

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 und Wirtschaftskrise

Die gegenwärtige Wirtschaftskrise geht ua mit teilweise erheblichen Rückgängen der

Nachfrage nach industriell gefertigten Waren und in der Konsequenz mit entsprechenden Produktionsrückgängen einher. Im Folgenden werden die Auswirkungen erheblicher Produktionsrückgänge in Industrieanlagen auf die Treibhausgasbewirtschaftung nach dem Emissionszertifikategesetz untersucht.

ANDREAS HAUER

A. Produktionsbedingte Treibhausgasemissionsrückgänge und Zertifikatzuweisung

Das Emissionszertifikatrecht¹⁾ verpflichtet die Inhaber von Anlagen, die dem Emissionszertifikatzwang unterworfen sind, – bei ansonsten gebotener Anlagenschließung – zur jährlichen Feststellung der Treibhausgasemissionen und zur Ablieferung einer entsprechenden Zahl von Emissionszertifikaten.²⁾ Die dafür erforderlichen Emissionszertifikate können am Markt gekauft oder durch Teilnahme an bestimmten emissionsmindernden Projekten³⁾ erwirkt werden, der überwiegende Teil der Emissionszertifikate wird aber den betroffenen Unternehmen derzeit noch gratis vom Staat zugeteilt.⁴⁾ Diese Zuteilung von Emissionszertifikaten zu konkreten Anlagen erfolgt in einem komplexen Verf in einer Kaskade von Zuteilungsinstrumenten, nämlich dem nationalen Allokationsplan,⁵⁾ der nationalen ZuteilungsVO⁶⁾ und schließlich anlagenbezogenen Zuteilungsbescheiden.⁷⁾ Dieser Vorgang ist nach planwirtschaftlichem Muster perioden- und zukunftsbezogen. Das bedeutet, dass die Zertifikatzuweisung zu einzelnen Anlagen einen bestimmten Periodenzeitraum in der Zukunft zum Gegenstand hat, dass also Zertifikate nicht rückblickend für bekannte Emissionen der Vergangenheit, sondern vorausschauend für prognostizierte Emissionen zugewiesen werden. Das Maß der Zertifikatzuteilung zu Anlagen ergibt sich teilweise aus Metakriterien, wie bspw der offenen Kluft zur Erfüllung der Kyoto-Zielvorgaben durch Österreich,⁸⁾ und nur zum Teil aus anlagenbezogenen Kriterien. Den Ausgangspunkt für die Zuweisung von Emissionszertifikaten auf der Anlagenebene bilden die bekannten Emissionen in der Vergangenheit, nämlich in der sog Basisperiode,⁹⁾ daneben aber auch noch die „erwarteten Trendwerte der Produktion“¹⁰⁾ sowie einige andere Kriterien, wie etwa das technische Potenzial der Anlage. In Anwendung dieser Kriterien weisen daher die aktuelle Zuteilungsverordnung für die 2. Periode¹¹⁾ und der jeweilige Zuteilungsbescheid den betroffenen Anlagen jeweils eine einzeln zugemessene Zahl von kostenlosen Zertifikaten für den Zeitraum 2008 bis 2012 – insb gestützt auf die historischen Emissionsdaten in der Basisperiode von 2002 bis 2005¹²⁾ und die erwarteten Trendwerte der Produktion¹³⁾ – zu.

Welche Bedeutung hat es nun, wenn sich die Produktionsauslastung einer Anlage – und damit typi-

scherweise auch ihre Treibhausgasemission – erheblich ändern und wenn sich somit das Emissionsverhalten, sei es nun durch eine erhebliche nachfragebedingte Produktionsausweitung, sei es durch eine erhebliche wirtschaftskrisenbedingte Produktionseinschränkung, signifikant nach oben oder unten von jenem in der Basisperiode entfernt, wenn sich also solcherart auch die Prognose der Trendwerte der Produktion¹⁴⁾ im Nachhinein als falsch herausstellt? Die Antwort lautet, dass nachfragebedingt erhöhte oder verminderte Treibhausgasemissionen während

Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer leitet die Abteilung für Umweltverwaltungs- und Anlagenrecht am Institut für Verwaltungsrecht und -lehre der Johannes Kepler Universität Linz.

