

RECHT DER UMWELT

HERAUSGEBER:

Univ.Prof. Dr. Ferdinand Kerschner

Univ.Prof. Dr. Bernhard Raschauer

SCHRIFTFLEITER:

Univ.Prof. Dr. Ferdinand Kerschner

MITWIRKENDE:

RA Dr. Wolfgang Berger

Univ.Prof. Dr. Benjamin Davy

Hon.Prof. Dr. Alfred Duschanek

o.Univ.Prof. Dr. Bernd-Christian Funk

o.Univ.Prof. Dr. Monika Hinteregger

Dr. Robert Hink

Mag. Werner Hochreiter

VizePräs. des OGH i. R. Dr. Kurt Hofmann

o.Univ.Prof. Dr. Peter Jabornegg

Sekt.Leiter MinRat Dr. Wilhelm Koprivnikar

ao. Univ.Prof. Dr. Gerhard Loibl

Dr. Cornelia Mittendorfer

Ing. Dr. Heinz Moosbauer

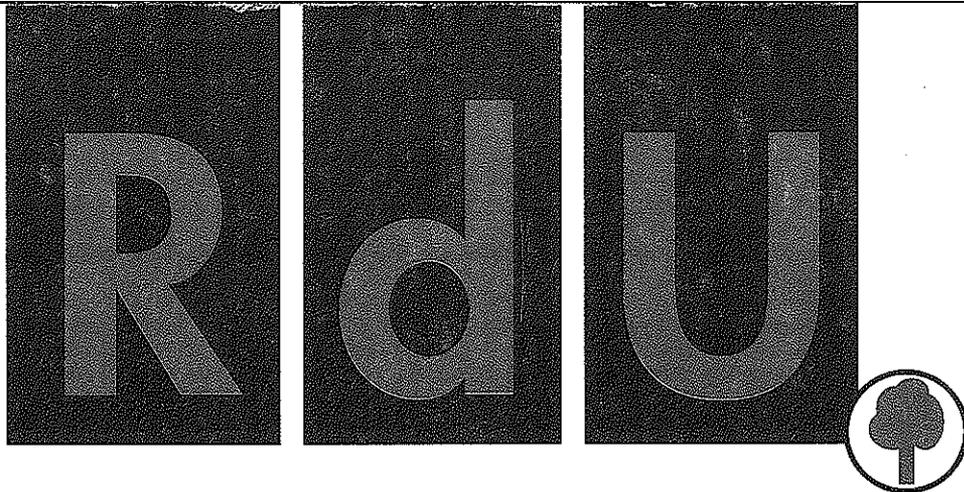
MinRat Dr. Franz Oberleitner

o.Univ.Prof. Dr. Peter Pernthaler

OSTA Dr. Johannes Stabenheiner

Sekt.Chef Dr. Fritz Unterperfinger

Univ.Prof. Dr. Herbert Wegscheider



AUS DEM INHALT

- **Öko-Energie nach EIWOG 2000**
- **Verwaltungsreform und Umweltschutz (Editorial)**
- **Abwehrklage bei grenzüberschreitenden Immissionen**
- **EuGH: Brennermaut gemeinschaftsrechtswidrig
Strengeres Schutzregime für „faktische“
Vogelschutzgebiete
Umsetzung der Nitrat-Richtlinie**
- **VfGH: § 70 a Wiener Bauordnung
(vereinfachtes Bewilligungsverfahren)
verfassungswidrig**
- **VwGH: Altlastensanierung
Deponiebewilligung
Parteistellung nach MinroG**
- **OGH: Im Nachbarrecht Zurechnung störenden
Gästeverhaltens
Keine übermäßige Beeinträchtigung eines
Wohnungseigentümers durch Mobilfunk-
Sendeanlage
Auslegung einer Altlastenklausel**

Harald Pichler / Stefan Lausegger, Graz

Nationale Umweltschutzmaßnahmen im liberalisierten europäischen Strommarkt – Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte im EIWOG

Abstract: Das EIWOG¹⁾ enthält eine Reihe von Regelungen, welche (direkt oder indirekt) die Förderung von erneuerbaren Energien zum Ziel haben. Diese wurden durch die Novelle 2000²⁾ abgeändert. Mit dem vorliegenden Beitrag soll die nationale Rechtslage dargestellt und auf ihre Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben untersucht werden.

