Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.04.2012

Geschäftszahl

2010/07/0048

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bumberger und die Hofräte Dr. Beck, Dr. Hinterwirth, Dr. Enzenhofer und Dr. N. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pühringer, über die Beschwerde der Z. Gesellschaft m. b. H. in L., vertreten durch die NH Niederhuber Hager Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Wollzeile 24, gegen den Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vom 14. Jänner 2008, Zl. BMLFUW-UW.1.3.2/0043-V/4/2008, betreffend Emissionszertifikate, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführerin betreibt am Standort G. ein Zementwerk mit einer täglichen Kapazität von 2.200 Tonnen Zementklinker.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 30. Oktober 2007 wurde die Beschwerdeführerin über das Verfahren zur Zuteilung von kostenlosen Emissionszertifikaten für die zweite Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 informiert und aufgefordert, binnen zwei Wochen dazu Stellung zu nehmen. Ihr wurde weiters mitgeteilt, dass die belangte Behörde beabsichtige, der Beschwerdeführerin für die Anlage in G. jährlich

272.614 Gratisemissionszertifikate zuzuteilen.

Wie sich aus den, von der Beschwerdeführerin im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit Äußerung vom 17. April 2008 vorgelegten Urkunden ergibt, erstattete die Beschwerdeführerin in weiterer Folge eine Stellungnahme. Mit Schreiben vom 6. November 2007 teilte die Beschwerdeführerin der belangten Behörde mit, dass ihre Stellungnahme vom 20. November 2006 (offenbar handelt es sich hierbei um eine Stellungnahme im Rahmen der Erstellung des nationalen Allokationsplanes für die 2. Periode) nicht berücksichtigt wurde.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 14. Jänner 2008 wurden der Beschwerdeführerin gemäß § 13 Abs. 3 des Bundesgesetzes über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, BGBl. I Nr. 46/2004 i.d.F. der Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 - Emissionszertifikategesetz (in der Folge: EZG), i.V.m. § 5 Abs. 1 der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten für die Periode 2008 bis 2012, BGBl. II Nr. 279/2007(in der Folge: ZuteilungsVO 2. Periode), für die Periode 2008 bis 2012 jährlich

272.614 kostenlose Emissionszertifikate zugeteilt.

In der Begründung dieses Bescheides wird u.a. ausgeführt, dass die Anlage der Beschwerdeführerin dem Geltungsbereich des EZG unterliege.

Als Allokationsbasis sei gemäß § 12a EZG eine von der Periode 2002 bis 2005 abweichende Basisperiode, nämlich der Mittelwert der Jahre 2004 und 2005 herangezogen worden. Die sich hieraus ergebende Allokationsbasis betrage 295.122 Tonnen CO2 pro Jahr, wovon eine Menge von 200.041 Tonnen CO2/a als Prozessemissionen gemäß Anhang 2 Z. 1 der ZuteilungsVO 2. Periode und eine Menge von 95.081 t CO2/a als Emissionen aus der Verbrennung gemäß Anhang 2 Z. 2 der ZuteilungsVO 2. Periode gewertet würden. Der (gewichtete) Potentialfaktor für die Anlage errechne sich aus auf Grundlage der von der Beschwerdeführerin im Rahmen einer vom Umweltbundeamt und vom Institut für Industrielle Ökologie durchgeführten Datenerhebung

gemeldeten Daten und betrage 0,97489. Der Erfüllungsfaktor der Anlage errechne sich gemäß § 4 Z. 3 ZuteilungsVO 2. Periode und diene der rechnerischen Korrektur der Zuteilungsmenge je Anlage um sicherzustellen, dass die Summe der den Anlagen zugeteilten kostenlosen Emissionszertifikate innerhalb eines Sektors mit der Gesamtzuteilung des Sektors übereinstimme. Der Erfüllungsfaktor der Anlage der Beschwerdeführerin betrage 0,94753.

Die Menge an der Beschwerdeführerin zustehenden kostenlosen Emissionszertifikaten ergebe sich aus einer Multiplikation der Allokationsbasis mit dem Potentialfaktor der Anlage und dem Erfüllungsfaktor der Anlage. Hieraus ergebe sich schließlich die der Beschwerdeführerin zustehende Anzahl von 272.614 kostenlosen Emissionszertifikaten pro Jahr.

