Theiß Gedersdorf	EVN AG
EEW 28-1	FHKW WelsStrom Wels	Wels Strom GmbH
EEW 1-1	KW Riedersbach	Energie AG Oberösterreich
EEW 2-1	KW Timelkam II	Energie AG Oberösterreich
...*		
EFE	Fernwärme	
EFE 34-1	EVN FHKW Wr. Neustadt	EVN AG
EFE 32-1	EVN FHW Baden	EVN AG
EFE 33-1	EVN FHW Palmers Wr. Neudorf	EVN AG
EFE 53-1	Fernheizwerk Grillgasse Wien	Österreichische Bundesbahnen
...**		



Code	Anlage	Anlageninhaber
IES	Sonstige Eisen- und Stahlindustrie	
IES 69-1	Breitenfelder Edelstahl Mitterdorf	Breitenfelder Edelstahl AG
IES 67-1	Stahlproduktion Böhler Edelstahl Kapfenberg	Böhler Edelstahl GmbH & Co KG
IES 70-1	Stahlwerk Marienhütte GmbH	Stahl- und Walzwerk Marienhütte GmbH
...***		
IZI	Ziegelindustrie	
...		
IZI 131-1	Tondach Gleinstätten	Tondach Gleinstätten AG
IZI 139-1	Tondach Pinkafeld	Tondach Gleinstätten AG
IZI 135-1	Tondach Unterpremstätten	Tondach Gleinstätten AG
IZI 136-1	Wienerberger Fürstenfeld	Wienerberger Ziegel- industrie GmbH
...		
IZI 134-1	Wienerberger Knittelfeld (Apfelberg)	Wienerberger Ziegel- industrie GmbH
...		
IGL	Glasindustrie	
...		
IGL 172-1	Vetropack Kremsmünster	Vetropack Austria GmbH
IGL 173-1	Vetropack Pöchlarn	Vetropack Austria GmbH
...****		
ISA	Sonstige Anlagen	
ISA 201-1	Lias Fehring	Lias Österreich GmbH
ISA 206-1	ÖBB TS Werk Floridsdorf Wien	Österreichische Bundesbahnen
ISA 202-1	Wopfinger Zement Waldegg	Wopfinger Baustoff- industrie GmbH
...*****"		

[\*\* Es folgen weitere Anlagen der Fernwärme sowie Anlagen der "Mineralölverarbeitung" und der "Voestalpine";  
 \*\*\* es folgen weitere Anlagen der sonstigen Eisen- und Stahlindustrie sowie Anlagen der "Zementindustrie", der "Papierindustrie" und der "Kalkindustrie";  
 \*\*\*\* es folgen Anlagen für "Feuerfesterzeugnisse" sowie Anlagen der "Chemischen Industrie", der "Lebensmittelindustrie", der "Holzindustrie" und der "Maschinen- und Stahlbau-, Fahrzeugindustrie";  
 \*\*\*\*\* es folgen Anlagen der "Textilindustrie".]

Die bereits im nationalen Zuteilungsplan - neben den Zuteilungen auf Sektoren- und auf Branchenebene - enthaltenen Zuteilungsmengen (auch) auf Anlagenebene wurden nicht in die Zuteilungsverordnung aufgenommen, da die Zuteilung der Zertifikate auf die Anlagen mittels Bescheides erfolgen sollte (s. Erl. zu § 13 Abs. 4 und 5 der RV zum nachmaligen EZG, 400 BlgNR 22. GP, S 11). Die angefochtenen Zuteilungsbescheide stimmen mit den bereits im nationalen Zuteilungsplan vorgenommenen Zuteilungsmengen überein.

2. Zur Zulässigkeit der amtswegig und auf Antrag des Verwaltungsgerichtshofes eingeleiteten Verfahren:

2.1.1. Der Verfassungsgerichtshof ging in seinem Einleitungsbeschluss vorläufig davon aus, dass die bei ihm anhängigen Beschwerden zulässig sein dürften und dass er bei deren Beurteilung den auch von der belangten Behörde bei Erlassung der angefochtenen Bescheide herangezogenen § 13 Abs. 4 letzter Satz EZG anzuwenden hat. Der Verfassungsgerichtshof ging weiters davon aus, dass auch die 4. bis 6. sowie die 8. und 9. Zeile des Anhangs 1 der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, präjudiziell sein dürften, weil sich auch darauf die angefochtene Zuweisung von Emissionszertifikaten für bestimmte Anlagen der beschwerdeführenden Gesellschaften zu stützen scheint.

Schließlich vertrat der Verfassungsgerichtshof die Auffassung, dass er zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der von der Behörde angewandten Teile der Zuteilungsverordnung auch die ersten beiden Sätze des § 13 Abs. 4 EZG anzuwenden haben dürfte, sodass auch diese in das Gesetzesprüfungsverfahren mit einzu beziehen seien.

2.1.2. Ähnlich begründet der Verwaltungsgerichtshof die Anwendbarkeit der von ihm angefochtenen Gesetzes- und Verordnungsstellen in den bei ihm anhängigen Beschwerdeverfahren.

2.2. Diesen Annahmen ist - mit Ausnahme des Prüfungsumfanges in den Gesetzesprüfungsverfahren - keine der Parteien entgegengetreten.

2.3.1. Der Einwand der Bundesregierung, wonach sich die im Einleitungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes und im Antrag des Verwaltungsgerichtshofes dargelegten Bedenken nur gegen die ersten beiden Sätze des § 13 Abs. 4 EZG richteten, mit denen der dritte (und zugleich letzte) Satz des Abs. 4 in keinem untrennbaren Zusammenhang stünde, trifft nicht zu. Die Bundesregierung übersieht, dass sich die aus der Bindungswirkung des nationalen Zuteilungsplans ergebenden Bedenken nicht nur auf die Zuteilungsverordnung nach dem ersten Satz des § 13 Abs. 4, sondern auch auf die nach dem letzten Satz dieser Bestimmung zu erlassenden - und in den Anlassfällen auch erlassenen - Zuteilungsbescheide beziehen.

2.3.2. Da auch sonst keine Prozesshindernisse im Verfahren hervorgekommen sind, sind die Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren zulässig.

3. Über die Verfassungsmäßigkeit des § 13 Abs. 4 EZG hat der Verfassungsgerichtshof erwogen:

3.1. Der Verfassungsgerichtshof und - ihm folgend - der Verwaltungsgerichtshof hegten das Bedenken, dass die Rechtswirkungen des nationalen Zuteilungsplans, wie sie in § 13 Abs. 4 EZG angeordnet wurden und damit den rechtlichen Charakter dieses Hoheitsaktes näher bestimmen, mit der Bundesverfassung nicht vereinbar seien; im Einzelnen führte der Verfassungsgerichtshof in seinem Einleitungsbeschluss vom 1. Oktober 2005 aus:

"2.1.1. ... Art. 9 EH-RL [verlangt] von den Mitgliedstaaten die Erstellung eines Nationalen Zuteilungsplans, aus dem für einen am 1. Jänner 2005 beginnenden 3-Jahres-Zeitraum hervorgehen soll, wie viele Zertifikate insgesamt für diesen Zeitraum zuzuteilen beabsichtigt sind und wie die Staaten die Zertifikate zuzuteilen gedenken. Dieser der Europäischen Kommission (und den übrigen Mitgliedstaaten) zu übermittelnde Plan kann von der Kom-

mission ganz oder zum Teil abgelehnt werden. In seiner von der Kommission ausdrücklich genehmigten Fassung bildet er ein gemeinschaftsrechtlich verbindliches Institut zur Regulierung des gemeinschaftsinternen betrieblichen Emissionshandels. Die Mitwirkung der Kommission an den nationalen Entwicklungsplänen der Mitgliedstaaten dient nicht nur der EU-weiten (Kyoto-)Zielerreichung, sondern auch der Hintanhaltung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten, ist daher primär gemeinschaftsrechtlicher Natur. Erst dann, wenn die als Konsequenz der Ablehnung der von den einzelnen Mitgliedstaaten vorgelegten nationalen Zuteilungspläne durch die Kommission erstatteten Änderungsvorschläge der Mitgliedstaaten von der Kommission akzeptiert werden, darf die innerstaatliche Entscheidung des Mitgliedstaates über die Gesamtzahl und die Zuteilung der Zertifikate an die Betreiber der einzelnen Anlagen 'auf der Grundlage des gemäß Artikel 9 aufgestellten nationalen Zuteilungsplans' erfolgen.