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Fördermaßnahmen im EIWOG
 - A. Genehmigungsrechtliche Privilegierung
 - B. Absatzförderung
 - 1. Ökoenergie
 - 2. Kleinwasserkraftzertifikate
 - C. Subvention von Ökoanlagen
 - D. Vorrang bei der Leitungsanspruchnahme
 - E. Stromimporte aus Drittstaaten
- III. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen
 - A. Warenverkehrsfreiheit
 - 1. Kleinwasserkraftzertifikate
 - 2. Ökoenergie
 - B. Beihilfenrecht
 - 1. Kleinwasserkraftzertifikate
 - 2. Ökoenergie
 - 3. Gemeinschaftsrahmen
 - 4. Notifizierungspflicht?
 - C. Richtlinienvorschlag der Kommission
- IV. Ergebnisse

I. Einleitung

Mit der EBRL³⁾ einigten sich die Mitgliedstaaten der EU nach langem Ringen 1996 auf eine gemeinschaftsrechtliche Grundlage⁴⁾ zur Vollendung eines Elektrizitätsbin-

nenmarktes. Bereits darin wurden Aspekte des Umweltschutzes mit berücksichtigt. Der Entwurf für eine RL zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen⁵⁾ stellt einen weitergehenden Schritt dar und soll letztendlich zu einer Harmonisierung der Fördermaßnahmen in den Mitgliedstaaten führen.

II. Fördermaßnahmen im EIWOG

Neben der Bereitstellung von kostengünstiger Elektrizität für die österr Bevölkerung und der Schaffung eines wettbewerbsorientierten Strommarktes gemäß den europarechtlichen Vorgaben zählt auch die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energie⁶⁾ in der österr Elektrizitätswirtschaft zu den maßgeblichen Zielsetzungen⁷⁾ des EIWOG. Diese Absicht wird durch verschiedene Maßnahmen gesetzlich konkretisiert, welche im Folgenden dargestellt werden.

A. Genehmigungsrechtliche Privilegierung

Gem § 12 Abs 2 EIWOG in der Stammfassung⁸⁾ können die Ausführungsgesetze vorsehen, dass Stromerzeugungsanlagen, die elektrische Energie aus erneuerbaren Energien oder Abfällen erzeugen oder die nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung arbeiten, bis zu einer bestimmten Leistung lediglich einem verkürzten Verfahren oder einer Anzeigepflicht zu unterziehen sind.⁹⁾ Von dieser Ermächtigung haben die Länder auch Gebrauch gemacht,¹⁰⁾ wobei

diese Bestimmung nur insoweit möglich ist, als das Sekundärrecht keinen ausreichenden Ausgleich für die Auferlegung gemeinschaftlicher Verpflichtungen bietet (vgl *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht [2000] 27).

⁵⁾ Geänderter Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2000) 884 endg v 28. 12. 2000.

⁶⁾ Unter dem Begriff „erneuerbare Energien“ werden gem § 7 Z 11 Wasserkraft, Biomasse, Biogas, geothermische Energie, Wind und Sonne, soweit sie für die Erzeugung elektrischer Energie Verwendung finden, verstanden; Müll und Klärschlamm fallen jedoch nicht darunter.

⁷⁾ Siehe dazu § 3 Z 1–3.

⁸⁾ Diese Bestimmung hat durch die Novelle keine Änderung erfahren.

⁹⁾ Eine Unterscheidung bei den Genehmigungskriterien kann sich wohl nur auf Elektrizitätswirtschaftliche Aspekte beschränken. Nicht davon umfasst sein können jedoch umweltrechtliche Kriterien, da es hierbei nicht auf die Energieform, sondern lediglich auf die Umweltauswirkungen ankommen kann; s *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht² (in Vorbereitung) Anm zu § 12.

¹⁰⁾ Siehe bspw § 7 Stmk EIWOG, § 11 OÖ EIWOG oder § 8 Vbg EIWOG.

¹⁾ Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz, BGBl I 143/1998.