Gegen diesen Zuteilungsbescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit seines Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, erstattete eine Gegenschrift und beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§§ 11 und 13 EZG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 lauten auszugsweise:

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

…

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

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

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

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

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

(8) Der nationale Zuteilungsplan für die Perioden ab 2008 hat anzugeben, in welchem Umfang die projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls in der betreffenden Periode gemäß Abs. 1 zur Erfüllung der Verpflichtungen Österreichs nach dem Kyoto-Protokoll genützt werden sollen, und festzulegen, bis zu welchem Prozentsatz der Zuteilung für die Anlagen oder der tatsächlichen Emissionen in den Fällen des § 18 Abs. 2 die Anlageninhaber zertifizierte Emissionsreduktionen gemäß § 3 Z 7 und Emissionsreduktionseinheiten gemäß § 3 Z 8 zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gemäß § 18 verwenden dürfen. Der Prozentsatz hat mit den ergänzenden Verpflichtungen der Republik Österreich nach dem Kyoto-Protokoll und der Beschlüsse, die auf Grund des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen und des Kyoto-Protokolls gefasst wurden, insbesondere des Beschlusses 15/CP.7, in Einklang zu stehen.

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

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

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

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

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

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

4. die Zuteilung der Emissionszertifikate auf die einzelnen Anlagen mit Zuteilungsverordnung festzulegen.

Bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung sind alle Anlagen, die spätestens 21 Monate vor dem Beginn der folgenden Periode, das ist für die Periode 2008 bis 2012 der 31. März 2006, für die Periode 2013 bis 2017 der 31. März 2011, nachweislich einen vollständigen Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung eingebracht haben, deren Inbetriebnahme voraussichtlich vor dem letzten Tag der jeweiligen Periode erfolgt und deren Emissionen mit hinreichender Genauigkeit bestimmbar sind, zu berücksichtigen. In der Zuteilungsverordnung ist festzulegen, dass die Zuteilung von Emissionszertifikaten an diese Anlagen unter der Bedingung erfolgt, dass die Anlagen tatsächlich in Betrieb genommen werden. Können bei einer Anlage, für die spätestens 21 Monate vor dem Beginn der folgenden Periode ein Antrag auf anlagenrechtliche Genehmigung gestellt wurde, die aus dem Betrieb der Anlage entstehenden Emissionen nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmt werden, kann von der Berücksichtigung dieser Anlage in der Zuteilungsverordnung abgesehen werden. Die Emissionen sind insbesondere dann nicht mit hinreichender Genauigkeit bestimmbar, wenn die Dauer des anlagenrechtlichen Genehmigungsverfahrens und damit der Zeitpunkt der tatsächlichen Inbetriebnahme nicht abschätzbar sind. Für die Zuteilung an Anlagen, für die keine oder unvollständige bzw. nicht ausreichende Emissionsmeldungen vorliegen, insbesondere Anlagen, die während oder nach der jeweiligen Basisperiode in Betrieb genommen wurden, sind jedenfalls folgende Faktoren zu berücksichtigen:

a) die genehmigte Kapazität der Anlage,

b) die durchschnittliche Kapazitätsauslastung im Branchendurchschnitt,

c) die zu erwartende Kapazitätsauslastung der Anlage in der Periode und

d) die zu erwartenden Emissionen der Anlage unter der Annahme der Anwendung des Standes der Technik.

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

1. Die Mengen der Emissionszertifikate, die zugeteilt werden, müssen mit dem Potenzial, auch dem technischen Potenzial, der unter dieses Bundesgesetz fallenden Tätigkeiten gemäß Anhang 1 zur Emissionsverringerung in Einklang stehen. Die Zuteilung berücksichtigt die erwarteten Trendwerte der Produktion, Energieintensität und Kohlenstoffdioxidintensität der Tätigkeit (Business as usual). Dabei sollen bei der Zuteilung von Emissionszertifikaten die durchschnittlichen spezifischen Treibhausgasemissionen des Brennstoffs, die Energieeffizienz und die in diesen Tätigkeitsbereichen erreichbaren Fortschritte zugrunde gelegt werden. Aus im Rahmen des Informationsaustausches nach Artikel 16 Abs. 2 der Richtlinie 96/61/EG des Rates über die integrierte Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung, ABl. Nr. L 257 vom 10. Oktober 1996 S. 26ff, erstellten BVT-Referenzdokumenten (BREFs) resultierende Benchmarks oder, falls

