Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

26.04.2012

Geschäftszahl

2010/07/0049

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 K. Gesellschaft m.b.H. in K., 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.1.3.2/0052-V/4/2008, betreffend Zuteilung von Emissionszertifikaten, 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 K. ein Zementwerk.

Mit Eingabe der Beschwerdeführerin vom 24. Oktober 2005 beantragte die Beschwerdeführerin beim Landeshauptmann von Oberösterreich als zuständige Abfallrechtsbehörde eine Reihe von technischen Änderungen der Anlage.

Diese Änderungen wurden vom Landeshauptmann von Oberösterreich mit Bescheid vom 27. Dezember 2005 bewilligt.

Die Beschwerdeführerin stellte daraufhin bei der belangten Behörde mit Eingabe vom 11. September 2006 einen Antrag auf Zuteilung von zusätzlichen kostenlosen Emissionszertifikaten aus dem sogenannten Reservefond (offenbar betrifft dieser Antrag noch die erste Zuteilungsperiode von 2005 bis 2007).

Die belangte Behörde wies den Antrag der Beschwerdeführerin mit Bescheid vom 19. Oktober 2007 unter anderem mit der Begründung ab, dass keine Erweiterung der bestehenden Betriebsanlage vorliege.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 30. Oktober 2007 wurde die Beschwerdeführerin über das Verfahren über die Zuteilung von kostenlosen Emissionszertifikaten für die 2. Zuteilungsperiode von 2008 bis 2012 informiert und aufgefordert, binnen 2 Wochen dazu Stellung zu nehmen. Die belangte Behörde teilte ferner mit, dass sie beabsichtige, der Beschwerdeführerin für ihre Anlage am Standort K. eine jährliche Anzahl von

231.583 Gratisemissionszertifikaten zuzuteilen. Insbesondere findet sich im Schreiben der belangten Behörde folgende Passage:

"Unter Bezugnahme auf die Besprechung vom 15. November 2006 wurde die Allokationsbasis folgendermaßen angepasst: Entsprechend den Angaben des Betreibers wird eine Tagesproduktion von 1013 t Klinker und eine Auslastung von 87% ca. 318 t/a) angenommen; zur Ermittlung der daraus resultierenden Emissionen wurden die Kennwerte der Bestandanlage aus den Jahren 2002 bis 2005 herangezogen (Emissionsfaktor: 69,08 t CO2/TJ; Energiefaktor 3,59 GJ/t Klinker, Prozessemissionen:

0,531 t CO2/t Klinker). Unter Bezugnahme auf den Bescheid des BMLFUW vom 19. Oktober 2007 (Zl. …) wird nochmals festgehalten, dass es sich bei der erhöhten Ausnutzung der Kapazität nicht um eine Neuanlage im Sinne des § 13 (1) EZG handelt. Der Produktionssteigerung wird jedoch mit der oben dargelegten Anpassung der Allokationsbasis Rechnung getragen."

Die Beschwerdeführerin hat auf dieses Schreiben nicht reagiert.

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

231.583 kostenlose Emissionszertifikate zugeteilt.

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

Die Allokationsbasis werde gemäß § 13 Abs. 1 zweiter Satz EZG ermittelt, weil entsprechend den Angaben der Beschwerdeführerin die Emissionen der Jahre 2002 bis 2005 als nicht repräsentativ im Sinne des § 12a EZG bewertet worden seien.

Unter Bezugnahme auf eine Besprechung vom 15. November 2006 werde die Neuberechnung auf Basis der gemeldeten Kapazität von 1.013 Tonnen Klinker pro Tag und einer Auslastung von 87% (ca. 318 t/a) vorgenommen; zur Ermittlung der daraus resultierenden Emissionen wurden die Kennwerte der Bestandanlage aus den Jahren 2002 bis 2005 herangezogen (Emissionsfaktor: 69,08 t CO2/TJ, Energiefaktor: 3,59 GJ/t Klinker;

Prozessemissionen: 0,531 t CO2/t Klinker). Die Allokationsbasis, die der Produktionssteigerung Rechnung trage, betrage somit

250.717 Tonnen Kohlenstoffdioxid (CO2) pro Jahr (a). Hiervon werde eine Menge von 170.897 Tonnen CO2/a als Prozessemission gemäß Anhang 2 Z. 1 der ZuteilungsVO 2. Periode und eine Menge von

79.820 Tonnen CO2/a als Emissionen aus der Verbrennung gemäß Anhang 2 Z. 2 ZuteilungsVO 2. Periode gewertet. Der (gewichtete) Potentialfaktor für die Anlage errechne sich auf Grundlage der von der Beschwerdeführerin im Rahmen einer vom Umweltbundesamt und dem Institut für Industrielle Ökologie durchgeführten Datenerhebung gemeldeten Daten und betrage 0,9599. Der Erfüllungsfaktor der Anlage errechne sich gemäß § 4 Z. 3 ZuteilungsVO 2. Periode und diene der rechnerischen Korrektur der Zuteilungsmenge je Anlage des Sektors, um sicherzustellen, dass die Summe der den Anlagen zugeteilten kostenlosen Emissionszertifikate innerhalb eines Sektors mit der Gesamtzuteilung des Sektors übereinstimme. Der Erfüllungsfaktor für die Anlage der Beschwerdeführerin betrage 0,97483.

Die Menge an der Beschwerdeführerin zustehenden Gratiszertifikaten 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 231.583 kostenlosen Emissionszertifikaten pro Jahr.