²⁾ BGBl I 121/2000; Gesetzesangaben ohne nähere Angaben beziehen sich auf das EIWOG idF der Novelle.

³⁾ RL 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, AB 1997 L 27/20.

⁴⁾ Anzumerken ist sogleich, dass die Elektrizitätswirtschaft aufgrund des Fehlens einer etwa der Landwirtschaft vergleichbaren Ausnahmeregelung im EGV schon seit jeher dem Gemeinschaftsrecht unterlag. Nichtsdestoweniger bewirkt die EBRL, indem sie ja einen neuen Ordnungsrahmen für diesen Wirtschaftszweig normiert (zur diesbezüglichen – kompetenzrechtlichen – Kritik vgl insb *Pauger*, Die Neuordnung der Elektrizitätswirtschaft in Österreich – Auf dem Weg von der Stromversorgung zum Strommarkt, ÖZV 1998, 97 [103]), den Wegfall der Berufungsmöglichkeit auf gemeinschaftsrechtliche Ausnahmetatbestände; zu nennen ist hier insb die Verhinderung der Erfüllung einer Dienstleistung iSd Art 86 Abs 2 EGV. Dies bedeutet, dass ein direkter Rückgriff auf

jedoch in einigen Fällen als Voraussetzung für das vereinfachte Verfahren bzw die Beschränkung auf eine Anzeigepflicht lediglich auf die Leistung der Anlage ungeachtet dessen abgestellt wurde, ob es sich dabei um eine Ökoanlage handelt.¹¹⁾ Die Grenzwerte für die Einschränkungen differieren länderspezifisch, so dass sich in dieser Hinsicht ein recht buntes Bild bietet.¹²⁾

Erwähnt werden soll in diesem Zusammenhang auch eine Bestimmung im Recht der elektrischen Leitungsanlagen.¹³⁾ Danach sind Leitungsanlagen, die ausschließlich der Ableitung von Elektrizität aus erneuerbaren Energieträgern¹⁴⁾ dienen, von der Bewilligungspflicht nach dem Starkstromwegerecht ausgenommen. Diese Regelung wurde als erforderlich angesehen, um eine Erleichterung zur Versorgung mit Ökostrom zu erreichen.¹⁵⁾

Zweck einer starkstromwegerechtlichen Bewilligung kann aber wohl nur die Gefahrenabwehr und der koordinierte Ausbau von Leitungen sein. Von dieser Absicht betroffen sind aber selbstverständlich auch Anlagen, die ausschließlich Ökostrom transportieren. Sollte der Gesetzgeber allerdings der Ansicht sein, dass diesen Funktionen bereits in anderen Genehmigungsregimes (Bau-, Naturschutz- und Elektrotechnikrecht) ausreichend Rechnung getragen wird, so wäre eine starkstromwegerechtliche Genehmigung insgesamt überflüssig. Die genannte Ausnahme verstößt somit gegen den Gleichheitsgrundsatz und ist verfassungswidrig.¹⁶⁾

B. Absatzförderung

Die Absatzförderung für Strom aus erneuerbaren Energien geschieht im Wesentlichen durch zwei Maßnahmen.¹⁷⁾ Für elektrische Energie aus Ökostromanlagen ist eine Abnahmeverpflichtung für Betreiber von Verteilernetzen vorgesehen und durch ein Zertifikatssystem und eine Nachweispflicht wird versucht, den Absatz von Strom aus Kleinwasserkraftwerken wettbewerbsorientiert zu etablieren.

1. Ökoenergie

Unter Ökoenergie ist elektrische Energie zu verstehen, die aus Anlagen stammt, welche auf Basis der erneuer-

