

RdE Recht der Energiewirtschaft

Dr. Georg Troost, LL.M., Zur Auswirkung der Abnahme- und Vergütungspflichten aus EEG und KWKG auf bereits bestehende Stromlieferungsverträge: Preiserhöhung als Folge zusätzlicher Abgaben oder der Verpflichtung zu Anpassungsverhandlungen?

Dr. Helmut Nicolaus, M.A., Höchststrichterliche Rechtswegbestimmung durch »Gesamtschau« – BGH, Beschluss vom 25. Januar 2001 – III ZB 25/00 – WM 2001, 702 f. –

Dr. Stefan Lausegger, Die Öffnung des österreichischen Elektrizitätsmarktes – Das Energieliberalisierungsgesetz 2000

OLG Naumburg, Urteil vom 25. 6. 2001 – 1 U (Kart) 1/01 – Kartellrechtswidrigkeit einer Wechselgebühr; Auffangen der dem Netzbetreiber im Fall eines »Tarifhoppings« erwachsenden Aufwendungen in den allgemeinen Netzkosten

LG Berlin, Urteil vom 14. 6. 2001 – 93 O 152/00 – Zur Abnahme- und Vergütungspflicht nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz; mit Anmerkung von Dr. Thomas Kaiser-Stockmann u. Dr. Maria Kasche

LG Rostock, Urteil vom 15. 6. 2001 – 5 O 130/99 – Voraussetzungen der Belieferung mit Strom im Wege der Durchleitung

6/2001



Carl Heymanns Verlag

bieten nach alledem die Zuweisung zu den Verwaltungsgerichten.

Nur vor den Verwaltungsgerichten ist es der ostdeutschen Versorgungswirtschaft möglich, sich angemessen ge-

gen die zahlreichen Folgekostenklagen der Weggebaulastträger zu verteidigen: Allein hier kann sie mit Aussicht auf Erfolg Verstöße gegen das Fachplanungsrecht geltend machen.

Die Öffnung des österreichischen Elektrizitätsmarktes – Das Energieliberalisierungsgesetz 2000

von Rechtsanwaltsanwärtin Dr. Stefan Lausegger, Graz*

Thema der vorliegenden Arbeit ist die zweite Stufe der Liberalisierung des österreichischen Elektrizitätsmarktes, ihr Zweck daher eine knappe Darstellung der Eckpunkte des Art. 7 Energieliberalisierungsgesetz (ELG¹). Eine vertiefte Darlegung soll nur hinsichtlich jener Teilbereiche erfolgen, die auch für den deutschen Beobachter von Interesse sind; die Wahl fällt hier auf die Regelungen des Netzzuganges und der Netzzugangsverweigerungen, die neu geschaffene Regulierungsbehörde sowie das – auch aus europarechtlicher Hinsicht – aktuelle Thema der Förderung erneuerbarer Energieträger.

I. Europarechtliche Grundlagen

Die Kenntnis um die Grundregelungen der EBRL² muss an dieser Stelle vorausgesetzt werden.³ Sie verpflichtete die Mitgliedstaaten zur – gem. Art. 19 EBRL zumindest partiellen⁴ – Öffnung ihrer nationalen Elektrizitätsmärkte bis zum 19. Februar 1999, wobei den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen mehreren Optionen überlassen wurde. 14 Mitgliedstaaten haben bis März 2001 die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt, die Marktöffnungsquote übertrifft mit 66 % das von der Europäischen Kommission geforderte Ausmaß an Liberalisierung bei weitem.⁵

II. Vorgeschichte

1. Innerstaatliche Kompetenzverteilung und Nebengesetze

Verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für das Elektrizitätsrecht war und ist im Wesentlichen Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG (Elektrizitätswesen, soweit es nicht unter Art. 10 B-VG fällt⁶). Bei diesem – dem föderalistischen Prinzip verpflichteten – Kompetenztypus obliegt dem Bund die Grundsatzzesetzgebung, die durch Ausführungsgesetze⁷ der Länder ergänzt wird. Das EIWOG 2000⁸ weist allerdings neben den – diesem Kompetenztypus entsprechenden – 45 Grundsatzzbestimmungen noch 15 Verfassungsbestimmungen und 41 Normen, die als unmittelbar anwendbares Bundesrecht gekennzeichnet sind, auf. Dies entspricht einerseits (so etwa im Fall der Errichtung der Regulierungsbehörde⁹) dem Erfordernis der Schaffung einer eigenen Kompetenz-

* Rechtsanwälte Kammerlander, Piaty & Partner.

- 1 Bundesgesetz, mit dem Neuregelungen auf dem Gebiet der Erdgaswirtschaft erlassen werden (Gaswirtschaftsgesetz – GWG), das Bundesgesetz betreffend den stufenweisen Übergang zu der im Gaswirtschaftsgesetz vorgesehenen Marktorganisation, das Preisgesetz 1992, die Gewerbeordnung 1994, das Rohrleitungsgesetz, das Reichshaftpflichtgesetz, das Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz geändert werden und das Bundesgesetz über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitätsbereich und die Errichtung der Elektrizitäts-Control GmbH und der Elektrizitäts-Control Kommission sowie das Bundesgesetz, mit dem die Ausübungsvoraussetzungen, die Aufgaben und die Befugnisse der Verrechnungsstellen für Transaktionen und Preisbildung für die Ausgleichsenergie geregelt werden, erlassen werden (Energieliberalisierungsgesetz – ELG), BGBl. I 2000, S. 121.
- 2 RiLi 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 L 27, S. 20.
- 3 Vgl. u.v. Hermann, Die Konzeption der EG-Kommission zur Ordnung des europäischen Strommarktes, RdE 1992, 96; Pauger, Marktöffnung durch EU – Übergang – Beispiel der Elektrizitätswirtschaft (1996); Thurnber, Wettbewerb im Strom, ecolo 1997, 508; Cronenberg, Das neue Energiewirtschaftsrecht, RdE 1998, 85; K. Oberndorfer, Die österreichische Elektrizitätswirtschaftsordnung vor den Anforderungen des europäischen Binnenmarktes für Elektrizität, Diss. (1998).
- 4 Diese beträgt nach der derzeit geltenden Mitteilung der Kommission v. 25. 1. 2001 über die Berechnung der durchschnittlichen Gemeinschaftsquote für die Öffnung des Elektrizitätsmarktes, bestimmt durch die RiLi 96/92/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001 C 27, S. 62, 30, 20 % und bewegt sich somit im Bereich der zuletzt verlautbarten Quote (ABl. 1999 C 330, S. 6; 30, 27 %).
- 5 Vgl. zum Stand der Liberalisierung im Jahre 2001 das Arbeitsdokument der Europäischen Kommission, Vollendung des Energiebinnenmarktes, SEC (2001) 418, 5 ff.
- 6 Unter Art. 10 B-VG, der den Bund als für Gesetzgebung und Vollziehung zuständig erklärt, fallen insbes. Vorschriften betreffend die »Normalisierung und Typisierung elektrischer Anlagen und Einrichtungen, Sicherheitsmaßnahmen auf diesem Gebiet«.
- 7 Die nicht fristgerechte Umsetzung von Gemeinschaftsrecht ist fast zwingende Folge dieser verfassungsgemäßen Konstruktion. Wiewohl die Länder gem. § 71 Abs. 1 EIWOG 1998 bis zum 19. 2. 1999 zum Erlass der Ausführungsgesetze verpflichtet waren, wurde jenes des Bundeslandes Steiermark (LGBl. 31/2000) erst am 31. 5. 2000 (und somit nur kurz vor der Abstimmung des Nationalrats über das ELG am 5. 7. 2000) kundgemacht.
- 8 Art. 7 ELG.
- 9 § 1 BG Regulierungsbehörden schafft sich mittels einer Verfassungsbestimmung den für die Errichtung des Regulators notwendigen Sonderkompetenztatbestand.

grundlage, ist andererseits Ausfluss des Elektrizitätsrechts als Querschnittsmaterie.¹⁰ Gerade die innerstaatliche Kompetenzverteilung war in der Vergangenheit oftmals Ansatzpunkt berechtigter Kritik¹¹; ihre Auswirkungen werden bei der Behördenlandschaft¹² deutlich.