Der Verfassungsgerichtshof folgt vorläufig insoweit der in ihrer Gegenschrift von der belangten Behörde vertretenen Auffassung, dass gemeinschaftsrechtlich 'der nationale Zuteilungsplan auf der einen Seite und die nationale Zuteilungsentscheidung auf der anderen Seite ... zu unterscheiden' sind. Die Verbindung zwischen den beiden Rechtsakten wird gemeinschaftsrechtlich gemäß Art. 11 EH-RL dadurch hergestellt, dass die nationale Zuteilungsentscheidung 'auf der Grundlage des gemäß Artikel 9 aufgestellten nationalen Zuteilungsplans' zu erfolgen hat.

Wie die gemeinschaftsrechtlich angeordnete Grundlagenwirkung innerstaatlich umgesetzt wird, blieb den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen.

2.1.2. In Österreich erfolgte die Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelung durch den nationalen Gesetzgeber im EZG: Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ist gemeinsam mit zwei anderen Bundesministern verpflichtet, den Nationalen Zuteilungsplan aufzustellen. Inhalt des Nationalen Zuteilungsplans bildet gemäß § 11 Abs. 6 EZG (auch) eine Liste der unter dieses Bundesgesetz fallenden Anlagen unter Angabe der Anzahl der Emissionszertifikate, die für die einzelnen Anlagen zugeteilt werden. Wie die belangte Behörde dazu ausführt, wollte auf diese Weise der Gesetzgeber 'der Vorgabe des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie entsprechen, wonach die Mitgliedstaaten Angaben darüber zu machen haben, 'wie sie die Zertifikate zuzuteilen gedenken''. Gemäß § 13 Abs. 4 zweiter Satz EZG ist die verbindliche Grundlage für die Zuteilung der Emissionszertifikate der Nationale Zuteilungsplan samt 'allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission'.

Die für die Erstellung des Zuteilungsplans maßgeblichen und diesen daher determinierenden Kriterien sind in § 11 Abs. 2 EZG vom Gesetzgeber relativ genau umschrieben. Hingegen dürften die ausschließlich innerstaatlich wirksamen Zuteilungsentscheidungen in Gestalt der Zuteilungsverordnung, mit der die Zuteilung der Emissionszertifikate auf Tätigkeiten und Branchen erfolgt, sowie der Bescheide, mit denen der zuständige Bundesminister die

Zuteilung an die Betreiber der Anlagen vornimmt, durch § 13 Abs. 4 EZG allein dadurch rechtlich determiniert sein, dass sie auf der Grundlage des Nationalen Zuteilungsplans samt Vorgaben der Europäischen Kommission zu ergehen und diesem gemäß § 13 Abs. 4 EZG zu entsprechen haben.

2.1.3. Der Verfassungsgerichtshof folgt vorläufig der Deutung dieser Rechtslage durch die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift dahin, 'dass der Gesetzgeber des EZG den nationalen Zuteilungsplan nicht als Verordnung typisiert hat und ihn nicht den Regeln für die Kundmachung von Verordnungen unterworfen hat'. Mit der Bezeichnung dieses Rechtsinstituts als - bloße - 'Konsultationsgrundlage' ohne Rechtsverbindlichkeit, wenn auch mit generell-abstraktem Planungscharakter 'auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene' (so die belangte Behörde unter Hinweis auf *Leitl*, Die Zuteilung von Emissionszertifikaten, ÖZW 2004, S 35) dürfte gleichwohl der innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Problematik des Nationalen Zuteilungsplans schon wegen der in § 13 Abs. 4 EZG angeordneten innerstaatlichen Rechtswirkungen dieses Hoheitsaktes nicht hinlänglich Rechnung getragen werden.

In Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht dürfte § 13 Abs. 4 EZG davon ausgehen, dass die Festlegung der Gesamtzahl der Emissionszertifikate für die Periode 2005 bis 2007 sowie die Zuteilung dieser Emissionszertifikate auf die Tätigkeiten im Nationalen Zuteilungsplan im Verein mit etwaigen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission die 'Grundlage' der Zuteilungsverordnung gemäß § 13 Abs. 4 erster Satz EZG sowie der Zuteilungsbescheide gemäß § 13 Abs. 4 letzter Satz EZG bilde[n]; Verordnung und Bescheide müssen dem Nationalen Zuteilungsplan samt Vorgaben der Europäischen Kommission 'entsprechen'. Dies bedeutet wohl, dass von der Geltung des Nationalen Zuteilungsplans samt Kommissionsvorgaben für die innerstaatliche Zuteilung von Emissionszertifikaten schlechthin auszugehen ist. § 14 Abs. 2 EZG spricht demgemäß für nachfolgende Nationale Zuteilungspläne ausdrücklich von deren 'Geltung'. Der in der Literatur (*Schwarzer*, Kommentar zum Emissionszertifikatengesetz, 2005, S 120 f., unter Hinweis auf *Leitl*, aaO) vertretenen Auffassung, dass der Nationale Zuteilungsplan 'ein nichtnormativer Akt' sei, an den der Zuteilungsverordnungsgeber 'nicht gebunden [sei], wenn er dadurch in Widerspruch zu den Verteilungsregeln des § 11 EZG geriete', dürfte wohl schon deswegen nicht zu folgen sein, weil die Kriterien des § 11 Abs. 2 EZG dessen Einleitungssatz zufolge ausdrücklich nur '[f]ür die Erstellung des Zuteilungsplans gelten', die Zuteilungsverordnung und -bescheide hingegen ausschließlich auf der Grundlage und zur Durchführung des Nationalen Zuteilungsplans gemäß § 13 Abs. 4 EZG zu erlassen sind. Auch die richtlinienkonforme Auslegung des § 13 Abs. 4 EZG dürfte im Hinblick auf Art. 11 Abs. 1 EH-RL die rechtliche Bindung der Zuteilung der Zertifikate an die Betreiber der einzelnen Anlagen durch den Nationalen Zuteilungsplan gebieten.

2.1.4. Wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Judikatur (vgl. VfSlg. 15.106/1998, 15.683/1999, 16.260/2001, 16.320/

2001 und 17.001/2003 sowie dazu *Korinek*, Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, FS Öhlinger, 2004, S 131) festgestellt hat, ist bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht von der doppelten rechtlichen Bedingtheit der der Umsetzung dienenden gesetzlichen Vorschriften auszugehen, so zwar, dass nicht nur die umzusetzende gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, sondern auch die österreichischen verfassungsrechtlichen Vorschriften vom Gesetzgeber beobachtet und eingehalten werden müssen.

Wie ferner der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 12.157/1989 ausgesprochen hat, 'widerspricht [es einem] aus Art. 18 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 139 B-VG abzuleitenden verfassungsrechtlichen Gebot, von der Verwaltung gesetzte und mit allgemeiner Verbindlichkeit ausgestattete Normen [anders als] als Verordnungen zu erlassen'. Eine gesetzliche Regelung, mit der 'die Erlassung von Normen durch die Verwaltung geregelt und ihnen gleichwohl die Qualität von Verordnungen genommen' wird, umgeht nämlich nicht nur das für Verordnungen aufgestellte Determinierungsgebot gemäß Art. 18 B-VG, sondern verstößt auch gegen den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzauftrag des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 139 B-VG: 'Dem vom Verfassungsgesetzgeber gemäß Art. 139 B-VG mit dem Monopol der Verordnungskontrolle ausgestatteten VfGH wird dadurch verwehrt, von der Verwaltung erzeugte und an die Allgemeinheit gerichtete Gebote und Verbote zu überprüfen und im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit mit allseitiger Wirkung aufzuheben'.

Zwar wird im Nationalen Zuteilungsplan (S 29 im Vor-spruch zur tabellarisch aufgelisteten '[gle]plante[n] Zuteilung auf Anlagenebene in Österreich') ausdrücklich der 'Hinweis' angebracht, dass sich aus der Tabelle 'für die aufgeführten Anlagen kein Rechtsanspruch auf eine Genehmigung gem. § 4 EZG bzw. eine Zuteilung gem. § 13 EZG ab[leiten]' lasse. Gleichwohl dürfte dieser Hinweis unvereinbar mit der gesetzlich angeordneten Wirkung des Nationalen Zuteilungsplans gemäß § 13 Abs. 4 EZG sein: Dieser Regelung zufolge haben sich Zuteilungsverordnung und -bescheide inhaltlich ausschließlich an den Festlegungen des Nationalen Zuteilungsplans zu orientieren. Der Anlagenbetreiber dürfte sohin ein Recht auf einen mit dem Nationalen Zuteilungsplan übereinstimmenden Bescheid besitzen.