1) Siehe in Umsetzung der EmissionshandelsRL 2003/87/EG (ABl L 2003/275 v, 32) das Emissionszertifikategesetz (EZG), BGBl I 2004/46 idF BGBl I 2006/171 und BGBl I 2009/3, und dazu – neben diversen weiteren DurchführungsVO – die derzeit aktuelle ZuteilungsVO für die 2. Periode, BGBl II 2007/279. Die jüngst kundgemachte EZG-Nov 2009, BGBl I 2009/89 (s RV 230 BlgNR 24. GP), sowie die jüngsten ÄnderungsRL zur EmissionshandelsRL 2008/101/EG (ABl L 2009/8, 1 ff) und RL 2009/29/EG (ABl L 2009/140, 63 ff) berühren das Thema nicht.

2) Siehe näher dazu und zu den dahinterstehenden umweltwirtschaftspolitischen Hoffnungen etwa *Binder*, Die Bewirtschaftung der von Industrie- und Energieerzeugungsanlagen emittierten Treibhausgase in Europa (Anlagenbewilligung und Emissionszertifikatehandel), in *Energieinstitut Linz* (Hrsg), Rechtsprobleme des Emissionszertifikategesetzes (2006) 1 ff; *Mehrbrey/Reuter*, Europäischer Emissionshandel (2003) 12 ff; *Spieth*, Europäischer Emissionshandel und deutsches Industrieanlagenrecht (2002) 19 ff; *Stewing*, Emissionshandel in der Europäischen Gemeinschaft (2004) 1 ff sowie die Beiträge in *Rengeling* (Hrsg), Klimaschutz durch Emissionshandel (2001) und in *Schwarzer/Schweitzer* (Hrsg), Erfolgreich Navigieren im Emissionshandel (2004).

3) Siehe § 19 b EZG.

4) Siehe § 14 Abs 2 EZG sowie § 1 ZuteilungsVO für die 2. Periode.

5) § 11 EZG.

6) § 13 Abs 4 EZG.

7) § 13 Abs 4 letzter Satz EZG.

8) § 11 Abs 2 Z 6 EZG.

9) § 12 und § 12 a EZG. Für neue Marktteilnehmer, die in der Basisperiode noch nicht emittiert haben, ist das zuteilungsrelevante Emissionsverhalten mit Hinblick auf die genehmigte Kapazität der Anlage, die durchschnittliche Kapazitätsauslastung im Branchendurchschnitt sowie die zu erwartende Kapazitätsauslastung der Anlage in der Periode zu errechnen (§ 13 Abs 1 letzter Satz EZG).

10) § 13 Abs 2 Z 1 und Z 8 EZG.

11) BGBl II 2007/279.

12) § 12 a EZG.

13) § 13 Abs 2 Z 1 EZG.

14) § 13 Abs 2 Z 1 EZG.

laufender Zuteilungsperiode zu keiner Änderung (Erhöhung oder Kürzung) der Zertifikatezuweisung führen. Weder kann also der Inhaber einer Industrieanlage im Falle erheblicher Emissionssteigerungen in Folge einer starken Nachfrageausweitung nach Erzeugnissen der Anlage zusätzliche Zertifikate für sich beim Staat reklamieren, noch muss er im Falle eines erheblichen Emissionsrückgangs infolge eines krisenhaften Nachfrageeinbruchs eine Reduktion der ihm staatlicherseits gratis zugeteilten Zertifikate hinnehmen. Das folgt bereits daraus, dass die Zuweisung von Emissionszertifikaten zu konkreten Anlagen für die jeweilige Zeitperiode¹⁵⁾ durch individuellen Zuteilungsbescheid auf Grundlage einer rechtsverbindlichen VO erfolgt. Ein Abweichen von diesen Rechtsnormen würde eine andere Rechtsnorm voraussetzen, die entweder eine Ausnahme von den Ersteren vorsieht oder zu deren Abänderung ermächtigt. Das EZG enthält nun keine Vorschrift, die eine Redimensionierung der Zertifikatezuweisung während laufender Periode aus Gründen geänderter Verhältnisse erlauben oder gar gebieten würde. Vielmehr folgt aus dem Konzept des § 13 Abs 1 EZG, dass nicht an eine laufende Revision der Zuteilungsverordnung, sondern im Gegenteil an eine *einmalige* Verordnungserlassung je künftiger Periode gedacht ist.¹⁶⁾ § 15 EZG bestätigt den Gedanken der prinzipiellen Unabänderlichkeit der Zuteilungsverordnung bzw des Zuteilungsbescheids aus Gründen geänderter Verhältnisse,¹⁷⁾ indem er den BMLFUW – als Ausnahme – verpflichtet, einem Anlageninhaber zusätzliche, überdies nicht übertragbare Emissionszertifikate (nur) in Fällen höherer Gewalt, die zu einem signifikant höheren Ausstoß von Treibhausgasen führen (gedacht ist etwa an Naturkatastrophen), zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁾

B. Von der Produktionsdrosselung zur Anlagenstilllegung

Erst eine Stilllegung einer zertifikatepflichtigen Anlage während laufender Zuteilungsperiode hätte einen Einfluss auf die Menge der zu vergebenden Zertifikate. Wenn nämlich eine Anlage – etwa infolge des Nachfrageausfalls durch die gegenwärtige Wirtschaftskrise – stillgelegt wird, dann erlischt nach § 4 Abs 6 dritter Satz EZG die emissionszertifikatrechtliche Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen, die wiederum Voraussetzung für die jährliche Ausschüttung einer anteiligen Zahl von Emissionszertifikaten an den Anlageninhaber ist.¹⁹⁾ Die Anlagenstilllegung während laufender Periode hat somit zur Folge, dass nicht die gesamte, einer Anlage per Verordnung und Bescheid im Prinzip bereits zugeordnete Zertifikatezahl in Anspruch genommen werden kann.²⁰⁾

Der gesetzliche Stilllegungsbegriff ist im Grundsatz selbst erklärend und daher nicht definitionsbedürftig. Eine Anlage ist stillgelegt, wenn die Produktion bis auf weiteres still liegt, also eingestellt ist;²¹⁾ eine Anlage ist nicht stillgelegt, wenn sie noch weiter – wenn auch „auf kleiner Flamme“ – produziert. § 4 Abs 6 fünfter Satz EZG gibt allerdings Anlass zu Spekulationen, ob das EZG einen anderen, vom üblichen Sprachgebrauch abweichenden Stilllegungsbegriff ver-

wendet. Dort ist nämlich davon die Rede, dass ein „Emissionsrückgang“ (sic!) in bestimmten Fällen nicht als Stilllegung der Anlage zu gelten habe; zu denken wäre etwa an den Fall, dass ein Emissionsrückgang auf Klimaschutzmaßnahmen, wie den Umstieg auf Biomasse, zurückzuführen sei. Die Gesetzesmaterialien bestätigen diesen abweichenden Stilllegungsbegriff und machen auch deutlich, dass der Gesetzgeber nur an Fälle eines nahezu vollständigen Emissionsrückgangs (um mehr als 90%) gedacht hat.²²⁾ Aus rechtsstaatlicher Sicht ist diese legislative Vorgangsweise zu kritisieren; es geht nicht an, den Gesetzestext auf ungefähre Andeutungen zu reduzieren und – in einer Art „Materialienengesetzgebung“ – bloß im Motivenbericht Klartext zu sprechen. Im Lichte der Rsp der HöchstG zur bloß relativen Bedeutung von Gesetzesmaterialien²³⁾ spricht daher einiges dafür, dem § 4 Abs 6 fünfter Satz EZG nur Fälle echter Anlagenstilllegungen zu unterstellen. Das würde also bedeuten, dass erst eine gänzliche Anlagenstilllegung und nicht bereits eine radikale Produktionsdrosselung zum Verfall eines Teils der zugewiesenen Emissionszertifikate²⁴⁾ führt.²⁵⁾ Aber selbst wenn man sich der in den Ge-

15) Also derzeit von 2008 bis 2012.

