

Interessenkonflikte bei Geschäftsführern, Vorstand, Aufsichtsrat

Rodung in
Nationalpark-Kernzone

Irreführende Werbung und
Culpa in contrahendo

Atypisch stille Gesellschafter
Einlagenrückgewähr?

Steuerschaden bei
Zahlung rückständigen Entgelts

Wirtschaftskrise und
Emissionszertifikate

Produkthaftungs-RL
Vollharmonisierung des Schadensbegriffs

Emissionszertifikate: VfGH prüft (schon) wieder!

THOMAS RABL / WOLFGANG BRENNER

Der VfGH hat mit Beschluss v 3. 9. 2009, B 95/08 ua ein Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren zu den für die Zuteilung von Emissionszertifikaten an Anlageninhaber relevanten §§ 11 bis 16 und § 28 a Emissionszertifikatengesetz (EZG)¹⁾ sowie gegen Bestimmungen der ZuteilungsV für die Emissionshandelsperiode 2005 bis 2007²⁾ und der ZuteilungsV 2. Periode³⁾ eingeleitet. Wie schon in VfSlg 17.967/2006,⁴⁾ womit § 13 Abs 4 EZG und die ZuteilungsV v 21. 1. 2005⁵⁾ aufgehoben wurden, ortet der VfGH Bedenken wegen des Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems.⁶⁾ Der Gesetzgeber habe zwar mit der EZG-Nov 2006⁷⁾ der Vorjudikatur Rechnung tragen wollen;⁸⁾ die gem § 11 Abs 1 EZG als „Entscheidungsgrundlage“ für die Zuteilung bezeichnete Funktion des nationalen Zuteilungsplans (NZP) sowie die gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der bei Erstellung des NZP erzielten Untersuchungsergebnisse (§ 13 Abs 2 EZG) bewirkten jedoch die Rechtsverbindlichkeit des NZP für die Zuteilungsbehörde. Der NZP könne nur unter Mitwirkung der Europäischen Kommission (EK) geändert werden, was einen effektiven, gerichtsförmigen Rechtsschutz ausschließe. Einer – bei verfassungskonformer Auslegung – „mangelnden Normativität des NZP“ stehe die notwendige gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des EZG entgegen. Gem Art 11 RL 2003/87/EG idF VO (EG) 2009/219 (EH-RL)⁹⁾ haben MS über die Gesamtzahl der Zertifikate und die Zuteilung „auf der Grundlage des NZP“ zu entscheiden. Das EuG sei daher davon ausgegangen, dass der NZP eine verbindliche Grundlage darstelle.¹⁰⁾ Der VfGH vertritt daher vorläufig die Auffassung, dass die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung Vorrang besitzt, woraus die „Normativität“ des NZP folgen würde. Dies könnte eben wiederum ein Verstoß gegen den Grundsatz der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems sein. Angesichts der deckungsgleichen Begründung im Vergleich zur Vorjudikatur erscheint eine Aufhebung nicht wenig wahrscheinlich.

Der VfGH zeigt damit das Dilemma der NZP überdeutlich auf, eine Lösung für dieses Problem bietet er freilich nicht: Hervorhebenswert ist hier, dass die EH-RL den Zuteilungsprozess des EZG nicht zwingend vorsieht. Der VfGH hielt dazu jedoch schon in

VfSlg 17.967/2006 fest, dass Art 9 Abs 3 EH-RL es gebiete, dass jeder MS in einer ihm gemäßen verfassungsrechtlichen Form die nationalen Zuteilungsentscheidungen unter Bindung an den entsprechend den Vorgaben der EK abgeänderten nationalen Zuteilungsplan trifft. Gerade damit wird aber die derzeitige „Unlösbarkeit“ des Problems initiiert. Sollte das EZG wieder saniert werden müssen, wäre wohl zu beachten, dass der NZP – mangels Anfechtung der E der EK v 2. 4. 2007 – feststeht. Ein Recht Österreichs, seinen NZP nach der Zuteilungsentscheidung gem Art 11 EH-RL zu ändern, kann daher wohl nicht mehr geltend gemacht werden.¹¹⁾ Es könnte uU die europäische Rsp zu Genehmigungsentscheidungen der EK herangezogen werden, um die Vorgaben des „geltenden“ NZP zu „interpretieren“. ZB erkannte das EuG zu der im deutschen NZP für die Periode 2005 bis 2007 vor-