Der Nationale Zuteilungsplan dürfte mithin entsprechend der gesetzlichen Anordnung des § 13 Abs. 4 EZG normativen Charakter tragen, gleichwohl mit Rücksicht auf seine gemeinschaftsrechtliche Verankerung nicht als Verordnung, wenn auch von einer Verwaltungsbehörde im Einvernehmen mit anderen Verwaltungsbehörden zu erlassen sein. Der Verfassungsgerichtshof hegt das Bedenken, dass der Gesetzgeber demnach mit der angeführten Gesetzesvorschrift gegen Art. 18 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 139 B-VG in ihrem oben dargestellten verfassungsrechtlichen Sinn-gehalt verstoßen hat.

2.1.5. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber mit dem Nationalen Zuteilungsplan in seiner durch § 13 Abs. 4 EZG geregelten

normativen Bedeutung einen Rechtsquellentypus geschaffen hat, der von der Verfassung nicht vorgesehen sein dürfte (VfSlg. 13.780/1994; VfGH 2.12.2004, G 95/04 ua.). Die nicht nur aus demokratischen, sondern vor allem aus rechtsstaatlichen Überlegungen abzuleitende - relative - Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellensystems löst verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Nationalen Zuteilungsplan in seiner normativen Relevanz als Rechtsquelle eigener Art aus: Kann doch ein effektiver gerichtsförmiger Schutz des von einer nationalen Zuteilungsentscheidung etwa im Wege eines Zuteilungsbescheides betroffenen Anlageninhabers nicht erwirkt werden. Die Zuteilungsentscheidung beruht nämlich auf einem Rechtsakt, dem - kraft § 13 Abs. 4 EZG rechtsverbindlichen - Nationalen Zuteilungsplan, gegen den ein ebenfalls nationaler Rechtsschutz angesichts seines besonderen, vom verfassungsrechtlichen Rechtsquellensystem abweichenden Rechtsquellentypus ausscheidet.

2.1.6. Unter demokratischem Aspekt hegt der Verfassungsgerichtshof schließlich das Bedenken, dass der Nationale Zuteilungsplan nur einschließlich allfälliger 'davon abweichende[r] Vorgaben der Europäischen Kommission' den nationalen Zuteilungsentscheidungen (also Zuteilungsverordnung und -bescheiden) als Rechtsgrundlage dient. Damit dürfte eine Rechtsquelle geschaffen worden sein, die funktionell und organisatorisch unter einem sowohl gemeinschaftsrechtlichen als auch innerstaatlichen Charakter trägt: Funktionell geht es bei den Nationalen Zuteilungsplänen um die EU-weite Erreichung des Kyoto-Zieles (Reduktion um acht Prozent bezogen auf die Emissionen des Jahres 1990) und um den Ausschluss von Wettbewerbsverzerrungen unter den Mitgliedstaaten (vgl. den Erwägungsgrund 7 der EH-RL), innerstaatlich um die Aufteilung der Zertifikate auf die eine Verfahrensgemeinschaft bildenden Anlagen bzw. deren Betreiber; zuständiges Organ ist das kraft innerstaatlichen Rechts (hier des § 11 Abs. 1 EZG) berufene nationale Rechtsetzungsorgan im Verein mit der Europäischen Kommission, deren 'abweichende Vorgaben' als Teil des revidierten Nationalen Zuteilungsplans mit die Rechtsgrundlage für die innerstaatliche Zertifikatezuteilung an die Anlagenbetreiber bilden sollen.

Der Nationale Zuteilungsplan dürfte damit eine auch vom BVG über den Beitritt zur Europäischen Union, BGBl. 744/1994, nicht gedeckte Rechtsquelle sein, deren innerstaatliche Geltung insoweit der notwendigen demokratischen Legitimation entbehrt, als der Plan von den rechtsverbindlichen 'Vorgaben' (so § 13 Abs. 4 zweiter Satz EZG) der Kommission getragen ist.

Dem österreichischen Gesetzgeber dürfte es verfassungsrechtlich nicht erlaubt sein, eine Rechtsquelle wie den Nationalen Zuteilungsplan mit Rechtswirkungen für die innerstaatliche Verwaltung (Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG) vorzusehen, der als solcher in Anbetracht der Mitwirkung der Kommission und der (oben dargestellten) gemeinschaftsrechtlichen Funktion gleichzeitig auch gemeinschaftsrechtlicher Charakter zukommt.

Eine derartige Mischform dürfte angesichts der deutlichen Trennung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsquellen von den [möglicherweise zu ihrer Durchführung (Vollziehung) erforderlichen] innerstaatlichen Rechtsquellen unzulässig sein. Da sich die Rechtsform genereller Regelungen, die in Durchführung des Gemeinschaftsrechts (- also insbesondere der Richtlinien -) ergehen, nach nationalem Verfassungsrecht bestimmt [Öhlinger, EU-Beitritts-BVG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Rz 70 (1999)], ist es wohl verfassungswidrig, wenn der einfache Gesetzgeber den Nationalen Zuteilungsplan als gemischten Rechtsakt vorsieht, der nicht nur von nationaler Behörde und Kommission gemeinsam erzeugt wird, sondern darüber hinaus den nationalen Zuteilungsvollzug determiniert, wenn nicht vorwegnimmt.

2.1.7. Im Gesetzesprüfungsverfahren wird aber zu klären sein, ob der nationale Zuteilungsplan der Regelung zufolge nicht als eine ausschließlich gemeinschaftsrechtliche oder ausschließlich innerstaatliche Rechtsquelle zu qualifizieren ist, wobei jede dieser beiden Deutungen der Rechtslage für sich wiederum verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen dürfte."

3.2.1. Dem Bedenken des Verfassungsgerichtshofes, dass § 13 Abs. 4 EZG gegen das aus Art. 18 Abs. 2 iVm Art. 139 B-VG ableitbare Gebot verstoße, von Verwaltungsorganen gesetzte und mit allgemeiner Verbindlichkeit ausgestattete Normen als Verordnungen zu erlassen (vgl. Pkt. 2.1.4. bis 2.1.6. des hier unter Pkt. II.3.1. wiedergegebenen Einleitungsbeschlusses) hält die Bundesregierung zunächst entgegen, dass die diesem Bedenken zugrunde liegende Prämisse, es handle sich bei dem nationalen Zuteilungsplan um einen normativen Akt, unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, der Intentionen des innerstaatlichen Gesetzgebers und auch des Wortlautes der gesetzlichen Regelung nicht zwingend sei:

"Mit Blick auf den industriepolitischen Standortwettbewerb und im Interesse der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Unternehmen ist es im Rahmen des durch die EH-RL geschaffenen Systems Aufgabe der Europäischen Kommission, die Verteilung sowohl der Gesamtmenge von Emissionszertifikaten auf die Mitgliedstaaten als auch der Einzelmengen von Emissionszertifikaten auf die einzelnen Anlagenbetreiber zu überwachen. Das System zielt darauf ab, eine der EH-RL widersprechende Zuteilung von Emissionszertifikaten von vornherein auszuschließen und eine Situation, in der die bereits erfolgte Zuteilung im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens bekämpft werden muss, gar nicht erst entstehen zu lassen. Grundlage der Kontrolltätigkeit der Kommission können nur konkrete Angaben der Mitgliedstaaten über die für den jeweiligen Zeitraum ins Auge gefasste



Zahl der zu verteilenden Emissionszertifikate und über die beabsichtigte Art der Verteilung dieser Zertifikate sein. Solche konkreten Angaben bilden den Inhalt der gemäß Art. 9 EH-RL von den Mitgliedstaaten zu erstellenden NZP [= nationaler Zuteilungsplan].

...

Beim NZP handelt es sich schon von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben her um ein reines Planungsinstrument im Sinn eines Entwurfes für die in weiterer Folge durch Erlassung innerstaatlicher Rechtsakte zu bewirkende Zuteilung der Emissionszertifikate. Rechtliche Relevanz kommt dem Plan nur im Innenverhältnis zwischen Kommission und den innerstaatlichen Behörden, und zwar in Hinblick auf das bei der Erlassung der innerstaatlichen Entscheidungen einzuhaltende Verfahren, zu. Der Plan ist aber nicht darauf gerichtet, Rechtswirkungen gegenüber den Anlageninhabern zu entfalten; dazu bedarf es vielmehr der Setzung von innerstaatlichem Recht. Dementsprechend ist die auch in Art. 9 Abs. 1 EH-RL vorgesehene angemessene Berücksichtigung der Bemerkungen der Öffentlichkeit nicht als Teil eines Begutachtungsverfahrens zum Entwurf eines Normtextes zu begreifen; sie dient lediglich der Transparenz des Planungsprozesses."