Bereiche, in denen den Ausführungsgesetzgebern ein gewisser Spielraum¹³ zukommt, sind etwa die nähere Ausgestaltung von Errichtungsgenehmigungen und Betriebsbewilligungen für Erzeugungsanlagen (§ 12¹⁴), die Festlegung von Konzessionsvoraussetzungen für den Betrieb von Verteilernetzen (§ 26 Abs. 2), die Normierung von Ausnahmen von der allgemeinen Anschlusspflicht¹⁵ (§ 30), die Behandlung von KWK-Strom (§ 32 Abs. 4) sowie vor allem die nähere Ausgestaltung des Ökofonds (§ 61a).

Neben dem ElWOG 2000 ist des Weiteren das BG Regulierungsbehörden¹⁶ sowie das BG Verrechnungsstellen¹⁷ von Bedeutung. Als – durch das ELG im Wesentlichen unver-

änderte – Nebengesetze wären insbes. das Starkstromwegerecht¹⁸, das die rechtlichen Grundlagen für die Errichtung und den Betrieb der Elektrizitätsleitungen und Netze schafft, sowie etwa das Elektrizitätsabgabengesetz¹⁹ zu nennen.

2. Wirtschaftliches Umfeld und rechtliche Vorgeschichte

Die österreichische Elektrizitätswirtschaft weist eine der deutschen Situation vergleichbare – heterogene – Struktur auf. Ein Unterschied besteht nur in der ungleich höheren Beteiligung der öffentlichen Hand an den EVU.²⁰ Dies ist die Folge der im Jahre 1947 durch das 2. Verstaatlichungsgesetz²¹ vollzogenen umfassenden Verstaatlichung des Sektors als Schlüsselbranche des Wiederaufbaus, die nur gewisse regionale²² EVU ausnahm. Neben der überregionalen Verbundgesellschaft sind neun Landesgesellschaften tätig, die jeweils das Gebiet eines Bundeslandes abdecken. Vor allem in Ostösterreich existieren daneben noch einige kleinere, lokal aktive Unternehmen.

2.1. Die Rechtslage vor 1998²³

Vor dem Inkrafttreten des ElWOG 1998 war die österreichische Elektrizitätswirtschaft ein monopolisierter und dem Wettbewerb entzogener Wirtschaftszweig. Geschlossene Versorgungsgebiete bestanden auf Grund ausschließlicher Gebiets- und Versorgungskonzessionen, die von den jeweiligen Gebietskörperschaften im Unterschied zur deutschen

Wirtschaftsgütern besteht, wiederum teilweise rückerstattet wird. Genau dieses Merkmal des *körperlichen* Wirtschaftsgutes hat den Verfassungsgerichtshof veranlasst, an den EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vergütung mit dem EG-Beihilfenrecht zu richten (Vorlagebeschluss v. 10. 3. 1999, B 2251/97, B 2594/97; vgl. eingehend Arnold, Ist die Energieabgabenvergütung eine staatliche Beihilfe? (SWK 1999, 318). GA Mischo verneint in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion Kärnten* (noch nicht in aml. Slg.), das Vorliegen einer Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV.

10 Dieser Begriff charakterisiert Bereiche, in denen die Zuständigkeit zum Erlass von Regelungen auf Bund und Länder aufgeteilt ist.

11 Vgl. etwa Pauger, Auf dem Weg von der Stromversorgung zum Strommarkt, ÖZW 1998, 97 (98), der die »leidige Kompetenzrechtsproblematik« als »unhaltbaren Zustand« bezeichnet.

12 Vgl. III.2.

13 Der Großteil jener Bestimmungen des ELG, die als »Grundsatzbestimmung« gekennzeichnet sind, bindet die Länder stringent, ohne ihnen die Möglichkeit zu einer autonomen Legislative zu geben; vgl. bspw. § 32 hinsichtlich der Erreichung des Ökostromzieles. Es handelt sich hier durchweg um einen reinen Etikettenschwindel, der allerdings auch dem Gemeinschaftsrecht nicht fremd ist (vgl. nur die RiLi 2000/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Regelung der Sommerzeit, ABl. 2001 L 31, S. 21).

14 Paragraphenbezeichnungen ohne Gesetzesangabe beziehen sich im Folgenden auf Art. 7 ELG.

15 Da im liberalisierten Strommarkt lediglich die Netze als Monopole weitergeführt werden, reduziert sich die Anschluss- und Versorgungspflicht des § 6 Abs. 1 ElWOG 1975 (BGBl. 1975, S. 260) auf eine bloße Anschlusspflicht. Pauger, Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz, ÖZW 2001, 1 (2), sieht in der Bestimmung des § 46 Abs. 5, wonach die Regulierungsbehörde einen Kunden, der keiner Bilanzgruppe angehört (und dem somit kein Lieferant gegenübersteht), diesen einer solchen zuzuweisen hat, eine »Schutzbestimmung für Konsumenten«.

16 Art. 8 ELG.

17 Art. 9 ELG.

18 Hier muss zwischen dem Starkstromwegegesetz, BGBl. 1968 S. 70 i.d.F. BGBl. I 1998, S. 144, welches als unmittelbares Bundesrecht auf Leitungen, die sich über das Gebiet von zumindest zwei Bundesländern erstrecken, anzuwenden ist, und dem Starkstromwegegrundsatzgesetz, BGBl. 1968, S. 71 (mit den korrespondierenden Landesgesetzen), unterschieden werden, das auf ein Bundesland beschränkte Leitungen Anwendung findet. Die Gesetze sind im Wesentlichen inhaltlich gleich und für diese Arbeit von untergeordneter Bedeutung; vgl. allerdings Fn. 58.

19 BGBl. I 1996, S. 201 i.d.F. BGBl. I 2000, S. 26. Diese steuerrechtliche Vorschrift begründet eine Abgabenschuld i.d.H.v. 20,64 Groschen/kWh, wobei diese Abgabe (und jene nach dem Erdgasabgabengesetz, BGBl. I 1996, S. 201 i.d.F. BGBl. I 1998, S. 9) gem. § 2 Abs. 1 Energieabgabenvergütungsgesetz (BGBl. I 1996, S. 201 i.d.F. BGBl. I 1998, S. 10) Unternehmen, deren Tätigkeitsschwerpunkt in der Herstellung von körperlichen

20 Für eine Darlegung der Kennzahlen und der Beteiligungsverhältnisse an den österreichischen EVU vgl. Lausegger, Wettbewerbsrechtliche Aspekte der Strommarktliberalisierung in Österreich, Diss. (2001), S. 159 ff.

21 BGBl. 1947, S. 81. Dieses wurde nach mehreren Novellierungen, die eine Teilprivatisierung der EVU ermöglichten, durch das Bundesverfassungsgesetz, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden, BGBl. I 1998, S. 143, abgelöst, welches auch durch das ELG unverändert geblieben ist. Gerade die – verfassungsgesetzlich verankerte und somit von der derzeitigen Regierung mangels einer parlamentarischen Zweidrittelmehrheit unantastbare – Verunmöglichung einer Vollprivatisierung der Landesgesellschaften und insbes. der Verbundgesellschaft ist mit ein Grund, dass die »große« österreichische Stromlösung i.S. einer Vollfusion der EVU nicht zu Stande kommt.