16) Schließlich kann auch nicht gesagt werden, dass sich eine Pflicht zur Anpassung der VO daraus ergäbe, dass sie im Zeitlauf infolge geänderter Verhältnisse rechtswidrig geworden wäre; für die Rechtmäßigkeit der VO ist nämlich nach dem Konzept des § 13 EZG nicht die Richtigkeit der Emissionsprognose im *jeweiligen* Betrachtungszeitpunkt (also auch *ex post*), sondern nur ihre Richtigkeit im *historischen* Zeitpunkt der Verordnungswendung maßgebend.

17) Die jüngst kundgemachte EZG-Nov 2009 streicht zwar § 15 leg cit, was aber prinzipiell nichts am Argument ändert.

18) Damit ist nicht gesagt, dass der *Gesetzgeber* keine nachträgliche Anpassung der Zertifikatezuweisung hätte vorsehen dürfen. Im Rechtsvergleich sei etwa darauf hingewiesen, dass § 7 Abs 9 des dtZuteilungsgesetzes 2007 eine Zertifikate-Rückgabepflicht vorsieht, wenn ein Anlagenbetreiber infolge von Produktionsrückgängen weniger als 60% der durchschnittlichen jährlichen Emissionen der Basisperiode verursacht hat. Die EK hat ua diese Regelung ursprünglich wegen Widerspruchs zu einem behauptetermaßen der EmissionshandelsRL inhärenten Verbot der *ex post*-Anpassung der Zuteilung als richtlinienwidrig qualifiziert (*Schweyer/Hammerstein*, Zuteilungsgesetz 2007 [2006] 21). Demgegenüber hat das EuG (7. 11. 2007, Rs T-374/04) eingehend begründet, dass sich aus der EmissionshandelsRL kein Verbot einer solchen nationalen gesetzlichen Ermächtigung zur nachträglichen Anpassung ableiten lässt.

19) § 17 Abs 3 erster Satz EZG.

20) Zu Ausnahmen bzw zu der Möglichkeit der Übertragung dadurch freigeordneter Zertifikate s näher § 4 Abs 6 und § 17 Abs 3 EZG.

21) IdS bereits *Holzer*, Die rechtliche Ausgestaltung des Emissionshandels in Österreich (2008) 66, „*Außerbetriebnahme einer Anlage auf Dauer*“.

22) Wörtlich heißt es in den ErläutRV 400 BlgNR 22. GP 6 folgendermaßen: „*Zu Abs 6: Mit dieser Bestimmung soll klargestellt werden, dass die Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen grundsätzlich so lange aufrecht ist, wie die anlagenrechtliche Genehmigung. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht in Fällen, in denen die anlagenrechtliche Genehmigung trotz faktischer Stilllegung der Anlage weiter besteht, aber (fast) keine Treibhausgasemissionen mehr stattfinden. Die Schwelle für eine faktische Stilllegung wird mit 10% der Emissionen angenommen. Eine Ausnahme von dieser ‚Faustregel‘ gilt jedenfalls dann, wenn die Emissionen aufgrund einer Klimaschutzmaßnahme unter diese Schwelle sinken. [...]*“.

23) Siehe Nachweise bei *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln² (2008) 57 f.

24) § 4 Abs 6 iVm § 17 Abs 3 EZG.

25) Zu diesem Ergebnis kommen *Schwarzer*, Kommentar zum Emissionszertifikatengesetz (2005) 82 (Rz 13 zu § 4) und im Anschluss daran *Holzer*, Ausgestaltung 66.

setzesmaterialien angesprochenen Lesart des § 4 Abs 6 EZG anschließt,²⁶⁾ so hat nach den Absichten des Gesetzgebers erst eine Drosselung der Emissionen um mindestens 90%²⁷⁾ – als stilllegungsgleiches Verhalten („de facto-Stilllegung“) – die Konsequenz des Verlusts des jährlichen Zertifikatekontingents *pro futuro*. Es bleibt somit bei der eingangs vorgefundenen Rechtslage.²⁸⁾ Auch nach § 4 Abs 6 EZG zieht eine erhebliche, aber noch nicht nahezu totale Produktions- und damit einhergehende Emissionsreduktion infolge der Wirtschaftskrise keine Kürzung der zugewiesenen Emissionszertifikate nach sich.