Wenn § 13 Abs. 4 EZG davon spreche, dass die Zuteilungsverordnung "auf der Grundlage" des nationalen Zuteilungsplans zu erfolgen und die Zuteilung dem nationalen Zuteilungsplan (sowie allfälligen abweichenden "Vorgaben" der Europäischen Kommission) zu "entsprechen" habe, so sei - ausgehend von dem gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen System - Folgendes zu beachten:

"2.2.1. 'hat ... zu entsprechen':

Mit dem Begriff 'entsprechen' ist nicht eine wortwörtliche Übereinstimmung zwischen NZP (sowie 'Vorgaben' der Kommission) und Zuteilungsverordnung gemeint. Eine solche Deutung verbietet sich schon deshalb, weil - nach dem gemeinschaftsrechtlich vorgezeichneten Ablauf des Planungsprozesses - zwischen der Übermittlung des NZP an die Kommission und der Erlassung de[r] Zuteilungsverordnung ein beträchtlicher Zeitraum liegt; wenn in diesem Zeitraum einerseits neue Anlagen in Betrieb gehen und andererseits Anlagen, die Eingang in den NZP gefunden haben, ihren Betrieb einstellen, so ist dies in der Zuteilungsverordnung zu berücksichtigen. [Hinweis auf EuG 23.11.2005, Rs. T-178/05, insb. Rz 57-59]

...

Der Begriff 'entsprechen' bringt im vorliegenden Regelungszusammenhang zum Ausdruck, dass bei der Erlassung der innerstaatlichen Rechtsakte dem Ergebnis des Konsultationsverfahrens

Rechnung getragen werden muss - nicht anders als auch sonst ein normativer Akt, dem ein Planungsverfahren vorangegangen ist, dem Ergebnis dieses Planungsverfahrens entsprechen soll. Abweichungen vom NZP sind daher insofern zulässig (und geboten), als sie durch das Vorliegen tatsächlicher oder rechtlicher Gründe sachlich gerechtfertigt sind.

#### 2.2.2. Bindung des Ordnungsgebers:

In § 13 Abs. 4 EZG wird nur eine Bindung des Ordnungsgebers in Hinblick auf das bei der Erlassung der Verordnung einzuhaltende Verfahren zum Ausdruck gebracht. Diese Bindung geht dahin, dass die Erlassung der Zuteilungsverordnung die Durchführung eines Verfahrens zur Erstellung eines NZP (unter Beiziehung der Öffentlichkeit) sowie die Mitteilung des Planes an die Kommission voraussetzt; sie geht außerdem dahin, dass die Verordnung erst dann erlassen werden darf, wenn ein bestimmtes Maß an inhaltlicher Entsprechung (in dem unter Punkt 2.2.1. dargelegten weiten Sinn) mit dem NZP (und allenfalls mit den 'Vorgaben' der Kommission) hergestellt worden ist. Der Begriff 'entsprechen' bringt im vorliegenden Regelungszusammenhang zum Ausdruck, dass bei der Erlassung der innerstaatlichen Rechtsakte dem Ergebnis des Konsultationsverfahrens Rechnung getragen werden muss - nicht anders als auch sonst ein normativer Akt, dem ein Planungsverfahren vorangegangen ist, dem Ergebnis dieses Planungsverfahrens entsprechen soll.

Neben dieser prozessualen Bindung besteht aber - selbstverständlich - eine inhaltliche Bindung des Ordnungsgebers an die Vorgaben des EZG. Dass diese Vorgaben nicht erst in § 13 Abs. 4 EZG (im Zusammenhang mit der Erlassung der Zuteilungsverordnung), sondern bereits in § 11 leg. cit. (im Zusammenhang mit der Erstellung des NZP) formuliert werden, hat seinen Grund darin, dass nur auf diese Weise die inhaltliche Entsprechung zwischen dem NZP (dessen Erstellung der Verordnungserlassung notwendigerweise zeitlich vorgelagert ist) und der Zuteilungsverordnung hergestellt werden kann. Aus dem Zusammenspiel von prozessualer und inhaltlicher Bindung des Ordnungsgebers ergibt sich: Solange der NZP und die von der Kommission formulierten 'Vorgaben' den inhaltlichen Anforderungen des EZG - die im Wesentlichen eine Umsetzung der EH-RL, insbesondere von deren Anhang III, darstellen - nicht entsprechen, darf die Zuteilungsverordnung nicht erlassen werden.

Auf innerstaatlicher Ebene wird die notwendige inhaltliche Entsprechung - wie schon ausgeführt - dadurch erzielt, dass die für die Zuteilungsverordnung geltenden Anforderungen bereits als Anforderungen für den NZP formuliert werden (§ 11 EZG). Aus dem Einleitungssatz des § 11 Abs. 2 ('Für die Erstellung des Zuteilungsplans gelten folgende Kriterien:') kann also keineswegs abgeleitet werden, dass die genannten Kriterien keine Bedeutung für die Zuteilungsverordnung hätten; sie sind vielmehr der Sache nach auf die Determinierung dieser Verordnung gerichtet.

Um die geforderte Entsprechung auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene herzustellen, hat der zuständige Bundesminister in Hinblick auf die 'Vorgaben' der Kommission - das heißt in Hinblick auf Abänderungsvorschläge und eine allfällige Ablehnung seitens der Kommission - den Planungsprozess fortzusetzen. Dabei steht nicht nur der Verhandlungsweg offen; es besteht auch die Möglichkeit, durch eine Klage gemäß Art. 230 EG - in einer Art Zwischenrechtsstreit im Rechtserzeugungsverfahren - eine Ablehnung des NZP durch die Kommission (Art. 9 Abs. 3 EH-RL) als nichtig zu bekämpfen und so eine Klärung von Auslegungstreitigkeiten herbeizuführen ...

### 2.2.3. Zur Frage individueller Rechtswirkungen des NZP:

Der Verfassungsgerichtshof hat vorläufig angenommen, dass sich Zuteilungsverordnung und Zuteilungsbescheid ausschließlich an den Festlegungen des NZP zu orientieren hätten, und daraus geschlossen, dass der Anlagenbetreiber ein Recht auf einen mit dem NZP übereinstimmenden Bescheid habe (Punkt II. 2.1.4. des Prüfungsbeschlusses).

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht nur - worauf im Prüfungsbeschluss Bezug genommen wird - unvereinbar mit dem ausdrücklichen Hinweis im NZP (S 29 im Vorspruch zur tabellarisch aufgelisteten '[g]leplante[n] Zuteilung auf Anlagenebene in Österreich'), dass sich aus der Tabelle 'für die aufgeführten Anlagen kein Rechtsanspruch auf eine Genehmigung gem. § 4 EZG bzw. eine Zuteilung gem. § 13 EZG ab[leiten]' lässt. In diesem Zusammenhang wird auf das Erkenntnis VfSlg. 13.836/1994 hingewiesen, in dem der Verfassungsgerichtshof den expliziten Ausschluss der Normativität einer bestimmten Enuntiation für zulässig erachtet hat.

Darüber hinaus steht es auch im Widerspruch zum Wortlaut des § 13 Abs. 4 zweiter Satz EZG. Denn dort wird dem NZP (und den davon abweichenden allfälligen 'Vorgaben' der Kommission) die 'rechtsverbindliche' Zuteilung der Emissionszertifikate gegenübergestellt. Diese Formulierung macht deutlich, dass erst die Zuteilung der Zertifikate durch Verordnung und Bescheid verbindlich sein soll, nicht hingegen die der Erlassung dieser Rechtsakte vorgelagerten Planungsdokumente.

### 2.3. 'Geltung' des NZP:

Wenn in § 14 Abs. 2 EZG von der 'Geltung' des NZP die Rede ist, so ist damit nicht die spezifisch rechtliche Existenz einer Norm gemeint; vielmehr wird (in Anbetracht der Periodisierung des Emissionszertifikateregimes) der Zeitraum bezeichnet, innerhalb dessen dem jeweiligen NZP rechtliche Erheblichkeit - nämlich als Tatbestandselement - zukommt."