Gegen diesen Zuteilungsbescheid richtet sich die von der Beschwerdeführerin an den Verwaltungsgerichtshof erhobene Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit seines Inhalts und Rechtswidrigkeit in Folge 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, 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 Bundesminister 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**
…		
IZE074	**Zementwerk Hofmann Kirchdorf**	**1.157.915**

…

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 mit Beschluss vom 15. Oktober 2009, Zl. 2008/07/0041, 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 "IZE074 Zementwerk Hofmann Kirchdorf 1.157.915" 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 K. aber exakt jene Menge an Emissionszertifikaten zugeteilt hat, die in Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode unter der Kennzahl "IZE074" für die Anlage der Beschwerdeführerin ausgewiesen war, erweist sich der angefochtene Bescheid insofern nicht als rechtswidrig.

Die Beschwerdeführerin wendet ferner ein, dass die Behörde bei der Berechnung der Allokationsbasis zu geringe Eckdaten herangezogen habe. Sie hätte bei der Bestimmung der Allokationsbasis vielmehr von einer beabsichtigten und auch technisch möglichen Kapazität von 1.070 Tonnen Zementklinker pro Tag und von einer durchschnittlichen Auslastung der Anlage von 330 Tagen pro Jahr auszugehen gehabt.

Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin jedoch im Rahmen des Parteiengehörs im Vorfeld der Erlassung des angefochtenen Bescheids jene Eckdaten mitgeteilt, die sie für die Berechnung der abweichenden Allokationsbasis im nunmehr angefochtenen Zuteilungsbescheid heranzuziehen gedenkt.

Die Beschwerdeführerin hat die Möglichkeit zur Stellungnahme - was unbestritten geblieben ist - im Rahmen des der Bescheiderlassung vorangegangenen Verwaltungsverfahrens nicht wahrgenommen.

Die Beschwerdeführerin räumt in der Beschwerde selbst ein, dass die Menge von 1.070 Tonnen Zementklinker pro Tag eine lediglich beabsichtigte und technisch mögliche Menge ist und dass mit einer durchschnittlichen Auslastung von 330 Tagen pro Jahr zu rechnen sein werde.

Mit diesem Vorbringen gelingt es jedoch der Beschwerdeführerin nicht die Richtigkeit der Berechnung der Allokationsbasis (und die daraus abgeleitete Menge an kostenlosen Emissionszertifikaten) für ihre Anlage in Zweifel zu ziehen, zumal es bei einer bestehenden Anlage auf beabsichtigte, technisch mögliche Werte und auf einen voraussichtlichen durchschnittlichen Betrieb der Anlage nicht ankommt (§ 12a EZG).

Die Beschwerdeführerin wendet weiters - auch unter Hinweis auf ihre anlagenspezifische Situation - ein, dass sie gegenüber jenen Betreibern von dem EZG unterliegenden Anlagen, die noch rechtzeitig einen Antrag auf Erweiterung ihrer Betriebsanlage gestellt hätten und eine zusätzliche Menge an kostenlosen Emissionszertifikaten zugeteilt bekämen, benachteiligt werde. Im Genehmigungsbescheid ihrer Anlage sei keine Produktionskapazität festgelegt worden, die Produktionskapazität der Anlage sei daher nur "technisch" begrenzt. Die belangte Behörde habe der Beschwerdeführerin aber trotz der durchgeführten Umbauarbeiten den Status einer "Neuanlage" verweigert und mit keiner Extrazuteilung bedacht. Die Benachteiligung der Beschwerdeführerin wiege daher im konkreten Fall umso schwerer.

Auch dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin kann die Beschwerde nicht zum Erfolg führen.

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 oben wiedergegebene Vorbringen der Beschwerdeführerin kann daher nur als Anregung an den Verwaltungsgerichtshof verstanden werden, dieser möge an den Verfassungsgerichtshof den Antrag stellen, die Eintragung "IZE074 Zementwerk Hofmann Kirchdorf 1.157.915" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode als gesetzwidrig aufheben.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0054, unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 23. September 2010, B 262/08, dargelegt hat, kommt dem Gesetz- bzw. Verordnungsgeber bei den im Rahmen der Zuteilung von kostenlosen Emissionszertifikaten zu treffenden Verteilungsentscheidungen ein weiter umweltpolitischer Gestaltungsspielraum zu.

Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu, weswegen die Beschwerdeführerin - trotz Darlegung ihrer anlagenspezifischen Situation - keine Umstände aufzeigen kann, die den Verwaltungsgerichtshof an der Verfassungs- bzw. Gesetzeskonformität der Eintragung "IZE074 Zementwerk Hofmann Kirchdorf 1.157.915" im Anhang 1 der ZuteilungsVO 2. Periode zweifeln ließen.

Insofern die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen lediglich versucht aufzuzeigen, dass Teile der ZuteilungsVO 2. Periode im Widerspruch mit den Art. 87 und 88 EGV (nunmehr Art. 107 und 108 AEUV) stünden und daher dem § 13 Abs. 2 Z. 4 EZG widersprechen würden, ist sie gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die Begründung des bereits zitierten hg. Erkenntnisses vom heutigen Tag, Zl. 2010/07/0052, zu verweisen, wonach diese Bedenken im Hinblick auf die erfolgte Befassung der europäischen Kommission mit der Genehmigung des nationalen Allokationsplanes (der gemäß § 13 Abs. 2 EZG bei der Erstellung der ZuteilungsVO zu beachten ist) nicht geteilt werden.

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.

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. 2008/07/0041, an den Verfassungsgerichtshof herangetragen wurde, hinausgehen. Daher sieht sich der Verwaltungsgerichtshof nicht veranlasst einen neuerlichen Antrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen die Eintragung "IZE074 Zementwerk Hofmann Kirchdorf 1.157.915" 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