Dr. *Thomas Rabl* ist RA und Partner, Mag. *Wolfgang Brenner* ist RAA der Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) BGBl I 2004/46 idF BGBl I 2006/171.
- 2) BGBl II 2007/87.
- 3) BGBl II 2007/279.
- 4) JBl 2007, 511 = ÖZW 2007, 35 (*Potacs*).
- 5) BGBl II 2005/18.
- 6) Zur Vorjudikatur zB *Schwarzer*, Verteilungsgerechtigkeit im Emissionshandel (2006) Rz 80 ff; *Mayerthaler*, Emissionszertifikatengesetz (2006) § 13 Rz 11 a bis e; *Habich*, Handel mit Emissionszertifikaten (2007) 161 ff, jeweils mwN; s auch *Oberndorfer/Mayrhofer*, Der nationale Zuteilungsplan für Emissionszertifikate – eine neue Rechtsquelle? in FS Schäffer (2006) 529; *Leitl*, Die Zuteilung von Emissionszertifikaten, ÖZW 2004, 34; *Eberhard*, Altes und Neues zur Geschlossenheit des Rechtsquellensystems, ÖJZ 2007, 680; *Bezemek*, Hybride Rechtsakte und normative Zuteilungspläne, ZfV 2007, 616; *Holley*, Emissionszertifikate an der Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, JAP 2006/2007/22, 144; *Randl/Mayerthaler*, Der VfGH zum EZG – Fortsetzung folgt, RdU-UT 2006/11.
- 7) BGBl I 2006/171.
- 8) AB zur EZG-Nov BGBl I 2006/171, 14 BlgNR 23. GP 3.
- 9) RL 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 13. 10. 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl L 2003/275, 32 idF VO (EG) 2009/219, ABl L 2009/87, 109.
- 10) EuG 7. 11. 2007, Rs T-374/04, *Deutschland gegen Kommission*; EuG 30. 4. 2007, Rs T-387/04, *EnBW Energie Baden-Württemberg AG*.
- 11) Vgl EuG 23. 9. 2009, Rs T-183/07, *Polen gegen Kommission*, Rz 115; vgl dazu auch *Sander*, Anfechtbarkeit einer Kommissionsentscheidung betreffend einen nationalen Allokationsplan, RdU 2008/3, 8.

gesehenen Minderungsmöglichkeit von individuellen Zuteilungen (*ex post*-Allokation), dass ein NZP eine solche Änderungsmöglichkeit ausdrücklich vorsehen könnte, sofern die Kriterien für die Durchführung objektiv und transparent sind. Eine nachträgliche Erhöhung sei allerdings nicht zulässig.¹²⁾ Ob derartige Freiräume der MS allerdings gemeinschaftsrechtskonform auch auf nachträgliche Korrekturen von individuellen Zuteilungen ohne diesbezügliche Regelungen im NZP genutzt werden können, war – soweit ersichtlich – bislang nicht Gegenstand der Rsp.

Mit dem Prüfungsbeschluss zieht der VfGH auch die Rechtsgrundlagen der (überwiegenden) Gratiszuteilung von Emissionszertifikaten an die Anlagenbetreiber in Prüfung: Die Vergabe dieser Emissionszertifikate (Aufbuchung) erfolgt gem § 17 Abs 1 EZG bis zum 28. 2. jeden Jahres. Um zu vermeiden, dass durch eine erfolgreiche Bekämpfung des Zuteilungsbescheids bzw der ZuteilungsV die Rechtsgrundlage für die Aufbuchung wegfällt, wurde mit der EZG-Nov 2006 der – nun in Prüfung gezogene – § 28 a EZG eingefügt, der die verpflichtende Erlassung einer ErsatzV und die Zuteilung auf deren Basis vorsieht. Auch dies ist jetzt gefährdet.

Trotz des Entfalls der NZP ab 2013 durch die EH-RL-Nov 2009/29/EG werden Rechtsschutzfragen das

Thema aber weiterhin begleiten: Künftig bekommen nämlich weiterhin bestimmte Anlagen Emissionszertifikate zT gratis zugeteilt (Art 10 a bis 10 c EH-RL idF RL 2009/29/EG). Die EK erlässt dazu Zuteilungsvorschriften bis 31. 12. 2010 und die MS haben der EK bis 30. 9. 2011 ein Anlagenverzeichnis und die Anzahl der den einzelnen Anlagen kostenlos zugeteilten Emissionszertifikate zu unterbreiten (Art 10 Abs 1, 11 EH-RL idF RL 2009/29/EG). Dabei dürfte – soweit schon jetzt zu den energieintensiven Sektoren ersichtlich¹³⁾ – der Zuordnung der Anlagen zu bestimmten Branchen besondere Bedeutung zukommen. Ein bloß kassatorischer Rechtsschutz – wie derzeit durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts – ist hier wohl nicht ausreichend, um hier allfällige Fehler rechtzeitig und effektiv einer Korrektur zuführen zu können.

12) Vgl EuG 7. 11. 2007, Rs T-374/04, *Deutschland gegen Kommission*, Rz 106 f.

13) Vgl dazu den Entwurf Commission decision of determining, pursuant to Directive 2003/87/EC, a list of sectors and subsectors which are deemed to be exposed to a significant risk of carbon leakage, abrufbar unter http://ec.europa.eu/environment/climat/emission/pdf/draft_dec_carbon_leakage_list16sep.pdf