Die Bundesregierung gelangt daher mit Blick auf die vom Verfassungsgerichtshof geäußerten Bedenken zu dem Schluss, dass ein Bedürfnis nach innerstaatlichem Rechtsschutz gegen den nationalen Zuteilungsplan schon deshalb nicht bestehe, weil diesem Plan kein normativer Charakter zukomme. Der Rechtsschutz gegen die Zuteilung von Emissionszertifikaten habe vielmehr bei den jeweiligen Zuteilungsbescheiden bzw. der - deren Rechtsgrundlage bildenden - Zuteilungsverordnung anzusetzen. Der betroffene Anlageninhaber könne gegen den Zuteilungsbescheid Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erheben; in weiterer Folge bestehe in einem Verfahren nach Art. 139 B-VG die Möglichkeit die Zuteilungsverordnung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. In einem solchen Ordnungsprüfungsverfahren seien - entsprechend der dargelegten Differenzierung zwischen prozessualer und inhaltlicher Bindung des Ordnungsgebers - der nationale Zuteilungsplan (und die "Vorgaben" der Europäischen Kommission) einerseits und das EZG andererseits in ganz unterschiedlicher Weise von Bedeutung: Maßstab der inhaltlichen Prüfung seien ausschließlich die in § 11 EZG angeführten Kriterien; der nationale Zuteilungsplan samt allfälligen "Vorgaben" sei hingegen nur insofern relevant, als die ordnungsgemäße Abwicklung des Planungsprozesses bei der Erstellung dieses Plans sowie die Herstellung der inhaltlichen Entsprechung zwischen dem Plan und den Kriterien des EZG - im Verhandlungs-, nötigenfalls auch im Klagsweg - Teil des bei der Erlassung der Verordnung einzuhaltenden Verfahrens sind. Die mangelnde normative Qualität des nationalen Zuteilungsplans ließe auch das "[u]nter demokratischem Aspekt" geäußerte Bedenken als unbegründet erscheinen.

3.2.2. Sollte der Gerichtshof jedoch an seiner Prämisse ob der Normativität des nationalen Zuteilungsplans festhalten, so bedeute dies nach Ansicht der Bundesregierung gleichwohl nicht, dass die von § 13 Abs. 4 EZG gewählte Konstruktion verfassungswidrig sei:

Von der Prämisse ausgehend, es handle sich beim nationalen Zuteilungsplan um eine mit allgemeiner Verbindlichkeit

ausgestattete Norm, sei zu untersuchen, was einer Einordnung des nationalen Zuteilungsplans als Verordnung entgegenstünde:

"Der Verfassungsgerichtshof nimmt offenbar mit Rücksicht auf die gemeinschaftsrechtliche Verankerung des NZP (Punkt II. 2.1.4. des Prüfungsbeschlusses) an, dass es sich um eine Rechtsquelle eigener Art handle, die vom verfassungsrechtlichen Rechtssystem abweiche. Als Beispiele für unzulässige Rechtsquellen eigener Art stehen dem Verfassungsgerichtshof (wie sich aus den von ihm zitierten Vorerkenntnissen ergibt) dabei insbesondere unmittelbar anwendbare Vereinbarungen nach Art. 15a B-VG (VfSlg. 13.780/1994) sowie ministerielle Enuntiationen, die nicht die Form der Verordnung aufweisen (Richtlinien), und im Einzelfall ergehende Erkenntnisse von Höchstgerichten, denen das Gesetz den Rang verbindlicher genereller Normen (nämlich eine ihnen ansonsten nicht zukommende generelle Bindungswirkung), beilegt (G 95/04), vor Augen.

Ein vergleichbarer Fall liegt aber hier nicht vor:

Zunächst ist festzuhalten, dass es auf die Bezeichnung als 'Plan' für die Beurteilung der Verordnungsqualität nicht ankommen kann. Verordnungen im Sinne der Bundesverfassung sind generelle, nicht in Gesetzesform gekleidete Normen, die von den Verwaltungsbehörden geschaffen werden (VfSlg. 2195/1951, 4299/1962, 4946/1965, 11.624/1988, VfGH 14.10.2004, V 129/03); so ist selbst eine in Bescheidform gekleidete, aber generelle Anordnung als Verordnung zu qualifizieren (zB VfSlg. 11.624/1988, 15.545/1999).

Wenn nun die normative Wirkung des NZP, wie vom Verfassungsgerichtshof angenommen, darin besteht, dass sich Zuteilungsverordnung und -bescheide (ausschließlich) an seinen Festlegungen zu orientieren haben, dann schließt dies eine Qualifikation als Verordnung nach den hierfür entwickelten Kriterien keineswegs aus.

Es liegt aber auch nicht die in dem im Einleitungsbeschluss zitierten Erkenntnis VfSlg. 12.157/1989 zugrundeliegende Konstellation vor, dass das Gesetz selbst einer verwaltungsbehördlichen Enuntiation generelle normative Wirkung verleiht, sie aber dennoch der Qualität einer Verordnung benimmt.

...

Es kann daher allenfalls auch hier nur dem Bedenken Bedeutung zukommen, dass der NZP als generelle Norm nicht von einer (österreichischen) Verwaltungsbehörde, sondern, wie der Verfassungsgerichtshof im Hinblick auf die Mitwirkung der Kommission vorläufig annimmt, als gemischter Rechtsakt zustandekommt.

Hier bedürfen aber nach Auffassung der Bundesregierung der NZP und die Zuteilungsverordnung einer getrennten Betrachtung.

tung: Eine Mitwirkung der Kommission an der Erlassung des Nationalen Zuteilungsplanes sieht das EZG nicht vor. Der Kommission weist das Gesetz erst bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung eine Funktion zu; diese Funktion kann eine Einordnung des NZP als Rechtsquelle eigener Art daher nicht begründen. Die aus dem Prüfungsbeschluss hervorleuchtende Deutung, dass der NZP die allfälligen Vorgaben der Kommission einschlieÙe (so v.a. Punkt II. 2.1.6. des Prüfungsbeschlusses), findet in der in Prüfung genommenen Bestimmung (arg. 'dem [...] Zuteilungsplan gemäß § 11 und allfälligen davon abweichenden Vorgaben [...]') keine Deckung.

Der Bundesregierung ist aber auch nicht erkennbar, inwiefern die (bei Annahme normativen Charakters des NZP: zusätzliche) gemeinschaftsrechtliche Funktion (als Grundlage der Stellungnahme der Kommission) des NZP dessen Qualifikation als Verordnung im Sinne der Art. 18 Abs. 2 und 139 B-VG zu verhindern vermöchte.

Der Verfassungsgerichtshof hält es nun für möglich, den NZP auch (Punkt II. 2.1.6. des Prüfungsbeschlusses) oder sogar ausschließlich (Punkt II. 2.1.7. des Prüfungsbeschlusses) als gemeinschaftsrechtliche Rechtsquelle zu qualifizieren. Eine solche Möglichkeit sieht die Bundesregierung nicht. Die Frage, ob einer Rechtsquelle gemeinschaftsrechtlicher Charakter zukommt, kann nur anhand des Gemeinschaftsrechts beurteilt werden. Unter Sekundärrecht - und nur solches kommt überhaupt in Frage - versteht man die von den Organen der Gemeinschaft geschaffenen Normen (vgl. zB *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup> [2001], 10; *Schroeder*, Art. 249 EGV Rz 20, in: Streinz [Hrsg], EUV/EGV [2003]). In diesem Sinn handelt es sich also bei der Ablehnung des NZP durch die Kommission zweifellos um einen Sekundärrechtsakt (der im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystems bekämpft werden kann). Der NZP selbst wird jedoch nicht von einem Organ der Gemeinschaft, sondern einem Organ eines Mitgliedstaates (nämlich dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft) erstellt; selbst wenn man daher den NZP als normativen Akt versteht, erscheint es ausgeschlossen, ihn - auch oder ausschließlich - der Gemeinschaft zuzurechnen."

3.2.3. Zur Verfassungsmäßigkeit der im zweiten Satz des § 13 Abs. 4 EZG enthaltenen Regelung über die Bedeutung der "Vorgaben" der Europäischen Kommission führt die Bundesregierung Folgendes aus:

"Nach Art. 9 Abs. 3 EH-RL kann die Kommission den NZP oder einen Teil davon aus bestimmten Gründen durch Entscheidung ablehnen, vor allem wenn der NZP mit den Kriterien [des Anhangs III] der Richtlinie unvereinbar ist. Damit kommt ihr ein bedeutender Einfluss auf die mitgliedstaatliche Zuteilungsentscheidung zu. Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass die Kommission den Inhalt der Zuteilungsentscheidung vollständig determinieren

könnte. Auch deswegen muss die Zuteilungsentscheidung selbst (ausschließlich) dem Bundesminister zugerechnet werden.

Wenn nun der Kommission eine Art Einspruchsrecht in einem österreichischen Rechtssetzungsverfahren zukommt, so kann dies aus der Sicht des österreichischen Bundesverfassungsrechts als Übertragung eines Hoheitsrechts qualifiziert werden. Nach Art. 9 Abs. 2 B-VG können (insbesondere) durch Gesetz einzelne Hoheitsrechte des Bundes auf zwischenstaatliche Einrichtungen und ihre Organe übertragen werden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen, wonach es sich um ein *einzelnes* Hoheitsrecht des Bundes und um *zwischenstaatliche* Einrichtungen und ihre Organe handeln muss, sind offensichtlich erfüllt.