für die betreffende Aktivität keine solchen Dokumente existieren, andere objektive und transparente Vergleichsmaßstäbe sollen verwendet werden. Die Zuteilung berücksichtigt, dass prozessbedingte Emissionen nicht in gleichem Ausmaß beeinflussbar sind wie energiebedingte Emissionen, und wendet daher für prozessbedingte Emissionen eine andere Berechnungsmethode für die Zuteilung an als für energiebedingte Emissionen. Emissionen von Treibhausgasen, die durch die Durchführung von freiwilligen Umweltschutzmaßnahmen entstehen, sind wie prozessbedingte Emissionen zu behandeln.

2. Die Zuteilung berücksichtigt die klimapolitische Bedeutung von effizienter Kraft-Wärme-Kopplung und effizienter Fernwärmeerzeugung und deren in der Klimapolitik vorgesehenen Ausbau. Weiters können andere emissionsfreie oder besonders emissionsarme Technologien, einschließlich energieeffizienter Technologien, berücksichtigt werden.

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

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

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

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

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

8. Für die Festlegung der Gesamtzahl sind die Kriterien der

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

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

…"

§ 12a EZG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 34/2006 lautet:

"§ 12a. Bei der Erstellung des nationalen Zuteilungsplans für die Periode 2008 bis 2012 hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft die von den Inhabern gemeldeten und vom Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft auf Plausibilität geprüften Emissionen der Anlagen gemäß Anhang 1 oder § 2 Abs. 3 in den Jahren 2002 bis 2005 zu berücksichtigen. Falls solche Meldungen nicht vorliegen, hat der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft dem Anlageninhaber die Meldung mit Bescheid aufzutragen. Falls die Basisperiode 2002 bis 2005 für die Anlage nicht repräsentativ ist, kann in begründeten Fällen eine abweichende Basisperiode herangezogen werden, indem einzelne Jahre aus dieser Periode unberücksichtigt bleiben. Unbeschadet des § 8 ist eine nicht gemäß § 9 geprüfte Meldung der Emissionen für das Jahr 2005 dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft bis 15. Februar 2006 zu übermitteln."

Die Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Zuteilung von Emissionszertifikaten für die Periode 2008 bis 2012 (ZuteilungsVO 2. Periode), BGBl. II Nr. 279/2007, lautet auszugsweise:

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

Gratiszuteilung (08-12)

Anlage = Allokationsbasis Anlage * PF Anlage * EF Anlage

Die Faktoren der Formel werden folgendermaßen definiert:

1. Die Allokationsbasis der Anlage entspricht grundsätzlich dem Durchschnitt der Emissionen im Zeitraum 2002 bis 2005 gemäß den Ergebnissen der Datenerhebung von Umweltbundesamt und Institut für Industrielle Ökologie. Sollten diese Emissionsdaten nicht repräsentativ im Sinne des § 12a EZG sein, wird eine abweichende Basisperiode herangezogen. Es erfolgt zudem jedenfalls eine Anpassung der Basisperiode für einzelne Anlagen, wenn die Emissionen der letzten beiden mit historischen Emissionsdaten belegbaren Jahre um zumindest 20% vom Mittelwert der Jahre 2002 bis 2005 abweichen. In diesen Fällen werden nicht repräsentative Jahre außer Betracht gelassen. Im Fall von genehmigten Neuanlagen oder Anlagenerweiterungen, für die keine repräsentativen historischen Emissionsdaten verfügbar sind, erfolgt die Festlegung der Allokationsbasis in sinngemäßer Anwendung von § 13 Abs. 1 letzter Satz EZG.