22 So insbes. jene der Landeshauptstädte Graz, Klagenfurt, Innsbruck, Linz und Salzburg.

23 Eine Übersicht der gesamten für die Elektrizitätswirtschaft relevanten Rechtslage vor der Umsetzung der EBRL findet sich bei Steffek, Überblick über das österreichische Energierecht, RdE 1995, 64.

Praxis hoheitlich²⁴ zu vergeben waren.²⁵ Die Abschottungswirkung nach außen ergab sich durch die sog. Koordinierungsverträge, in deren Rahmen die Landesgesellschaften praktisch den gesamten, über ihre Eigenerzeugung hinausgehenden Strombedarf von der Verbundgesellschaft deckten.²⁶

2.2. Das ElWOG 1998

Österreich ist der Umsetzungsverpflichtung des Art. 27 Abs. 1 EBRL mit dem Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (ElWOG)²⁷ nachgekommen und entschied sich bereits 1998²⁸ für die Option des geregelten Netzzuganges mit behördlich festgelegten Netznutzungsentgelten²⁹ gem. Art. 17 Abs. 4 EBRL. Die Öffnung des Strommarktes sollte gem. § 44 ElWOG 1998 schrittweise³⁰ erfolgen.

III. Der neue Rechtsrahmen – Das Energieliberalisierungsgesetz 2000

Mit dem ELG hat der Gesetzgeber abgesehen von der vollständigen Marktöffnung ab 1. Oktober 2001 auch eine umfassende Neuregelung hinsichtlich der Behördenstruktur, der Regenerativstromförderung sowie der Regelungen betreffend die Bereitstellung von Ausgleichsenergie geschaffen.

24 Der Frage der rechtlichen Einordnung der für das deutsche Recht typischen Konzessions- und Demarkationsverträge kam in Österreich praktisch (vgl. aber VwGH 90/05/0148 v. 27. 11. 1990 zu einem 1941 geschlossenen [Geltung des deutschen Energiewirtschaftsrechts!] Demarkationsvertrag und vor diesem Hintergrund *Öhlinger*, Privatrechtliche Vereinbarungen im Elektrizitätsrecht, wbl 1989, 321) keine Bedeutung zu.

25 § 68 Abs. 1 sieht (ebenso wie § 68 Abs. 1 ElWOG 1998) die Weitergeltung der bestehenden Konzessionen für den Betrieb eines Verteilernetzes vor.

26 Wiewohl das nationale Kartellrecht gem. § 4 KartG auf Angelegenheiten, die in Gesetzgebung oder Vollziehung Sache der Länder sind, nicht anzuwenden ist und erst auf Grund der – im Verfassungsrang stehenden – Gegen Ausnahme des durch das BGBl. I 1998, S. 143 eingefügten § 5 Abs. 2 KartG für die Elektrizitätswirtschaft relevant ist, unterliegt diese seit dem EU-Beitritt 1995 dem Gemeinschaftsrecht (grundlegend der EuGH in der Rs. 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Slg. 1985, S. 405 Rn. 12: »Der EWG-Vertrag enthält, soweit bestimmte Tätigkeiten von der Anwendung der Bestimmungen über den Wettbewerb ausgeschlossen sein sollten, eine dahingehende ausdrückliche Ausnahmeregelung«; spezifisch für die Elektrizitätswirtschaft GA *Darmon*, Schlussanträge zu Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477 Rn. 80). Dass die Koordinierungsverträge aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bedenklich waren, bemerkt schon *Dohms*, Die Entwicklung eines wettbewerblichen europäischen Elektrizitätsbinnenmarkts, in: Oberösterreichische Kraftwerke AG (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme der Elektrizitätswirtschaft (1995), S. 35 (93 ff.).

27 BGBl. I 1998, S. 143.

28 Vgl. § 15 ElWOG 1998.

29 Vgl. III.1.

30 Gem. § 44 ElWOG 1998 waren zum 19.2.1999, 19.2.2000, 19.2.2002 und 19.2.2003 Liberalisierungsschritte vorgesehen, die den Markt v.a. nachfrageseitig etappenweise öffnen sollten. Vgl. für eine genaue Aufstellung der zugelassenen Kunden i.S.d. ElWOG 1998 *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht (2000), S. 108 f.

1. Die vollständige Marktöffnung: Netzzugang und Netznutzungsentgelte

Gem. § 43 ElWOG haben ab dem 1. Oktober 2001³¹ alle Kunden das Recht, mit Erzeugern, Stromhändlern und Elektrizitätsunternehmen Stromlieferverträge zu schließen. Damit entfällt die Zugangsbeschränkung in Abhängigkeit vom Verbrauch des Kunden an einer Verbrauchsstätte³², nunmehr gelten alle Marktteilnehmer als zugelassene Kunden. Dieser Netzzugang der zugelassenen Kunden auf Nachfrageseite war von der Stromabnahmemenge an einer »Verbrauchsstätte« i.S.d. § 7 Z 26 ElWOG 1998 abhängig, so dass die EVU mit unterschiedlichen Marktöffnungsgraden konfrontiert wurden, was Bedenken hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes auslöste³³ und ebenfalls für die vollständige Liberalisierung ausschlaggebend gewesen sein dürfte.³⁴

Der Netzzugang kann gem. § 20 Abs. 1 Z 1 bis 4 in folgenden Fällen verweigert werden: Störfälle, mangelnde Netzkapazität, mangelnde Reziprozität i.S.d. Art. 19 Abs. 5 EBRL sowie »wenn ansonsten Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen oder aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie trotz Eingehens auf die aktuellen Marktpreise verdrängt würde, wobei Möglichkeiten zum Verkauf dieser elektrischen Energie an Drühte zu nutzen sind«. Problematisch ist hier vor allem die Privilegierung auch der »großen« Wasserkraftwerke, deren Elektrizität gem. § 7 Z 11 ebenfalls

31 Dieser Zeitpunkt kann – theoretisch – vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) per Verordnung drei Monate nach vorne oder hinten verschoben werden. *Pauger*, Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz, ÖZW 2001, 1 (2), hält diese Ermächtigung m.A. zutreffend für »ab ovo unzulässig«.

32 Ein Begriff, dessen Bedeutung umstritten war und der im Hinblick auf eine Entscheidung des BMWA als gem. § 20 Abs. 2 ElWOG 1998 zuständige Behörde v. 4.8.2000 zu Zl. 551.610/42-VIII/1/00 (nunmehr bestätigt durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs v. 6.3.2001 zu Gz. 2000/05/0200), die Telekom Austria AG als zugelassenen Kunden zu qualifizieren, wohl auch für Verwirrung gesorgt haben dürfte. Nach Ansicht des VwGH sei die durchleitungsbegehrende Telefongesellschaft zumindest im Landesgebiet der Bundeshauptstadt Wien als zugelassener Kunde i.S.v. § 56 Abs. 2 Z 1 Wiener ElWG anzusehen, da ihr Telefonnetz, für dessen Betrieb sie den für die Qualifikation als zugelassener Kunde notwendigen Gesamtverbrauch von 20 GW/h erreiche, als einheitliche Betriebsstätte (und somit Verbrauchsstätte?) anzusehen sei. Daher sei sie auch für ihren Gesamtjahresverbrauch von mehr als 140 GW/h im Bundesgebiet frei in der Wahl ihres Versorgers (gerade dieses »Durchschlagen« einer Verbrauchsstätte auf den Gesamtverbrauch eines Unternehmens war zuvor kontrovers diskutiert worden). Auch die von sog. Kettenkunden praktizierte Vorgangsweise, als grundsätzlich nicht zugelassener Kunde ein Kraftwerk zu pachten, um damit als Netzzugangsberechtigter i.S.d. § 42 ElWOG 1998 (Eigenerzeuger bzw. unabhängiger Erzeuger) zu gelten, gehört mit dem ELG der Vergangenheit an.