Freilich wurden in der Lehre gewisse weitere, in Art. 9 Abs. 2 B-VG nicht ausgedrückte Zulässigkeitsvoraussetzungen herausgearbeitet. Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen und ihre Organe bringt es mit sich, dass die Art und Weise der Rechtssetzung, wie sie durch [...] Art. 9 Abs. 2 B-VG legitimiert wird, alle Grundprinzipien der Bundesverfassung berührt (*Griller*, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen [1989] 495), so das im Prüfungsbeschluss angezogene demokratische Grundprinzip, aber auch das (mit der Verordnungsprüfungszuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes verbundene) Rechtsstaatsprinzip.

Was das demokratische Grundprinzip der Bundesverfassung betrifft, so stellt die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Kommission insofern eine Durchbrechung desselben dar, als die Kommission ihre demokratische Legitimation nur in sehr geringem Maß vom österreichischen Bundesvolk bezieht. Dieser 'verdünnte' Legitimationszusammenhang zum österreichischen Bundesvolk ist aber mit der Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen geradezu unvermeidlich verbunden und war insofern vom Verfassungsgesetzgeber des Art. 9 Abs. 2 B-VG zweifellos mitbedacht. Weil und solange diese Durchbrechung nur eine punktuelle ist, steht sie mit der Bundesverfassung im Einklang (vgl. VfSlg. 15.373/1998).

Auch hinsichtlich des Rechtsstaatsprinzips kann eine unmodifizierte Anwendung der österreichischen Bundesverfassung auf die Ausübung übertragener Hoheitsrechte nicht gefordert werden. Wohl aber wird gefordert, dass für die zwischenstaatliche Einrichtung selbst ein Rechtsschutzsystem gilt, das dem Österreichs im Wesentlichen gleichzuhalten ist (so *Griller* aaO 508 ff [511, 513, 524f]). Dass für die Europäische Gemeinschaft ein solches existiert, erscheint der Bundesregierung nicht als zweifelhaft. Auch deshalb kann nach Auffassung der Bundesregierung gesagt werden, dass in der in Rede stehenden Befugnis der Kommission, insofern sie von Art. 9 Abs. 2 B-VG getragen ist, keine entscheidende Durchbrechung des in der Bundesverfassung verankerten rechtsstaatlichen Prinzips (vgl. VfSlg. 12.281/1990 [Accordino]) vorliegt."

Zum Ergebnis der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der in Rede stehenden Befugnis der Kommission gelange man nach Auffassung der Bundesregierung auch, wenn man sie nicht als durch Bundesgesetz übertragen, sondern unmittelbar im Gemeinschaftsrecht wurzelnd betrachte:

"Bei den 'Vorgaben der Europäischen Kommission' handelt es sich ja um einen Akt des Gemeinschaftsrechts. Wenn nun § 13 Abs. 4 EZG normiert, dass die rechtsverbindliche Zuteilung der Emissionszertifikate den 'allfälligen [vom NZP] abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission' zu entsprechen habe, so kann dies als dynamische Verweisung auf Gemeinschaftsrecht gedeutet werden; derartige Verweisungen werden vom Verfassungsgerichtshof (vgl. VfSlg. 16.999/2003; Erkenntnis vom 4. März 2005, B 249/04; Erkenntnis vom 13. Dezember 2005, G 104/05) grundsätzlich als zulässig erachtet, und zwar zumindest dann, wenn es sich um Verweisungen auf *unmittelbar anwendbares* Gemeinschaftsrecht handelt.

Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung staatengerichteter Entscheidungen von Gemeinschaftsorganen ist nach der Judikatur des EuGH ihre inhaltliche Eignung, Rechtsbeziehungen zwischen dem Adressaten und Dritten zu begründen (*Schroeder*, Art. 249 EGV Rz 138, in: Streinz [Hrsg], EUV/EGV [2003]). Unter Zugrundelegung der vorläufigen Annahme des Verfassungsgerichtshofs (Punkt II. 2.1.4. des Prüfungsbeschlusses), dass der Anlagenbetreiber ein Recht auf einen mit dem NZP übereinstimmenden Bescheid habe, wird also davon auszugehen sein, dass eine sich auf den NZP beziehende Entscheidung der Kommission - gegebenenfalls also die Ablehnung des NZP - unmittelbar anwendbar ist.

Damit liegen aber nach der Judikatur auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer dynamischen Verweisung auf Gemeinschaftsrecht vor."

3.2.4. Die Bundesregierung beantragt daher, die in Prüfung stehende Vorschrift nicht als verfassungswidrig aufzuheben; für den Fall der Aufhebung möge für deren In-Kraft-Treten eine Frist von 18 Monaten bestimmt werden, um einen gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand zu vermeiden.

3.3.1. Der Verfassungsgerichtshof kann der Bundesregierung nicht folgen, wenn sie dem nationalen Zuteilungsplan die innerstaatliche Rechtsverbindlichkeit schlechthin abspricht. Schon 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. Allerdings überlässt das Gemeinschaftsrecht, speziell die EH-RL, die Auswahl der rechtstechnischen Mittel zur Umsetzung des von der Europäischen Kommission nicht abgelehnten oder im Fall der Ablehnung entsprechend abgeänderten nationalen Zuteilungsplans dem betreffenden Mitgliedstaat, sodass auch die innerstaatliche Rechtsform des nationalen Zuteilungsplans jeweils Sache des einzelnen Mitgliedstaates ist.

Die Frage nach der Rechtsform des nationalen Zuteilungsplans muss sohin - 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. § 13 Abs. 4 EZG sieht 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. Laut dem AB zum EZG (417 BlgNR 22. GP, S 3) darf die endgültige Zuteilung vom Zuteilungsplan gemäß § 11 nur dann und nur insofern abweichen, als dies von der Europäischen Kommission aufgetragen wird.

Der Bundesregierung ist daher nicht zu folgen, wenn sie in § 13 Abs. 4 EZG "nur eine Bindung des Ordnungsgebers im Hinblick auf das bei der Erlassung der Verordnung einzuhaltende Verfahren" sieht und darin eine Regelung erblickt, wonach "die Erlassung der Zuteilungsverordnung die Durchführung eines Verfahrens zur Erstellung eines NZP ... sowie die Mitteilung des Planes an die Kommission" voraussetzt. Wenn - wie auch die

Bundesregierung richtig erkennt - die Zuteilungsverordnung zu ihrer Rechtmäßigkeit ein bestimmtes Maß an inhaltlicher Entsprechung mit dem nationalen Zuteilungsplan (und allenfalls mit den "Vorgaben" der Kommission) bedarf, so wird damit nichts anderes als die rechtsverbindliche inhaltliche Determinierung der Zuteilungsverordnung bzw. der Zuteilungsbescheide im Wege des nationalen Zuteilungsplans und somit dessen normative Kraft zum Ausdruck gebracht.

Auch der im nationalen Zuteilungsplan für Österreich 2005 bis 2007 auf S 29 aufgenommene "Hinweis", demzufolge für die dort nachfolgend tabellarisch aufgeführten Anlagen kein Rechtsanspruch auf eine Zuteilung gemäß § 13 EZG besteht, hindert die Verbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung sowie der Zuteilungsbescheide durch den zuständigen Bundesminister nicht. Mag auch der Anspruch auf Zuteilung für die Anlageninhaber (noch) nicht im nationalen Zuteilungsplan verankert sein, sondern erst in der Zuteilungsverordnung und den Zuteilungsbescheiden, so bildet doch die gesetzlich gebotene "Entsprechung", also die rechtsverbindliche Umsetzung des nationalen Zuteilungsplans samt Vorgaben der Europäischen Kommission eine Voraussetzung für dessen Rechtmäßigkeit. Dementsprechend handelt § 14 Abs. 2 EZG von dem "in Geltung stehenden nationalen Zuteilungsplan" und bringt damit auch verbis die spezifisch normative, also rechtliche Verbindlichkeit des nationalen Zuteilungsplans zum Ausdruck. Wenn der Gesetzgeber hierfür das Wort "Geltung" verwendet, bildet er damit nicht nur den zeitlichen Horizont des jeweiligen Zuteilungsplans ab, sondern er ordnet damit eben die rechtsverbindliche Wirkung des jeweiligen nationalen Zuteilungsplans für Zuteilungsverordnung und -bescheide innerhalb des genannten Zeitraumes an, der sich damit als zeitlicher Geltungsbereich der im Zuteilungsplan enthaltenen Norm erweist.