2. Der in Anhang 2 näher spezifizierte Potentialfaktor der Anlage (PF Anlage) berücksichtigt die Prozessemissionen, die Kohlenstoffdioxid-Intensität des Brennstoffeinsatzes, Zuschläge für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen und für die Auskopplung von Abwärme sowie einen Abschlag für Anlagen, die von den Standards der im Rahmen des Informationsaustausches nach Artikel 16 Abs. 2 der Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung von Umweltverschmutzung, ABl. Nr. L 257 vom 10.10.1996 S. 26ff, erstellten Referenzdokumente für beste verfügbare Technik - BVT (BREFs) abweichen, jeweils bezogen auf den Basiszeitraum 2002 bis 2005, bzw. jenen Zeitraum, der gemäß § 4 Z 1 als repräsentativ anerkannt wird. Der in Anhang 3 für Anlagen des Sektors Elektrizitätswirtschaft näher spezifizierte Potentialfaktor berücksichtigt die Nettostrom- und Nettowärmeerzeugung im Basiszeitraum 2002 bis 2005, bzw. in jenem Zeitraum, der gemäß § 4 Z. 1 als repräsentativ anerkannt wird.

3. Der Erfüllungsfaktor der Anlage (EF Anlage) dient dazu, die Zahl der auf Anlagenebene kostenlos zugeteilten Emissionszertifikate mit den der Branche kostenlos zugeteilten Emissionszertifikaten in Übereinstimmung zu bringen. Der Erfüllungsfaktor der Anlage wird nach folgender Formel berechnet:

EF Anlage = Gratiszuteilung Branche / ?Anlagen Allokationsbasis Anla gen * PF Anlagen

…

Anhang 1

Codes	Anlagenname	Kostenlose Zuteilung 2008 - 2012
…		
IZE078	Zementwerk Leube Gartenau	1.363.070

…

Anhang 2

In den Potentialfaktor (PF Anlage) gehen folgende Parameter ein:

1. Prozessemissionen: Kohlenstoffdioxidemissionen, bei denen es sich nicht um Emissionen aus der Verbrennung handelt und die durch eine beabsichtigte bzw. unbeabsichtigte Reaktion zwischen Stoffen oder durch deren Umwandlung entstehen, ua. durch die chemische oder elektrolytische Reduktion vom Metallerzen, und die thermische Zersetzung von Stoffen. Emissionen, die aus einem Prozess stammen, wird ein Potentialfaktor von 1 zugewiesen (entspricht keiner Reduktion). Emissionen aus der thermischen Nachverbrennung werden wie Prozessemissionen behandelt.

2. Emissionen aus Verbrennung (Brennstoffemissionen):

Kohlenstoffdioxidemissionen, die während der exothermen Reaktion eines Brennstoffs mit Sauerstoff entstehen. Je höher die Kohlenstoffdioxid-Intensität des eingesetzten Brennstoffs (in t Kohlenstoffdioxid/Terajoule), desto höher ist das für Zwecke der Zuteilung von Emissionszertifikaten zugewiesene Standardreduktionspotential. Bei einem Kohlenstoffdioxid-Emissionsfaktor von 110 kommt ein Potentialfaktor von 0,8 (entsprechend Reduktion von 20%), bei 55,4 (Erdgas) von 0,96 (-4%) zur Anwendung. Zwischen den einzelnen Werten wird linear interpoliert, darüber hinaus wird linear extrapoliert. Der Potentialfaktor für Emissionen aus der Verbrennung lässt sich durch folgende Gleichung darstellen ('Brennstoffgerade'):

PF Brennstoffemission = -0,0029304 * Kohlenstoffdioxid-Intensität + 1,1223443

Der Brennstoffpotentialfaktor (ohne Berücksichtigung von KWK- , Abwärmebonus oder BVT-Malus) beträgt maximal 1 und nicht weniger als 0,75.

…"

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2009, Zl. 2008/07/0035, an den Verfassungsgerichtshof den Antrag gestellt, der Verfassungsgerichtshof möge den

4. Abschnitt (§§ 11 bis 16) des Bundesgesetzes über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Emissionszertifikategesetz - EZG), BGBl. I Nr. 46/2004 i.d.F. der Novelle

BGBl. I Nr. 171/2006, als verfassungswidrig sowie die Eintragung "IZE078 Zementwerk Leube Gartenau 1.363.070" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode als gesetzwidrig aufheben.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 5. März 2010, VfSlg. 19020/2010, diesem Antrag des Verwaltungsgerichtshofes nicht Folge geleistet. Der Verwaltungsgerichtshof hat die oben zitierten Bestimmungen im gegenständlichen Beschwerdeverfahren daher weiterhin anzuwenden.