33 Vgl. *Schanda*, ElWOG (1999), S. 123.

34 Laut den Parlamentarischen Materialien zum ELG bewegte sich die Marktöffnung zwischen 5 und 80 %; vgl. RV zu 66 BlgNR 21, GP, EB zu Art. 7.

als erneuerbare Energie gilt.³⁵ M.A. beziehen sich Art. 8 Abs. 3 und 11 Abs. 3 EBRL lediglich auf die Möglichkeit der bevorzugten Inanspruchnahme gewisser Elektrizitätsarten zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Netzbetriebes³⁶ und des Systems, können jedoch nicht die Durchsetzung von Stromlieferverträgen, die in der Folge den Absatz von auf der Basis von Wasserkraft hergestellten Strom verdrängen, verhindern.

Die Gegenleistung für den Zugang zum System der Netzbetreiber sind die »Systemnutzungstarife«, deren genauere Ausgestaltung in § 25 getroffen wird.³⁷ Für die Festsetzung der Systemnutzungstarife mittels Verordnung oder Bescheid ist gem. § 25 i.V.m. § 16 Abs. 1 Z 2 BG Regulierungsbehörden die Elektrizitäts-Control-Kommission (ECK) zuständig, wobei diese Zuständigkeit erst mit 1. Oktober 2001 vom BMWA auf die Regulierungsbehörde übergeht. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage unterliegen damit die Netzentgelte nicht der Privatautonomie von Netzbetreiber und Netzzugangspetenten; der Netzbetreiber lukriert sie auf Basis der zwischen Kunden und Netzbetreibern bestehenden Netzzugangsverträge, die neben den Energielieferverträgen zwischen Kunden und Lieferanten bestehen.³⁸ Anzumerken ist, dass die Festlegung der Entgelte für alle Netzdienstleistungen verbindlichen Charakter hat und ein Abweichen i.S. eines geringeren oder höheren Entgelts unter den Verwaltungsstraftatbestand der Preistreiberei (§ 62) fällt.³⁹ Ein Verstoß führt im Wiederholungsfall zu einer Geldstrafe von bis zu € 80.000.

2. Zuständigkeiten und Regulierungsbehörde

Die Liberalisierung eines durch »natürliche Monopole«⁴⁰ gekennzeichneten Wirtschaftssektors setzt umfangreiche regulatorische Eingriffe voraus, um ein Marktversagen zu verhindern.⁴¹ Im österreichischen Elektrizitätsrecht ist diese Aufgabe mehreren Stellen übertragen worden, wobei der neu geschaffenen Regulierungsbehörde eine zentrale Rolle zukommen wird. Während gemäß der Verfassungsbestimmung des § 20 Abs. 2 ElWOG 1998 der BMWA jene »von den Parteien unabhängige«⁴² und zur Streitschlichtung berufene Stelle i.S.d. Art. 20 Abs. 3 EBRL war, ist durch das BG Regulierungsbehörden eine eigene, mit hoheitlichen Aufgaben beliehene⁴³ Stelle ins Leben gerufen worden. Mit der Schaffung dieser Behörde bewegt sich der Gesetzgeber auf dem schmalen Grat zwischen gemeinschaftsrechtlich gebotener Unabhängigkeit und verfassungsrechtlich gefordertem Weisungszusammenhang zum BMWA als oberste und parlamentarisch verantwortliche Behörde i.S.d. Art. 20 Abs. 2 B-VG.⁴⁴

Die Regulierungsbehörde besteht gem. § 4 BG Regulierungsbehörden aus der Elektrizitäts-Control GmbH (ECG) und der ECK. Das (Start-)Kapital beträgt ATS 50 Mio. (€ 3,63 Mio.).⁴⁵ Der ECG obliegt gem. § 9 Abs. 1 leg cit die Aufgabe der Wettbewerbsaufsicht⁴⁶, die Erstellung von statistischen Materialien über Strompreise, die Überwachung der Entflechtung, die Aufsicht über die Ausgleichsenergieorganisation sowie die Überwachung der Stromzufuhr aus Drittstaaten. Die Regelung des § 9 Abs. 2 leg cit, wonach die ECG im Falle des Feststellens eines Missstandes

alle erforderlichen Maßnahmen⁴⁷ zu ergreifen hat, um diesen Missstand abzustellen, ist aus verfassungsrechtlicher Hinsicht m.A. nach nicht ausreichend determiniert.⁴⁸

Neben diesen Überwachungsaufgaben hat die ECG noch Regulierungsfunktionen im engeren Sinn, die in § 10 leg cit

35 Anzumerken ist, dass die Beweispflicht im Falle des § 20 Abs. 1 Z 4 in umfassender Weise (durchaus vergleichbar der Regelung des § 6 Abs. 3 dt. EnWG; vgl. *Theobald/Zenke*, Der Zugang zu Strom- und Gasnetzen: Eine Rechtsprechungsübersicht, WuW 2001, 19 [30 ff.]) dem Netzzugangsverweigernden aufgebürdet wird; gerade vor diesem Hintergrund ist noch kein Fall einer erfolgreichen Berufung auf diese Bestimmung bekannt.

36 Diesbezüglich eindeutig *Europäische Kommission*, Elektrizität aus Erneuerbaren Energieträgern und der Elektrizitätsbinnenmarkt (Arbeitspapier), SEK (99) 470, 8.

37 Im ElWOG 1998 war demgegenüber normiert, dass die Systemnutzungstarife durch eine »Grundsatzverordnung« (BGBl. II 1999, S. 51) und eine darauf basierende Verordnung des BMWA (Zl. 551.352/140-VIII/1/99) bestimmt werden sollten. Da dem Verordnungsgeber nach Ansicht des VfGH damit eine undeterminierte Ausgestaltungsbefugnis eingeräumt wurde, hob dieser in seinem Erkenntnis v. 29. 6. 2000 (G 45, 46/00-8, V 31, 32/00-8) den gesamten Normenkomplex wegen eines Verstoßes gegen Art. 18 B-VG mit Wirkung v. 30. 6. 2001 auf. Im ELG wurden die Verordnungsinhalte weitgehend inhaltsgleich auf Gesetzebene gehoben, um diese Verfassungswidrigkeit zu sanieren.

38 Vgl. weiterführend *Rabl*, Liberalisierung des Strommarkts: Neues und Altes zum Vertragsrecht, *ecolex* 2000, 544.

39 M.A. könnte auch das Fördern einer »Wechselgebühr«, wie sie von einigen österreichischen EVU angekündigt wurde, unter diesen Tatbestand fallen.

40 *Eickhof/Kreikenbaum*, Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energie, WuW 1998, 666 (672).

41 *Pauger*, Marktwirtschaft durch EU-Recht – Der Regulierung am Beispiel der Elektrizitätswirtschaft (1996), S. 8.

42 Vgl. die – angesichts der Funktion des BMWA als Eigentümervertreter hinsichtlich der Anteile der Republik an der Verbundgesellschaft – berechtigte Kritik von *Aichreiter*, Ist der Wirtschaftsminister ein unabhängiger Regulator des Strommarktes?, wbl 2000, 156.

43 Vgl. zur Zulässigkeit der Betrauung eines privatrechtsförmigen Rechtsträgers mit hoheitlichen Aufgaben insbes. VfSlg. 14.437/1996 = JBl 1996, 574 (Austro Control) sowie jüngst *Urbantschitsch/Feiel*, Schienenverkehrsmarkt-Regulierungsgesetz: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen, JBl 2000, 431.

44 Vor diesem Hintergrund der monokratischen Behördenstruktur ist das ministerielle Aufsichts- und Weisungsrecht des § 21 BG Regulierungsbehörden zu sehen.