3.3.2. Nicht zu folgen ist auch der von der Bundesregierung vertretenen Meinung, dass bei der Prüfung der Zuteilungsverordnung sowie der Zuteilungsbescheide auf ihre Rechtmäßigkeit

gemäß den Art. 130, 139 und 144 B-VG als Maßstab der inhaltlichen Prüfung die in § 11 Abs. 2 EZG angeführten Kriterien, der nationale Zuteilungsplan samt allfälligen "Vorgaben" hingegen nur in reduziertem Maße hinsichtlich "des bei der Erlassung der Verordnung einzuhaltenden Verfahrens" heranzuziehen sind. Dementgegen bilden die im § 11 EZG angeführten Kriterien Determinanten beim Erlass des nationalen Zuteilungsplans und sind inhaltlich ausschließlich auf diesen zugeschnitten ("Für die Erstellung des Zuteilungsplans [sic!] gelten folgende Kriterien: ...").

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 Regelung des § 13 Abs. 4 zweiter Satz EZG trägt dem dadurch Rechnung, dass sie den zuständigen Bundesminister verpflichtet, sowohl die im ersten Satz dieser Bestimmung vorgesehene Verordnung über die Zuteilung der Emissionszertifikate auf die Tätigkeiten als auch die im letzten Satz des § 13 Abs. 4 EZG vorgesehene Zuteilung an die Anlagen durch Bescheide so vorzunehmen, "wie sie im Plan der EK vorgelegt wurde" (RV 400 BlgNR 22. GP, S 11), gleichzeitig aber den "allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission" entspricht. Damit wird kraft Anordnung des österreichischen Gesetzgebers der nationale Zuteilungsplan - allenfalls abgeändert oder ergänzt durch davon abweichende Vorgaben der Europäischen Kommission - zur wesentlichen inhaltlichen Determinante der Zuteilungsakte, ohne dass der Gesetzgeber eine der verbindlichen Wirkung entsprechende Rechtsform für den nationalen Zuteilungsplan vorgesehen hätte, die einem Rechtsformtyp des österreichischen Rechtsquellen-systems entspricht.

3.3.3. Der Verfassungsgerichtshof stimmt der Bundesregierung zu, wenn sie die vom Gerichtshof im Prüfungsbeschluss noch in Betracht gezogene Qualifikation des nationalen Zuteilungsplans als gemeinschaftsrechtliche Rechtsquelle verneint. 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 nämlich 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, in concreto aus § 13 Abs. 4 EZG. Laut AB zum EZG (417 BlgNR 22. GP, S 3) soll klargestellt werden, dass die endgültige Zuteilung vom Zuteilungsplan gemäß § 11 nur dann und insofern abweichen darf (und wohl auch muss), als dies von der Europäischen Kommission aufgetragen wird. 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 vorgebrachten gemeinschaftsrechtlichen Überlegungen zu einem im Verhältnis zum nationalen Zuteilungsplan vorrangigen Faktor. Diese begründeten Überlegungen der Europäischen Kommission gelten als vom nationalen Zuteilungsplan abweichende Vorgaben im Sinne des § 13 Abs. 4 EZG, die beim innerstaatlichen Zuteilungsakt, sei es die Zuteilungsverordnung, seien es die Zuteilungsbescheide, zu vollziehen sind.

Wenn sohin auch der nationale Zuteilungsplan keine gemeinschaftsrechtliche Rechtsquelle darstellt, sondern eine solche

des nationalen Rechts bildet, besitzen die von der Europäischen Kommission in Ausübung ihrer Kontrolltätigkeit geäußerten Vorgaben (die im Ergebnis den nationalen Zuteilungsplan abändern lassen oder darin zum Ausdruck gelangende problematische Entscheidungen des nationalen Zuteilungsplans aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen korrigieren) ihren Ursprung im Gemeinschaftsrecht.

3.3.4. Die Bundesregierung versteht die geschilderte rechtliche Situation dahin, dass zwischen dem nationalen Zuteilungsplan und den "allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission" (so § 13 Abs. 4 EZG) strikt zu unterscheiden ist: Die bei Annahme eines normativen Charakters des Zuteilungsplans - der Meinung der Bundesregierung zufolge - gegebene Qualifikation als Verordnung wird daraus abgeleitet, dass der Plan nicht von einem Organ der Gemeinschaft, sondern einem Organ eines Mitgliedstaates erstellt wird. Lehnt die Europäische Kommission gemäß Art. 9 Abs. 3 EH-RL den nationalen Zuteilungsplan oder einen Teil davon ab (weil jener Plan mit den Kriterien des Anhangs III der EH-RL unvereinbar ist), kommt ihr nach Meinung der Bundesregierung "eine Art Einspruchsrecht in einem österreichischen Rechtsetzungsverfahren zu ...". Die verfassungsrechtliche Grundlage für diese gesetzliche Regelung findet die Bundesregierung in Art. 9 Abs. 2 B-VG, dem zufolge durch Gesetz "einzelne Hoheitsrechte des Bundes auf zwischenstaatliche Einrichtungen und ihre Organe übertragen" werden können.

Der Argumentation der Bundesregierung kann jedoch weder gefolgt werden, was die getrennte Betrachtung des nationalen Zuteilungsplans einerseits und der dazu ergangenen Abänderungsvorgaben der Kommission andererseits anlangt, noch was die verfassungsrechtliche Fundierung der vom Zuteilungsplan abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission durch Art. 9 Abs. 2 B-VG betrifft. Der Verfassungsgerichtshof ist vielmehr mit der Literatur [Öhlinger, Art. 9 Abs. 2 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Rz 3 (2002)] der Auffassung, dass Art. 9

Abs. 2 B-VG keinen Bezug zum europäischen Gemeinschaftsrecht aufweist. Die "Übertragung" von Rechtsetzungsbefugnissen bzw. von Mitwirkungsbefugnissen bei der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung auf Organe der EG, wie hier auf die Kommission, beruht vielmehr auf dem EU-BeitrittsBVG und unterliegt, wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Judikatur (vgl. VfSlg. 15.106/1998, 15.683/1999, 16.260/2001, 16.320/2001 und 17.001/2003 sowie dazu *Korinek*, Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, FS Öhlinger, 2004, S 131) betont, dem Grundsatz der doppelten Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Auch die in Durchführung der Art. 9 Abs. 3 und 11 Abs. 1 EH-RL in § 13 Abs. 4 EZG getroffene Anordnung des österreichischen Gesetzgebers, die Zuteilungsverordnung und die Zuteilungsbescheide für Emissionszertifikate auf der Grundlage und in Durchführung des nationalen Zuteilungsplans samt allfälligen davon abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission zu erlassen, unterliegt diesem Erfordernis: Die geschilderte Regelung des § 13 Abs. 4 EZG hat nicht nur die umzusetzenden Richtlinienanordnungen der Art. 9 Abs. 3 und 11 Abs. 1 EH-RL gehörig zu beachten, sondern diese gesetzliche Regelung muss auch die österreichischen verfassungsrechtlichen Vorschriften beobachten und einhalten.

3.3.5. § 13 Abs. 4 EZG zufolge bildet der nationale Zuteilungsplan erst in der Gestalt der vom ursprünglichen Plan abweichenden Vorgaben der Europäischen Kommission die maßgebliche und maßstäbliche inhaltliche Rechtsgrundlage der Zuteilungsverordnung sowie der Zuteilungsbescheide. 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 [so

schon *Oberndorfer/Mayrhofer*, Der nationale Zuteilungsplan für Emissionszertifikate - eine neue Rechtsquelle?, FS Schäffer, 2006, S 536 (538); vgl. auch EuG 23.11.2005, T-178/05, Rz 56].

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.

3.3.6. Die dargestellte, gemeinschaftsrechtlich keineswegs notwendige Mischform verstößt gegen die - relative - Geschlossenheit des österreichischen verfassungsrechtlichen Rechtssystemens. 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. Beruht doch die Zuteilungsentscheidung auf einem Rechtsakt, nämlich dem - kraft § 13 Abs. 4 EZG rechtsverbindlichen - nationalen Zuteilungsplan in der Umformung durch die von der Europäischen Kommission ausgesprochenen Abänderungsvorgaben.