C. Temporäre Produktionsausfälle aus wirtschaftlichen Gründen

Die Überlegung, wonach eine bloße Produktionsdrosselung keine Anlagenstilllegung iS des EZG begründet, findet darin eine weitere Bestätigung, dass selbst ein „temporärer Produktionsausfall“ nicht als Anlagenstilllegung iSv § 4 Abs 6 EZG zu gelten hat.²⁹⁾ Die Gesetzesmaterialien³⁰⁾ nennen als ein Beispiel für einen temporären Produktionsausfall eine diesbezügliche „wirtschaftliche Entscheidung eines Anlageninhabers (zB aufgrund schwankender Auftragslage)“.³¹⁾ Dieser Tatbestand setzt allerdings voraus, dass die realistische Aussicht auf eine neuerliche Produktionsaufnahme in absehbarer Zeit besteht.³²⁾

D. Die krisenbedingte Verlagerung der Produktion auf andere Anlagen

Nach § 4 Abs 6 letzter Satz EZG liegt eine Stilllegung im Verständnis des Gesetzes schließlich auch dann nicht vor, wenn der Anlagenbetrieb zwar tatsächlich eingestellt wird, dies aber nachweislich auf „die wesentliche“³³⁾ Verlagerung der Produktion auf andere Anlagen desselben Inhabers zurückzuführen ist.³⁴⁾ Diese Regelung gründet auf dem Umstand, dass die Zuweisung von Emissionszertifikaten nicht auf der Grundlage der vollen, genehmigten Produktionskapazität der jeweiligen Anlage, sondern auf der Basis der tatsächlichen Emissionen in der Vergangenheit beruht, dass also für Emissionssteigerungen in einer Anlage infolge einer Produktionsverlagerung ansonsten nicht vorgesorgt wäre,³⁵⁾ sodass das Emissionszertifikatrecht – in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise³⁶⁾ – eine ökonomisch sinnvolle Bündelung von Produktionskapazitäten an einem Standort wegen drohenden Zertifikatverlusts verhindern würde.

Es obliegt dem Anlageninhaber, nachzuweisen, dass er die Produktion auf eine andere Anlage verlagert hat. Dieser Nachweis fällt leicht, wenn sich die Güter, die bisher an verschiedenen Standorten produziert worden sind, nach objektiven Merkmalen³⁷⁾ unterscheiden lassen. Wenn die Produkte hingegen identisch und austauschbar sind,³⁸⁾ kann der Nachweis der Produktionsverlagerung nicht über die Produktpalette geführt werden. Das ist im Regelfall noch kein Problem, weil sich die Produktionsverlagerung bei gleichbleibender oder steigender Gesamtproduktionsmenge in einem signifikanten Produktionsanstieg in der Anlage, zu der die Produktion hinverlagert wird, bemerkbar macht. An dieser Evidenz der Pro-

duktionsverlagerung kann es im Fall krisenhafter Auftragsseinbrüche fehlen. Man denke an zwei gleich große Anlagen, deren Produktion jeweils um 50% zurückgenommen werden muss; die Verlagerung der verbliebenen Produktion von der einen Anlage auf die andere vermittelt oberflächlich den Eindruck, dass die Zielanlage von Produktionseinbrüchen verschont geblieben ist, während die andere Anlage – ohne Produktionsverlagerung – stillgelegt worden ist. Diese Unterstellung widerspräche allerdings bereits der allgemeinen Lebenserfahrung,³⁹⁾ wonach Nachfrageeinbrüche nach substituierbaren Gütern nie einzelne Anlagen zu 100% und andere Anlagen überhaupt nicht treffen. Dies zu ignorieren hieße, Produzenten nicht unterscheidbarer Güter gegenüber Produzenten unterscheidbarer Güter, die den Nachweis, welche Güter in welchem Maß von Nachfrageeinbrüchen betroffen sind, ohne Weiteres führen können, unsachlich zu diskriminieren. Eingangs⁴⁰⁾ hat sich gezeigt, dass ein wirtschaftskrisenbedingter Emissionsrückgang keine Rückwirkungen auf die Zahl der zugeteilten Emissionszertifikate hat. Daraus folgt für Zwecke des § 4 Abs 6 letzter Satz EZG, dass sich die Verlagerung der Produktion auf andere Anlagen auf das um den krisenbedingten Nachfrageeinbruch reduzierte Produktionsmaß beziehen muss. Soweit sich die Produktionsverlagerung nicht ohnedies durch die Produktionsausweitung in der Zielanlage plausibel machen lässt, kann der Nachweis der Verlagerung durch ein wirtschaftswissenschaftliches Sachverständigen-