45 Die weitere Tätigkeit der Regulierungsbehörde wird durch ein von den Netzbetreibern eingehobenes Entgelt gedeckt, wobei die Höhe gem. § 6 BG Regulierungsbehörden vom BMWA zu bestimmen ist. Die Ausgliederung hat somit bis zu einem gewissen Grad auch einen positiven Einfluss auf das Budget.

46 Anzumerken ist, dass die Aufgabe der Wettbewerbsaufsicht (§ 9 Abs. 1 Z 1 BG Regulierungsbehörden: »Die Zuständigkeit des Kartellgerichtes bleibt dabei unberührt.«) eine parallele Zuständigkeit von Kartellgericht und ECG schafft, wobei der klare Wortlaut des § 9 Abs. 1 Z 1 leg cit die Annahme einer *lex specialis* Derogation des Kartellgesetzes am offensichtlichen telos des Gesetzgebers scheitern lässt.

47 Am ehesten denkbar wäre hierbei noch die Möglichkeit der Einräumung einer Stellung eines Antragsberechtigten i.S.d. § 37 KartG, der zur Initiierung eines Missbrauchsverfahrens befugt ist.

48 So auch *Schanda*, Energierecht (2000), S. 140.

normiert sind.⁴⁹ Auch die Überwachung des Erreichens des Ökostromziels ist gem. § 11 leg cit der Regulierungsbehörde 1. Instanz übertragen.⁵⁰

Gegen die Entscheidungen der ECG ist gem. § 16 Abs. 2 leg cit die ECK Berufungsbehörde, wobei sie zwar als oberste Instanz entscheidet, gegen ihre Bescheide allerdings gem. § 20 Abs. 2 leg cit die Möglichkeit der Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, also des Verfassungs- sowie des Verwaltungsgerichtshofes, vorgesehen ist. Darüber hinaus hat die ECK auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Netzbetreiber zu genehmigen⁵¹, die Systemnutzungstarife zu bestimmen sowie im Falle von Streitigkeiten über den Netzzugang zu entscheiden. Gerade im Bereich der Netzzugangsverweigerungen sind die Zuständigkeitsregelungen allerdings nicht geglückt, wobei vor allem die Abgrenzung zwischen Regulierungsbehörde und Kartellgericht verbesserungswürdig ist.⁵² Zunächst ist die ECK kraft der Verfassungsbestimmung des § 20 Abs. 2 ElWOG für die Entscheidung über das *Vorliegen eines Netzzugangsverweigerungstatbestandes*⁵³ (mittels Feststellungsbescheid) zuständig. Gem. § 21 Abs. 1 entscheidet über die *Rechtmäßigkeit einer solchen Verweigerung* ebenfalls die ECK. Nun dürfte dies allerdings das selbe sein! Während nun schon die Wiederholung der Bestimmung unverständ-

lich ist, ist eine Entscheidung nach § 21 Abs. 1 gem. § 16 Abs. 3 i.V.m. § 16 Abs. 1 Z 5 BG Regulierungsbehörden einer sukzessiven Zuständigkeit⁵⁴ unterworfen, während hinsichtlich einer Entscheidung gem. § 20 Abs. 2 eine solche gerichtliche Überprüfung nicht möglich ist, da § 16 Abs. 3 BG Regulierungsbehörden auf § 16 Abs. 1 Z 4 leg cit eben *nicht* verweist. Die gesetzliche Regelung ist daher m.A. schlichtweg fehlgeschlagen. In der Praxis ist allerdings zu erwarten, dass im Falle des behaupteten Vorliegens eines Netzzugangsverweigerungstatbestandes i.S.d. § 20 Abs. 1 die Regulierungsbehörde endgültig entscheiden wird; aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich dies freilich nicht.⁵⁵

In allen anderen Streitigkeiten, die sich aus dem Verhältnis Netzbetreiber/Zugangsberechtigter ergeben, entscheiden die ordentlichen Gerichte, wobei für die Einbringung der Klage⁵⁶ gem. § 21 Abs. 2 ein Streitschlichtungsverfahren⁵⁷ der Regulierungsbehörde Voraussetzung ist.

3. Erneuerbare Energien

Die österreichische Regelung zur Förderung von Regenerativstrom beruht grundsätzlich⁵⁸ auf zwei Modellen: Einerseits normiert § 32, dass Verteilernetzbetreiber den gesamten in ihrem Gebiet erzeugten Ökostrom abzunehmen haben, wobei die Mindestabnahmequote im Verhältnis zur Stromabgabe an die an sein Netz angeschlossenen Endverbraucher bis zum 1. Oktober 2007 progressiv⁵⁹ ansteigt. Die Verteilernetzbetreiber haben diese Energie zu Mindestpreisen abzunehmen, wobei ihnen gem. § 34 Abs. 3 der Mehraufwand, um den diese von den Landeshauptmännern gem. § 34 Abs. 1 festgelegten Entgelte⁶⁰ den Erlös übersteigen, abge-

49 Es handelt sich dabei insbes. um die Erstellung der »Marktregeln«, die als Vorgabe für die Tätigkeit der Netzbetreiber, der Bilanzgruppenverantwortlichen und der Bilanzgruppenkoordinatoren dienen sollen.

50 Vgl. auch die Verfassungsbestimmung des § 33.

51 Was diese AGB freilich nicht einer weitergehenden, nachprüfenden Kontrolle – insbes. nach den Kriterien des Konsumentenschutzgesetzes – durch Zivilgerichte entzieht; vgl. *F. Bydliński*, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferverträge, in: Aicher, Funk, Korinek, Krejci, Ruppe (Hrsg.), Rechtsfragen der öffentlichen Energieversorgung (1987), S. 137 (152); ebenso *Aicher*, Konsumentenschutz im Bereich der öffentlichen Energieversorgung, in: Schilcher, Bretschneider (Hrsg.), Konsumentenschutz im öffentlichen Recht (1984), S. 17 (51).

52 Ebenso – vorsichtiger – *Schanda*, Energierecht (2000), S. 71.

53 Die Einschränkung der Zuständigkeit des § 21 Abs. 1 (»sofern keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes [§ 43 KartG] vorliegt«) ist vollkommen überflüssig; lediglich dann, wenn ein Netzbetreiber ohne Berufung auf einen der taxativen Gründe des § 20 Abs. 1 keinen Zugang gewährt, könnte diese Zuständigkeit anzunehmen sein. Diese ergibt sich aber schon aus der allgemeinen kartellrechtlichen Aufsicht über Marktbeherrscher, als welcher der Netzbetreiber hinsichtlich der Dienstleistung der Durchleitung durch sein Netz wohl immer anzusehen ist. Dies gilt umso mehr, als der durch die Kartellgesetznovelle 1999 (BGBl. I 1999, S. 126) eingefügte § 34 Abs. 1a KartG auch örtliche Marktbeherrscher der Missbrauchskontrolle unterwirft. Der Verweis auf § 43 KartG (»Das Kartellgericht und das Kartellobergericht entscheiden in Angelegenheiten nach diesem Bundesgesetz im Verfahren außer Streitsachen.«) verstört.

54 Dies bedeutet, dass der Bescheid der Regulierungsbehörde mit der Anrufung des Gerichts außer Kraft tritt. Dieses trifft also – i.S.d. verfassungsrechtlich vorgegebenen Trennung von Justiz und Verwaltung gem. Art. 94 B-VG – keine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde, sondern entscheidet in der Sache neu; vgl. zu dieser Konstruktion eingehend *Mayer*, Kontrolle der Verwaltung durch ordentliche Gerichte?, ÖZW 1991, 97.

55 Es dürfte mit dieser Bestimmung auch eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf den gesetzlichen Richter verbunden sein. Der VfGH tendierte in ähnlichen Fällen zur Aufhebung wegen Verstoßes gegen Art. 18 i.V.m. Art. 83 Abs. 2 B-VG, vgl. *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht, 9. A. (2000), Rn. 146 f. m.w.N.