Mit dem nationalen Zuteilungsplan in seiner durch die Vorgaben der Europäischen Kommission geprägten abweichenden Gestalt wurde somit - ohne dass das Recht der Europäischen Union dazu zwingt - eine Rechtsquelle geschaffen, die sowohl funktionell als auch organisatorisch Gemeinschaftsrecht mit innerstaatlichem Recht vermennt: Funktionell dienen die nationalen Zuteilungspläne der Erreichung des Kyoto-Zieles (Reduktion um 8 % bezogen auf die Emissionen an CO<sub>2</sub> des Jahres 1990) sowie der Ver-

meidung von Wettbewerbsverzerrungen unter den Mitgliedstaaten (vgl. Erwägungsgrund 7 der EH-RL). Innerstaatlich sollen die Zertifikate auf die entsprechenden Anlagen bzw. deren Betreiber bedarfsgerecht aufgeteilt werden. Organisatorisch beruht der nationale Zuteilungsplan auf der Ausarbeitung eines innerstaatlichen Verwaltungsorgans (vgl. § 11 Abs. 1 EZG), eines obersten Organs der Vollziehung (Art. 19 Abs. 1 B-VG), das sich abweichende Vorgaben durch die Europäische Kommission gefallen lassen muss.

Art. 9 Abs. 3 EH-RL gebietet lediglich, dass jeder Mitgliedstaat in einer ihm gemäßen verfassungsrechtlichen Form die nationalen Zuteilungsentscheidungen unter Bindung an den entsprechend den Vorgaben der Europäischen Kommission abgeänderten nationalen Zuteilungsplan trifft; § 13 Abs. 4 EZG hat diese Verpflichtung - freilich unter Verletzung des Bundesverfassungsrechts - näher ausgeführt.

§ 13 Abs. 4 EZG verstößt in seinem zweiten Satz mit der Einrichtung einer - wie gezeigt - funktionell und organisatorisch gemischten Rechtsquelle gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems (vgl. VfSlg. 13.780/1994 und 17.394/2004). Danach ist für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit neuer Rechtsquellen 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 - wie gezeigt - beim nationalen Zuteilungsplan in seiner durch die Vorgaben der Europäischen Kommission korrigierten Gestalt nicht statt. Da sich dieser verfassungsrechtliche Mangel auf die zur Durchsetzung des nationalen Zuteilungsplans vorgesehene Zuteilungsverordnung und auf die Zuteilungsbescheide erstreckt, sind auch der erste und letzte Satz des § 13 Abs. 4 EZG mit derselben Verfassungswidrigkeit behaftet. § 13 Abs. 4 EZG war daher insgesamt als verfassungswidrig aufzuheben.



3.4.1. Die Bestimmung einer Frist für das Außer-Kraft-Treten der aufgehobenen Gesetzesstelle gründet sich auf Art. 140 Abs. 5 dritter und vierter Satz B-VG.

3.4.2. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG.

3.4.3. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBLG.

4. Über die Gesetzmäßigkeit der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, hat der Verfassungsgerichtshof erwogen:

4.1. Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit der (in den Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof präjudiziellen) Verordnungsstellen formulierte der Verfassungsgerichtshof vorerst dahin, dass im Falle des Zutreffens der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 13 Abs. 4 EZG mit der Aufhebung dieser Bestimmung die Bindung der Zuteilungsverordnung an den nationalen Zuteilungsplan wegfielen:

"Fehlt dem Nationalen Zuteilungsplan nach Aufhebung des § 13 Abs. 4 EZG die Normativität, so ermangelt den hier als präjudiziell angenommenen Stellen der ZuteilungsVO die notwendige Rechtsgrundlage iSd Art. 18 Abs. 2 B-VG. 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; VfGH 3.3.2005, G 158/04, V 60/04 ua.) dürften daher auch die in Prüfung gezogenen Teile der ZuteilungsVO gemäß Art. 139 B-VG als gesetzwidrig aufzuheben sein."

4.2. Diesem Bedenken schloss sich der Verwaltungsgerichtshof in Ansehung der in den bei ihm anhängigen Beschwerdeverfahren präjudiziellen Verordnungsstellen in seinem Antrag an.

4.3. Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat die der Zuteilungsverordnung zugrunde liegenden Akten vorgelegt. Dem Bedenken des Verfassungsgerichtshofes, dass im Falle einer Aufhebung des § 13 Abs. 4 zweiter Satz EZG die Zuteilungsverordnung einer gesetzlichen Grundlage entbehrte, hält der Bundesminister entgegen, dass die Rechtsgrundlage der Zuteilungsverordnung nicht im Gemeinschaftsrecht zu finden sei. Wenngleich die Zuteilungsverordnung dem Ergebnis des Konsultationsverfahrens entsprechen soll, sei ihre rechtliche Grundlage weder das als "Nationaler Zuteilungsplan" bezeichnete Planungsdokument noch die EH-RL, sondern das EZG:

"Im Zug der Gesetzesredaktion wurde der Anhang III der Emissionshandelsrichtlinie an der ersten Stelle umgesetzt, an der er ablaufmäßig maßgeblich ist, und das ist bei der Ausarbeitung des Entwurfs für einen Nationalen Zuteilungsplan. Dementsprechend finden sich materielle Zuteilungsdeterminanten in § 11 EZG, und zwar unter Bezugnahme auf den Nationalen Zuteilungsplan. Dies schließt jedoch nicht aus, dass in Bezug auf die nationale Rechtssetzung § 11 EZG auch die inhaltliche Determinante für die Zuteilungsverordnung bildet. Mag eine andere legistische Gliederung und Strukturierung auch als möglicherweise anschaulicher zu beurteilen sein, ist doch festzuhalten, dass der Wortlaut des § 11 EZG der Maßgeblichkeit seines Inhalts für die Zuteilungsverordnung nicht entgegen steht und dass es ausreicht, wenn eine Verordnung - die Zuteilungsverordnung - überhaupt eine inhaltliche gesetzliche Deckung findet, mögen bei der Redaktion auch unklare Vorstellungen bestanden haben."

4.4. Der Verfassungsgerichtshof bleibt bei seiner im Prüfungsbeschluss vertretenen Auffassung, dass mit Aufhebung des § 13 Abs. 4 EZG wegen Verfassungswidrigkeit die materiellgesetzliche Determinierung, die die in Prüfung gezogene Verordnung aus der aufgehobenen Bestimmung des § 13 Abs. 4 EZG erfuhr, weggefallen ist. Der Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, fehlt nunmehr die gesetzliche Grundlage. Diese gemäß Art. 18 Abs. 2 B-VG erforderliche Rechtsgrundlage kann für die Zuteilung - entgegen der Meinung des die Verordnung verteidigenden Bundesministers - auch nicht anderen, im EZG enthaltenen Vorschriften, insbesondere auch nicht dem § 11 Abs. 2 EZG entnommen werden, weil es sich insofern nur um Bestimmungen handelt, die ausdrücklich nur den nationalen Zuteilungsplan determinieren sollen.

Die in Prüfung gezogene Zuteilungsverordnung, BGBl. II 18/2005, - nur diese erlangte normative Kraft - ist daher - soweit präjudiziell - aufzuheben.

Ein Eingehen auf die sonstigen Bedenken ob der Gesetzmäßigkeit der besagten Verordnung bzw. einzelner ihrer Bestimmungen erweist sich damit als entbehrlich.

4.5.1. Da jedoch nicht nur jene Bestimmungen der Zuteilungsverordnung, hinsichtlich derer die Verordnungsprüfungsverfahren eingeleitet wurden, der gesetzlichen Grundlage entbehren, sondern vielmehr die gesamte Verordnung, war gemäß Art. 139 Abs. 3 lit. a B-VG vorzugehen und die gesamte Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben. Umstände, die dem im Sinne des Art. 139 Abs. 3 letzter Satz B-VG entgegenstünden, haben sich im Verfahren nicht ergeben. Die rechtliche Situation der Parteien, deren Beschwerden Anlass für die Einleitung der amtswegigen Verordnungsprüfungsverfahren gebildet haben, wird nämlich durch die Aufhebung der Zuteilungsverordnung zur Gänze (anstelle der Aufhebung bloß der in Prüfung gezogenen, präjudiziellen Verordnungsstellen) nicht verändert, sodass die Aufhebung der ganzen Verordnung den rechtlichen Interessen der vor dem Verfassungsgerichtshof beschwerdeführenden Parteien nicht zuwiderläuft.

4.5.2. Die Bestimmung einer Frist für das Außer-Kraft-Treten der aufgehobenen Verordnung gründet sich auf Art. 139 Abs. 5 letzter Satz B-VG.

4.5.3. Die Verpflichtung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und des damit im Zusammenhang stehenden weiteren Ausspruchs erfließt aus Art. 139 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 60 Abs. 2 VfGG iVm § 4 Abs. 1 Z 4 BBLG.

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

Wien, am 11. Oktober 2006

Der Präsident:

Dr. K o r i n e k

Schriftführer:

Dr. C h v o s t a