26) So Pirker, Emissionszertifikatrecht, in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht II² (2007) 1069 ff (1082); Mayerthaler, Emissionszertifikategesetz, Kommentar (2006) 56 (Rz 12 zu § 4).

27) Bezogen auf die Basisperiode.

28) Oben A.

29) Vorausgesetzt, der BMLFUW stellt dies, also das Vorliegen eines bloß „temporären“ Produktionsausfalls, bescheidmäßig fest.

30) ErläutRV 400 BlgNR 22. GP 6.

31) Die mit der Nov BGBl I 2004/135 in den Gesetzestext eingefügten Fälle *technischer* Gründe für einen temporären Produktionsausfall sind bloß exemplarisch angeführt (arg: „unter anderem durch“).

32) Arg: „temporärer“ Produktionsrückgang.

33) Die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 624 BlgNR 22. GP 2) sprechen von der Übertragung der „Produktion in einem erheblichen Ausmaß“. Die Gesetzesmaterialien haben weiters in anderem Zusammenhang den Standpunkt eingenommen, dass (erst) ein Abfallen der Emissionen auf unter 10% der Ausgangsemissionen (gemeint wohl: in der Basisperiode) als schädliche, „faktische Stilllegung“ der Anlage zu qualifizieren sei. Bei *systematischem* Verständnis folgt daraus, dass eine wesentliche Verlagerung der Produktion mindestens ein Produktionsmaß umfassen muss, das mehr als 10% der Emissionen der Basisperiode verursacht. Würde man strengere Anforderungen stellen, entstünde eine unsachliche Schlechterstellung im Vergleich mit einem Anlagenbetreiber, der seinen Zertifikatanspruch durch Weiterbetrieb seiner beiden Anlagen auf niedrigem Niveau wenig über 10% wahren würde.

34) Vorausgesetzt, der BMLFUW stellt das Vorliegen dieses Tatbestands fest, worauf aber unter den gegebenen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht.

35) Konkreter: Die Zertifikate der Anlage A gingen infolge Stilllegung verloren, die Zertifikate der Anlage B wurden bloß am Maßstab der bisherigen Auslastung der Anlage zugemessen.

36) Art 7 B-VG, Art 5 und 6 StGG.

37) Aussehen, Rezepturen etc.

38) Man denke etwa an Zement oder Stahl.

39) § 45 Abs 2 AVG.

40) Oben A.

gutachten geführt werden, das auf der Basis der nicht weiter beweisbedürftigen Lebenserfahrung, wonach Nachfrageeinbrüche für substituierbare Güter nicht eine Anlage zu 100% und eine andere Anlage überhaupt nicht, sondern eher beide Anlagen in ungefähr gleichem Maß betreffen werden, in einer Vergleichsrechnung darlegen kann, dass ohne die Maßnahme der Produktionsverlegung am Ausgangsstandort nach wie vor ein – wenn auch krisenbedingt erheblich reduzierter – Betrieb stattfände.

SCHLUSSSTRICH

Produktionsrückgänge infolge der Wirtschaftskrise ändern auch dann nichts an der Zahl zugeteilter Emissionszertifikate, wenn sie mit erheblichen Emissionsrückgängen einhergehen. Das EZG ermächtigt nicht zur nachträglichen Reduktion der Zertifikatzumessung.