56 Die Tatsache, dass dem Außerstreitverfahren, nach dem das Kartellgericht entscheidet (vgl. Fn. 53), das Instrument der Klage fremd ist (dieses entscheidet – eben i.S.d. Regelungen des Außerstreitgesetzes – vielmehr über Antrag!), kann m.E. nicht in jene Richtung gedeutet werden, dass der Gesetzgeber mit viel Subtilität eine parallele Zuständigkeit schaffen wollte.

57 Auch der Verweis auf § 7 Abs. 2 und 3 BG Regulierungsbehörden ist ein redaktioneller Fehler; gemeint ist offensichtlich der, die Grundlagen des Streitschlichtungsverfahrens der Regulierungsbehörde, konstituierende § 16 Abs. 2 und 3 leg cit.

58 Ergänzt werden diese voraussichtlich durch genehmigungsrechtliche Privilegierungen, zu welchen die Ausführungsgesetzgeber durch § 12 Abs. 2 ermächtigt sind. Gem. § 3 Abs. 2 Starkstromwegesgesetz sowie dem – inhalts gleichen – § 3 Abs. 2 Starkstromwegesgrundgesetz (vgl. Fn. 18) bestehen darüber hinaus auch im Leitungsrecht ähnliche Bevorzugungen. Auch die Verpflichtung des § 45 Abs. 3, auf der Stromrechnung den Anteil der jeweiligen, der Lieferung zu Grunde liegenden Primärenergieträger auszuweisen, soll einen weiteren Anreiz zum verstärkten Bezug von Regenerativstrom schaffen.

59 Beginnend mit einer Mindestabnahmeverpflichtung von 1 % am 1.10.2001 erhöht sich der Prozentsatz bis zum 1.10.2007 alle zwei Jahre um je einen weiteren Prozentpunkt.

60 Eine Übersicht der Einspeisetarife findet sich unter <http://www.eva.wsr.ac.at/enz/einspeis.at.htm>.

golten wird.⁶¹ Ökoenergie i.S.d. § 40 Abs. 1 ist solche, die aus Anlagen stammt, die auf Basis der erneuerbaren Energieträger feste oder flüssige heimische⁶² Biomasse, Biogas, Deponie- und Klärgas, geothermische Energie, Wind- und Sonnenenergie betrieben werden.⁶³ Auch Hybridanlagen⁶⁴ fallen darunter, wenn sie einen hohen biogenen Anteil⁶⁵ aufweisen.

Sollte ein Netzbetreiber die Quote nicht erreichen, hat er eine Ausgleichsabgabe⁶⁶ in den Ökofonds des § 61a einzuzahlen. Mit diesem Fonds sollen wiederum Ökoanlagen⁶⁷ gefördert⁶⁸ werden. Dieses Modell entspricht somit als uneingeschränkte⁶⁹ Abnahmeverpflichtung i.V.m. einer Mindestabnahmevergütung den Grundzügen des deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz⁷⁰ sowie dem deutschen Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz.⁷¹ Hinsichtlich der KWK-Anlagen ermächtigt § 32 Abs. 4 die Landesgesetzgeber, in den Ausführungsgesetzen zum ELWOG für eine Abnahmeverpflichtung analog den Regelungen über Ökostrom i.S.d. § 40 zu optieren. Sollten sie dies tun, sind sie gem. § 34 Abs. 2 ebenso zur Festsetzung eines Mindestpreises verpflichtet; im Übrigen übernimmt § 34 Abs. 4 die Regelung des § 34 Abs. 3, wonach den Verteilernetzbetreibern die Differenz zwischen behördlich festgesetzter Abnahmevergütung und am Markt erzielbarem Erlös abgegolten wird. Diese Ermächtigung ist – ebenso wie die Regelung des § 7 Abs. 2 deutsches KWK-Gesetz – bis 31. Dezember 2004 befristet.

Im Bereich der Kleinwasserkraftwerksenergie⁷² ist demgegenüber der inländische Stromhändler (§ 45 Abs. 2) beziehungsweise subsidiär der Endkunde verpflichtet, durch die Vorlage von Zertifikaten nachzuweisen, dass 8 % seines Strombezuges aus inländischen Kleinwasserkraftwerken stammen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll sich damit ein derivativer und vom physischen Primärmarkt getrennter Sekundärmarkt entwickeln. Die Anzahl der aus einer Kleinwasserkraftwerksanlage⁷³ abgegebenen Zertifikate hat der erzeugten Strommenge zu entsprechen. Ein Zertifikat hat sich auf 100 kWh oder ein Vielfaches dieser Menge zu beziehen. Die »missbräuchliche Begebung« von Zertifikaten steht unter der Sanktion des § 41 Abs. 5, wonach die Mehrerlöse »herausgegeben«⁷⁴ werden müssen. Wird der Nachweispflicht nicht entsprochen, muss gem. § 61a eine Ausgleichsabgabe in den Ökofonds eingezahlt werden⁷⁵, deren Höhe sich an der Differenz der durchschnittlichen Produktionskosten zu den Marktpreisen zu orientieren hat.

Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gemeinschaftsrecht hat durch den österreichischen Gesetzgeber bis dato anscheinend nicht stattgefunden. Gerade vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der Notifizierung der sog. »stranded costs«, die der Europäischen Kommission i.d.H.v. ATS 8,7 Mrd. (€ 633 Mio.) am 15. Oktober 1998 gem. Art. 24 EBRL als Betriebsbeihilfen (!) notifiziert worden waren, von der Generaldirektion Verkehr und Energie konsequenterweise als nicht i.S.d. EBRL genehmigungsfähig qualifiziert worden waren⁷⁶ und noch heute ihrer Entscheidung nach allgemeinen beihilferechtlichen Kriterien harren, gibt die Unbeschwertheit des österreichischen Bundesgesetzgebers Anlass zur Verwunderung. Dass die gemeinschaftsrechtliche Warenverkehrsfreiheit der Art. 28 ff. EGV durch eine Abnahmepflicht, die 8 % des Endproduktes aus

61 Dies geschieht im Wege eines Zuschlags zum Systemnutzungstarif, der ebenfalls von den Landeshauptmännern gem. § 34 Abs. 3 mittels Verordnung festzusetzen ist.

62 Zu den diesbezüglichen – gemeinschaftsrechtlichen – Bedenken vgl. *Rabl*, *Energierecht: Förderung von Öko-Strom im ELWOG und im Europarecht*, *ecolex* 2000, 160 (162).

63 Die Anerkennung hat gem. § 40 Abs. 1 durch die jeweilige Landesregierung zu erfolgen.

64 *Schmelz/Tremmel*, *Willkommen im freien Markt*, *ecolex* 2000, 551 (553), gehen offenbar davon aus, dass die Anerkennungsverpflichtung hinsichtlich der Anlage als solcher und nicht nur hinsichtlich des Anteils des verstromten Regenerativenergieträgers gilt. Wiewohl sie diesen Schluss richtigerweise aus der Wortwahl des § 40 Abs. 1 ziehen, steht dieser Interpretation meiner Ansicht die Begriffsdefinition des Art. 2 Abs. 2 des Geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2000) 884 endg. (ABl. 2001 C 154 E, S. 89), der explizit nur jenen Strom aus Mischfeuerungsanlagen in den Begriff der Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen einbezieht, der nicht aus konventionellen Primärenergieträgern gewonnen wurde.

65 Auch hinsichtlich der Auslegung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffs herrscht Unklarheit.

66 Die diesbezüglichen Mittel werden ihm gem. § 34 Abs. 3 ebenfalls über einen Zuschlag zum Systemnutzungstarif abgegolten, so dass die Ökostromförderung für den Netzbetreiber jedenfalls aufwandsneutral ist.