Soweit sich die Beschwerdeführerin unter dem Titel "Vorfrage:

Beschneidung des Rechtsschutzes durch formelle und materielle Staffelung von NAP II, ZuteilungsVO und Zuteilungsbescheid" gegen das durch die Novelle BGBl. I Nr. 171/2006 neu geregelte Zuteilungssystem für kostenlose Emissionszertifikate richtet, genügt es gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Entscheidungsgründe des hg. Erkenntnisses vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052, zu verweisen. Demzufolge ist die belangte Behörde bei der Erlassung des Zuteilungsbescheids für kostenlose Emissionszertifikate an die für die jeweilige Anlage in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode ausgewiesene Menge an kostenlosen Emissionszertifikaten gebunden. Da die belangte Behörde der Beschwerdeführerin für ihre Anlage in G. aber exakt jene Menge an Emissionszertifikaten zugeteilt hat, die in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode unter der Kennzahl IZE078 für die Anlage der Beschwerdeführerin ausgewiesen war, erweist sich der angefochtene Bescheid insofern nicht als rechtswidrig.

Die Beschwerdeführerin wendet darüber hinaus ein, dass trotz Heranziehung einer gegenüber § 12a EZG abweichenden Basisperiode immer noch nicht gewährleistet sei, dass die spezifische Situation ihrer Anlage richtig abgebildet werde. Die Heranziehung des Mittelwertes der Emissionen der Jahre 2004 und 2005 als Allokationsbasis sei nicht repräsentativ, da die Beschwerdeführerin auch in diesen Jahren noch biogene Brennstoffe eingesetzt habe, die ihr nun nicht mehr zur Verfügung stünden.

§ 12a EZG sehe vor, dass - durch Außerachtlassung einzelner Jahre - eine von den Jahren 2002 bis 2005 abweichende Basisperiode herangezogen werden könne, sofern die Basisperiode 2002 bis 2005 nicht repräsentativ sei.

§ 13 Abs. 2 EZG normiere, dass bei der Erlassung der Zuteilungsverordnung 2. Periode die Kriterien des § 12a EZG zu berücksichtigen seien. § 4 Z. 1 ZuteilungsVO 2. Periode halte folgerichtig auch fest, dass die Allokationsbasis der Anlagen grundsätzlich dem Durchschnitt der Emissionen im Zeitraum 2002 bis 2005 entspräche. Die Verordnung lege weiters fest, dass dann eine abweichende Basisperiode heranzuziehen sei, wenn die Emissionsdaten nicht repräsentativ im Sinne des § 12a EZG seien.

Die belangte Behörde hätte erkennen müssen, dass aufgrund der anlagenspezifischen Situation der Beschwerdeführerin keines der Basisjahre 2002 bis 2005 als Bemessungsgrundlage repräsentativ sei. Die Heranziehung der Jahre 2004 und 2005 führe letztlich zu einer zu niedrigen Allokationsbasis. Es hätte daher das Jahr 2006 als Allokationsbasis herangezogen werden müssen.

Diese Vorgehensweise sei nach § 12a EZG nicht nur zulässig, sondern auch geboten, weil es auch möglich sei, sämtliche Jahre der genannten Basisperiode mangels Repräsentativität auszuscheiden. Die abweichende Basisperiode wäre diesfalls das Jahr 2006.

Mit dieser Einwendung ist für die Beschwerdeführerin nichts zu gewinnen.

Gemäß der hg. Rechtsprechung hat die belangte Behörde keine Möglichkeit, von der in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode ausgewiesenen Menge an kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikaten abzuweichen (vgl. das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Allokationsbasis für die Zuteilung der kostenlosen Emissionszertifikate unrichtig berechnet worden sei, kann daher nur als Anregung an den Verwaltungsgerichtshof verstanden werden, dieser möge an den Verfassungsgerichtshof den Antrag stellen, die Eintragung "IZE078 Zementwerk Leube Gartenau 1.363.070" als gesetzwidrig aufzuheben.

Die Heranziehung einer abweichenden Basisperiode ist gemäß § 12a EZG nur dann möglich, wenn die gesamte Basisperiode 2002 bis 2005 nicht repräsentativ ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2008/07/0031).

In diesem Fall ist es gemäß § 12a EZG möglich, in begründeten Fällen eine abweichende Basisperiode heranzuziehen, indem einzelne Jahre aus der Periode 2002 bis 2005 unberücksichtigt bleiben.