67 Nicht klar ist, ob mit den Mitteln des Ökofonds entsprechend dem klaren Wortlaut des § 61a nur Ökoanlagen i.S.d. § 40 oder auch Kleinwasserkraftwerksanlagen gefördert werden sollen. Für erstere Auslegung *Schanda*, *Energierecht* (2000), S. 115; a.A. *Schmelz/Tremmel*, *Willkommen im freien Markt*, *ecolex* 2000, 551 (553).

68 Es wird sich bei der Förderung gem. § 61a wohl um eine klare Beihilfenregelung handeln müssen. Auch vor dem Hintergrund einer engen Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Beihilfenbegriffes, der den Mittelabfluss von staatlicher Seite als Voraussetzung für eine Subsumtion unter Art. 87 EGV ansieht, und im Hinblick auf die Tatsache, dass der EuGH die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Beihilfenregime mittels einer Umgehungskonstruktion i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 10 i.V.m. Art. 87 EGV verneint hat (vgl. EuGH Rs. 379/98, *PreussenElektra AG/Schleswig*, Rn. 64 f., noch nicht in aml. Sig.), ist dieser Rechtsformenmissbrauch m.E. (vgl. ebenso und ausführlicher *Pichler/Lausegger*, *Nationale Umweltschutzmaßnahmen im liberalisierten europäischen Strommarkt – Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im ELWOG*, RdU 2001, 43, sicherlich am Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (ABl. 2001 C 37, S. 30) zu messen.

69 Den über die jeweilige prozentuelle Mindestabnahmeverpflichtung hinausgehenden Ökostrom kann der Verteilernetzbetreiber gem. § 32 Abs. 3 an andere Netzbetreiber, die die Quote nicht erreichen, veräußern.

70 BGBl. I 2000, S. 305.

71 BGBl. I 2000, S. 703.

72 Dies ist Elektrizität, die in Wasserkraftwerken mit einer Engpassleistung von höchstens 10 MW erzeugt wird.

73 Zur Anerkennung ist gem. § 41 Abs. 1 i.V.m. den Landesausführungsgesetzen die jeweilige Landesregierung berufen.

74 Unklar ist, wem diese Erlöse herauszugeben sind.

75 Daraus resultiert auch die Frage nach der Rechtmäßigkeit der ausschließlichen Förderung von Ökoanlagen i.S.d. § 40 auch mit Mitteln, die auf Grund der Nichterreichung der Abnahmequote für *Kleinwasserkraftstrom* aufgebracht wurden.

76 Entscheidung 1999/795/EG der Kommission v. 8.7.1999 über den Antrag Österreichs auf eine Übergangsregelung gem. Art. 24 der RiLi 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1999 L 319, S. 30.

dem innergemeinschaftlichen Warenverkehr nimmt, massiv beeinträchtigt wird⁷⁷, und sich diese direkt diskriminierende Maßnahme nicht durch die zwingenden Erfordernisse i.S.d. Rechtsprechung des EuGH⁷⁸ rechtfertigen lässt, liegt ebenso auf der Hand wie der Umstand, dass im Falle des Ökostroms i.e.S. die Abnahmepflicht des § 32 Abs. 1 i.V.m. der Mindestabnahmevergütung des § 34 Abs. 1 beihilfenrechtlich äußerst bedenklich erscheint.⁷⁹ Während die Ökostromregelung im neuen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltenschutzbeihilfen⁸⁰ – zumindest dem Grunde nach⁸¹ – Deckung finden sollte, ist die Förderung von Kleinwasserkraft in diesem Ausmaß m.A. als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zu werten.

Ob die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *PreussenElektra AG/Schleswig*⁸² auf die österreichische Rechtslage übertragen werden können⁸³, ist zumindest fraglich, das völlige Ignorieren durchaus möglicher Inkompatibilitäten mit dem Gemeinschaftsrecht nachdrücklich zu kritisieren.

4. Regelungen zur Aufrechterhaltung des Systems

Da Energielieferant und Netzbetreiber nicht mehr ein und dieselbe Person sind, wurde ein eigenes Regelwerk für die Bereitstellung jener – fehlenden – Energie notwendig, die sich aus dem Unterschied zwischen den Einspeisungen seitens der Lieferanten und den zeitgleichen Stromentnahmen durch deren Kunden ergibt. Das EIWOG beschreibt hier einen für den Elektrizitätstechnischen Laien komplizierten Weg. Folgende Akteure sind an der Ausgleichsenergieorganisation beteiligt: Bilanzgruppenkoordinator (§ 7 Z 3), Bilanzgruppenverantwortlicher (§ 7 Z 4), Netzbetreiber (§ 7 Z 28) sowie Regelzonenführer (§ 7 Z 35). Die Bilanzgruppen sollen nach Absicht des Gesetzgebers gem. § 7 Z 2 virtuelle⁸⁴ Zusammenschlüsse von Marktteilnehmern darstellen, wobei innerhalb einer Bilanzgruppe ein erster Ausgleich erfolgen soll, indem etwaige Minderbezüge einzelner Abnehmer mit dem Mehrbedarf anderer Kunden kompensiert werden sollen. Zuständig für die ex-ante Berechnung des Elektrizitätsbedarfes innerhalb einer Bilanzgruppe und insbes. für die Übermittlung der »Summenfahrpläne« sind gem. § 47 die Bilanzgruppenverantwortlichen. Zur Berechnung dieser Summenfahrpläne sind bei Kleinabnehmern i.S.d. § 18 Abs. 2 sog. »standardisierte Lastprofile« (vgl. § 7 Z 36) zu erstellen, im Falle der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit erfolgt sie auf Basis konventioneller Lastprofilzähler i.S.d. § 18 Abs. 3 Z 2. Hinsichtlich jener Netznutzer, die nicht über einen für die individuelle Bestimmung der bezogenen Ausgleichsenergie benötigten Lastprofilzähler verfügen, stellt sich die Ausgleichsenergieorganisation als solidarische Risikogemeinschaft dar.⁸⁵

Die Bilanzgruppenkoordinatoren, die gem. § 2 BG Ausgleichsenergieorganisation als Verrechnungsstellen tätig sind, sind die zentralen Stellen der Ausgleichsenergieorganisation. Ihre Tätigkeit bedarf gem. §§ 3 ff. leg cit einer Konzession. Es obliegt ihnen die Koordination zwischen dem Bedarf an Ausgleichsenergie, den sie anhand der von den Bilanzgruppenverantwortlichen übermittelten Daten zu ermitteln haben, und dem Angebot an solcher. Letzteres ergibt

sich aus den von den Regelzonenführern übermittelten Informationen; diese sind es auch, die gem. § 9 Abs. 3 Z 1 leg cit nach den Vorgaben der Bilanzgruppenkoordinatoren Ausgleichsenergie abzurufen haben. Die Preise⁸⁶ für Ausgleichsenergie sind gem. § 9 Abs. 3 Z 3 i.V.m. § 10 leg cit von den Bilanzgruppenkoordinatoren in einem marktorientierten Verfahren, das von ihnen auszuarbeiten und von der Regulierungsbehörde gem. § 10 Abs. 3 leg cit i.V.m. § 9 Abs. 1 Z 4 BG Regulierungsbehörden zu genehmigen ist, zu ermitteln. Die Entgelte⁸⁷ (§ 9 Abs. 3 Z 4 BG Ausgleichsenergieorganisation) sind vom Bilanzgruppenverantwortlichen gem. § 47 Abs. 1 Z 6 direkt an die Regelzonenführer zu entrichten.⁸⁸

77 Die Regelungen des EIWOG greifen daher sowohl i.S. einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung gem. Art. 28 EGV als auch wie eine Ausfuhrbeschränkung gem. Art. 29 EGV von beiden Seiten in die Warenverkehrsfreiheit ein; vgl. eingehender *Pauger*, Die wesentlichen Änderungen des Elektrizitätswirtschaftsrechtes, in: *Pauger* (Hrsg.), Ein Jahr EIWOG (2001), S. 141 (151), sowie *Pichler/Lausegger*, Nationale Umweltschutzmaßnahmen im liberalisierten europäischen Strommarkt – Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im EIWOG, RdU 2001, 43 (47).

78 EuGH Rs. 120/78, *REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein/Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649.

79 Hinsichtlich der Verwaltung des Ökofonds des § 61a wird darüber hinaus auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Ausgestaltung zu achten sein.

80 S. Fn. 68.

81 Die durch die Landeshauptleute in unterschiedlichen Höhen festgesetzten Einspeisevergütungen bewegen sich größtenteils über dem in Rn. 63 des Gemeinschaftsrahmen festgesetzten Höchstsatzes von 5 Euro-Cent je kWh.

82 S. Fn. 68.

83 Nicht verhehlt werden darf, dass sich der Gerichtshof mit dieser Entscheidung kein Ruhmesblatt an die Brust geheftet hat. Die Feststellung, dass »diese Politik [jene des Umweltschutzes, Anm. d. Verf.] zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen [bezweckt]«, ist mit der Judikatur bezüglich der zwingenden Erfordernisse als richterrechtliche Ausnahmetatbestände der Warenverkehrsfreiheit m.A. nicht vereinbar. Vgl. die ebenso kritische und eingehendere Entscheidungsbesprechung von *Ruge*, EuZW 2001, 242 (248).

84 Der Zusammenschluss zu einer Bilanzgruppe ist daher netzübergreifend, nicht aber regelzonenübergreifend möglich.

85 *Schanda*, Voll liberalisierung des Elektrizitätsmarktes ab 1. 10. 2001, wbl 2001, 60 (62).

86 Damit ist offensichtlich jener Betrag gemeint, den die Regelzonenführer an die Anbieter von Ausgleichsenergie zu entrichten haben.

87 Da nur die Preise für Ausgleichsenergie im Verfahren nach § 9 Abs. 3 Z 3 i.V.m. § 10 BG Ausgleichsenergieorganisation zu bestimmen sind, sind die an die Regelzonenführer zu entrichtenden Entgelte wohl unter Einrechnung eines angemessenen Gewinnzuschlags zu kalkulieren.

88 Betroffen ist von dieser Preisbestimmung lediglich die Regelzone des Übertragungsnetzes der Verbundtochter Austrian Power Grid GmbH sowie jene der TIWAG, während sich die Preise für Ausgleichsenergie in der dritten Regelzone, jener der VKW, gem. § 10 Abs. 4 BG Ausgleichsenergieorganisation nach jenen des Regelblocks der EnBW AG richten.

5. Unbundling

In Umsetzung der Vorgaben der Art. 13 ff. EBRL normiert § 8 eine rechnungslegungsmäßige Trennung der vertikal integrierten EVU.⁸⁹ § 22 Abs. 1 bestimmt darüber hinaus, dass die Übertragungsnetze des Verbundes, der TIWAG und der Vorarlberger Kraftwerke AG wohl i.S. einer eigentumsrechtlichen Entflechtung⁹⁰ auf einen unabhängigen Netzbetreiber zu übertragen sind.⁹¹ Nicht nur aus sekundärrechtlichen Erwägungen sowie auf Grund regulatorischer Gedanken ist eine getrennte Buchführung zu begrüßen, sondern ist insbes. anzumerken, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht durch die in § 8 Abs. 1 festgelegte Veröffentlichungspflicht für Jahresabschlüsse⁹² erleichtert wird. *Schanda*⁹³ ist zu folgen, wenn er anführt, dass auf Grund dieser Trennung der Netzbetreiber auch insofern ein erhöhtes Interesse an Durchleitungen hat, als diese zu einer Erhöhung seiner Erlöse führen. Auch erleichtert die Transparenz die Vermeidung von Quersubventionierungen des im Wettbewerb stehenden Stromhandelsbereichs mit Erlösen aus dem vorbehaltenen Netzbetrieb.⁹⁴

IV. Zusammenfassung

Die völlige Öffnung des Marktes ist als mutiger Schritt zu begrüßen. Das Arbeitspapier der Europäischen Kommission über die Vollendung des Energiebinnenmarkts⁹⁵ belegt, dass sich Österreich in guter Gesellschaft befindet. Der bereits erfolgte Preisverfall vor allem hinsichtlich der industriellen Abnehmer ist darüber hinaus ein gerade in Zeiten der wirtschaftlichen Unsicherheit wichtiger Impulsgeber. Zu kritisieren ist demgegenüber die unausgegrenzte gesetzgeberische Qualität des ELG, Liebe zum legislatischen Detail wird man vergeblich suchen. Dies ist nicht zuletzt auf die kurze Elaborationsdauer zurückzuführen. Aus gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht sind nationalstaatlich legitime umweltpolitische Zielsetzungen m.A. ungenügend abgesichert. Die Zuständigkeitsbestimmungen müssen überarbeitet werden, und es stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer derart

komplexen Ausgestaltung der Ausgleichsenergieorganisation. Nicht vergessen werden darf auch, dass gerade das Elektrizitätsrecht die Sinnhaftigkeit einer föderalistischen Kompetenzverteilung in Frage stellt, da hier die nicht fristgerechte Umsetzung von Gemeinschaftsrecht durch den Bundesgesetzgeber und neun Landesgesetzgeber auf Grund mannigfaltiger politischer Kontroversen systemimmanent ist. Schließlich wird abzuwarten sein, ob die von den Ländern zu erlassenden Ausführungsgesetze den Vorgaben nicht nur des ELG, sondern auch des Gemeinschaftsrechts entsprechen.

89 Die buchhalterische Trennung betrifft gem. § 8 Abs. 3 die Erzeugungs- und Stromhandelstätigkeiten, die Übertragungstätigkeiten sowie die Verteilungstätigkeiten.

90 Es stellt sich nämlich – mit *Schanda*, *Energierrecht* (2000), S. 74 – die Frage, worin die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetreibers sonst bestehen sollte.

91 Diese eigentumsmäßige Entflechtung schützt allerdings jene soeben ihrer Übertragungsnetze »beraubten« Netzbetreiber nicht vor der Verpflichtung des § 16 Abs. 1, wonach sie Transitleistungen i.S.d. Transitrichtlinie ABl. 1990, L 131, S. 30 i.d.F. ABl. 1998 L 276, S. 9 durchführen müssen. Das wird ihnen in Ermangelung des dafür notwendigen Netzes schwerfallen. Diese legislative Unzulänglichkeit sollte bei der nächsten Überarbeitung des EIWOG eliminiert werden.

92 Eine Pflicht zur Veröffentlichung besteht für alle EVU mit einer Stromabgabemenge von über 9 GWh/a.

93 *Schanda*, *Volliberalisierung des Elektrizitätsmarktes* ab 1. 10. 2001, wbl 2001, 60 (62).

94 Die hoheitliche Festsetzung der Netznutzungsentgelte hindert die Anwendung gemeinschaftskartellrechtlicher Marktmissbrauchskategorien nicht; falls sich die für die Netznutzung zu entrichtenden Vergütungssätze als überhöht und einen Behinderungswettbewerb auslösend darstellen sollten, ist jedenfalls vom Vorliegen einer gegen Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 10 i.V.m. Art. 82 EGV verstoßenden staatlichen (Umgehungs-) Maßnahme auszugehen; vgl. EuGH Rs. 6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, S. 215 Rn. 24 sowie EuGH verb Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/74, *Suiker Unie*, Slg. 1975, S. 1663 Rn. 65, 66 u. 71, 72.

95 S. Fn. 5.