Bereits der Wortlaut des § 12a EZG steht somit der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Interpretationsvariante entgegen, wonach es möglich sei, sämtliche Jahre der Basisperiode 2002 bis 2005 entfallen zu lassen.

Darüber hinaus legt die Beschwerdeführerin auch nicht näher dar, auf welcher gesetzlichen Grundlage die Emissionen des Jahres 2006 als Allokationsbasis für die Berechnung der kostenlos zuzuteilenden Emissionszertifikate herangezogen werden sollen.

§ 12a EZG bietet hierfür, wie bereits ausgeführt wurde, keine Grundlage.

Bedenken gegen die Gesetzeskonformität der Allokationsbasis und aus der in weiterer Folge aus dieser abgeleiteten, in der Eintragung "IZE078" des Anhangs 1 der ZuteilungsVO 2. Periode ausgewiesenen Menge an

kostenlosen Emissionszertifikaten kann die Beschwerdeführerin folglich nicht aufzeigen, weswegen der Verwaltungsgerichtshof keine Notwendigkeit sieht, an den Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Überprüfung der oben zitierten Eintragung zu stellen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem bereits zitierten Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052, auf dessen Entscheidungsgründe in diesem Zusammenhang gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, ausführlich dargelegt hat, kann die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen, wonach der Einsatz von Gas als Brennstoff nicht dem Stand der Technik in der Zementindustrie entspreche, die ZuteilungsVO 2. Periode dies aber ignoriere und daher im Widerspruch zu den Vorgaben des § 13 Abs. 2 Z. 1 EZG stehe, keine Bedenken aufzeigen, die den Verwaltungsgerichtshof zur Stellung eines Antrages auf Prüfung der vorgenannten Verordnung auf ihre Gesetzmäßigkeit an den Verfassungsgerichtshof veranlassen würden.

Das von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte Spezifikum, wonach sie Gas als schwefelarmen Brennstoff aufgrund der in ihrer Anlage eingesetzten Rohstoffe nicht verwenden könne, vermag daran nichts zu ändern, zumal die Beschwerdeführerin auch nicht darlegt, weshalb sich aus diesem Umstand eine etwaige Gesetzwidrigkeit der ZuteilungsVO 2. Periode ergeben sollte.

Darüber hinaus wendet die Beschwerdeführerin ein, dass der "Klinkerfaktor" (dieser beschreibt den Anteil an Zementklinker, welcher für die Herstellung einer Tonne Zement notwendig ist) in ihrer Anlage in G. nicht nur deutlich unter dem europäischen, sondern auch um 6,6% unter dem Durchschnitt der restlichen österreichischen Zementwerke liege. Die Herstellung von Zementklinker sei ein CO2-intensiver Prozess. Ein niedriger Klinkerfaktor bedeute somit gleichzeitig, dass pro Tonne erzeugten Zement weniger CO2 emittiert werde.

Durch diesen niedrigen Klinkerfaktor habe die Anlage der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den übrigen Zementwerken in Österreich im Zeitraum von 1998 bis 2006 345.612 Tonnen Klinker eingespart. Die sich daraus implizit ergebenden eingesparten CO2- Emissionen würden im selben Zeitraum 277.095 Tonnen betragen. Eine weitere Senkung des Klinkerfaktors sei technisch nicht möglich.

Auch dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin kann vor dem Hintergrund der hg. Rechtsprechung, wonach die belangte Behörde bei der Zuteilung von kostenlosen Emissionszertifikaten an die für die jeweilige Anlage in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode ausgewiesene Menge an kostenlosen Emissionszertifikaten gebunden ist (vgl. das bereits mehrfach zitierte hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052), nur dahingehend verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin damit eine Gesetzwidrigkeit der Eintragung "IZE078 Zementwerk Leube Gartenau 1.363.070" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode aufzuzeigen versucht.

Mit dem bloßen Vorbringen, wonach eine weitere Reduktion des Klinkerfaktors nicht möglich sei, vermag die Beschwerdeführerin jedoch nicht aufzuzeigen, worin nun eine etwaige Gesetzwidrigkeit der ZuteilungsVO 2. Periode liegen soll.

Nur aus dem Umstand, dass der Klinkerfaktor in den Produkten der Beschwerdeführerin unter jenem von Produkten anderer Zementhersteller liegt, lässt sich eine falsche Anwendung der Kriterien des § 13 Abs. 2 Z. 1 EZG (insbesondere des technischen Reduktionspotentials) nicht ableiten, zumal die Senkung des Klinkerfaktors - wie sich insbesondere auch aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Einsatz von biogenen Brennstoffen in ihrer Betriebsanlage ergibt - offenbar nur eine von mehreren technischen Möglichkeiten zur Senkung von CO2-Emissionen ist.

§ 13 Abs. 2 Z. 1 EZG normiert zwar, dass die ZuteilungsVO unter anderem auch mit dem technischen Potential zur Emissionsverringerung der jeweiligen, dem EZG unterliegenden Tätigkeit im Einklang zu stehen hat.

Da es sich aber, wie bereits dargelegt wurde, bei der Senkung des Klinkerfaktors offenbar nur um eine von mehreren technischen Möglichkeiten zur Senkung von CO2-Emissionen handelt, ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht zu ersehen, dass die Vorgaben des § 13 Abs. 2 Z. 1 EZG bei der Zuteilung der kostenlosen Emissionszertifikate für die Anlage der Beschwerdeführerin in G. nicht korrekt berechnet wurden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat daher auch unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken gegen die Gesetzeskonformität der Eintragung "IZE078" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode, welche die der Beschwerdeführerin für ihre Anlage in G. zustehenden kostenlosen Emissionszertifikate ausweist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052, unter Bezugnahme auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bereits dargelegt hat, ist § 13 Abs. 2 Z. 1 EZG nicht zu entnehmen, dass im Rahmen der ZuteilungsVO 2. Periode ein mögliches zukünftiges Wachstum einzelner Anlagen zu berücksichtigen wäre.

Es erübrigt sich daher, auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach in ihren Absatzmärkten aufgrund laufender Infrastrukturgroßprojekte auch in den nächsten Jahren mit einem großen Wachstum ihrer Zement(klinker)produktion zu rechnen sei, näher einzugehen.

Die Beschwerdeführerin wendet weiters ein, dass sie mangels Ausnützung der gesamten, ihr aufgrund des anlagenrechtlichen Genehmigungsbescheides zustehenden Produktionskapazität gegenüber jenen Betreibern von Anlagen benachteiligt werde, die noch rechtzeitig einen Antrag auf Erweiterung ihrer Betriebsanlage gestellt

hätten. Diesen Betreibern würde eine zusätzliche Menge an kostenlosen Emissionszertifikaten zugeteilt, während die Beschwerdeführerin für ihre ungenützten, genehmigten Produktionskapazitäten keine zusätzliche Zuteilung erhalte. Dies widerspreche dem Gleichbehandlungsgebot und führe zu einer Wettbewerbsverzerrung im Weg der Gewährung staatlicher Beihilfen.

In seinem Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0054, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof - unter Bezugnahme auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes - dargelegt, dass die Beschwerdeführerin mit diesem Vorbringen keine Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit der ZuteilungsVO 2. Periode aufzuzeigen vermag.

Im Übrigen gleicht der gegenständliche Beschwerdefall in den wesentlichen Punkten jenem, der dem hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052, zugrunde liegt. Gemäß § 43 Abs. 2 VwGG wird auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses verwiesen.

Insbesondere erweist sich der von der Beschwerdeführerin gerügte Begründungsmangel nicht als wesentlich, weil die belangte Behörde bei Erlassung des Zuteilungsbescheides keine Möglichkeit hatte, von der für die Anlage der Beschwerdeführerin in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode ausgewiesenen Menge abzuweichen.

Der Verwaltungsgerichtshof hegt folglich keine Bedenken gegen die Gesetzeskonformität der ZuteilungsVO 2. Periode, die über jene, die bereits in seinem Beschluss vom 15. Oktober 2009, Zl. 2008/07/0035, an den Verfassungsgerichtshof herangetragen wurde, hinausgehen. Daher sieht sich der Verwaltungsgerichtshof nicht veranlasst, einen neuerlichen Antrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen die Eintragung "IZE078 Zementwerk Leube Gartenau 1.363.070" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode als gesetzwidrig aufzuheben.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 47 ff. VwGG i.V.m. mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere auf deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 26. April 2012