baren Energieträger feste oder flüssige Biomasse, Biogas, Deponie- und Klärgas, geothermische Energie, Wind- und Sonnenenergie betrieben werden. Derartige Anlagen sind von der jeweiligen LReg als Ökoanlagen anzuerkennen (§ 40 Abs 1).¹⁸⁾ Verteilernetzbetreiber sind in den Ausführungsgesetzen zu verpflichten, die ihnen angebotene elektrische Energie aus den an ihrem Netz angeschlossenen Öko-Stromanlagen abzunehmen.¹⁹⁾ Die Mindestabnahmemenge von elektrischer Energie aus Ökoanlagen wird stufenweise²⁰⁾ angehoben und soll ab Oktober 2007 mindestens 4% der Stromabgabe an die an das Netz des Verteilernetzbetreibers angeschlossenen Endverbraucher betragen (§ 32 Abs 1).²¹⁾ An die Mindestabnahmeverpflichtung sind zwei Rechtsfolgen geknüpft. Einerseits ist bei Nichterreich der vorgegebenen Quote die Entrichtung einer Abschlagzahlung vorgesehen²²⁾ und andererseits kann für den Fall, dass mehr Ökostrom abgenommen wird, dieser an andere Verteilernetzbetreiber verkauft werden, die sich diesen Anteil auf ihre Mindestabnahmemenge anrechnen lassen können (§ 32 Abs 3).²³⁾

Für elektrische Energie aus anerkannten Ökoanlagen haben die Landeshauptleute Mindestpreise zu bestimmen, welche sich an den durchschnittlichen Kosten für die Erzeugung von elektrischer Energie aus diesen Anlagen zu orientieren haben. Dabei sind die Wertigkeit der eingespeisten elektrischen Energie sowie laufende und erhaltene Förderungen zu berücksichtigen.²⁴⁾ Der durch die Abnah-

¹⁸⁾ Ebenfalls als Ökoanlagen anzuerkennen sind Mischfeuerungsanlagen und Abfallverbrennungsanlagen mit hohem biogenem Anteil. Ausdrücklich ausgenommen davon sind sonstige Anlagen, die auf Basis von Müll oder Klärschlamm betrieben werden. Was als „hoher biogener Anteil“ zu gelten hat, liegt im Ermessen der Ausführungsgesetzgeber. Der Wortlaut von § 40 Abs 1 S 2 lässt den Schluss zu, dass Mischfeuerungs- und Abfallverbrennungsanlagen zur Gänze und nicht nur im Verhältnis des verstromten biogenen Anteils als Ökoanlage zu gelten haben (idS *Schmelz/Tremmel*, Willkommen im freien Markt? *e-colo* 2000, 551 [FN 51]). Allerdings besteht auch hier für den Ausführungsgesetzgeber ein gewisser Spielraum. Sollten sich jedoch die Länder in den beiden angeführten Fällen für unterschiedliche Regelungen entscheiden, scheinen Anwendungsprobleme der Abnahmeverpflichtung vorprogrammiert.

¹⁹⁾ In § 32 Abs 4 werden die Ausführungsgesetzgeber ermächtigt, Betreiber von Verteilernetzen, an deren Netz Kraftwärmekopplungsanlagen angeschlossen sind, zu verpflichten, die ihnen aus diesen Anlagen angebotene KWK-Energie ebenfalls abzunehmen. Diese Verpflichtung ist mit längstens 31. 12. 2004 zu befristen.
²⁰⁾ Beginnend mit 1. 10. 2001 (Mindestabnahmemenge 1%) wird dieser Wert bis 2007 alle 2 Jahre um einen weiteren Prozentpunkt gesteigert.

²¹⁾ Die Netzbetreiber sind dann berechtigt, die solcherart erworbenen Strommengen weiterzuveräußern (§ 32 Abs 2). Sofern sie diese nicht für den Netzbetrieb benötigen, wird ihnen wohl nichts anderes übrig bleiben. Vgl dazu auch *Pauger*, Die wesentlichen Änderungen des Elektrizitätswirtschaftsrechts, in: *Pauger* (Hrsg.), Ein Jahr ElWOG (2001) 141 (149). Problematisch erscheint es jedenfalls, die Abnahmeverpflichtung den Netzbetreibern aufzuerlegen. Dies vor allem iZm dem System des „unbundling“: Ein Netzbetreiber sollte nach dieser Konzeption grundsätzlich nur mehr für die Aufrechterhaltung des Systems und die diskriminierungsfreie Bereitstellung der Netzanlagen zuständig sein. Die Verpflichtung zum Kauf von Strom geht vom althergebrachten Bild eines integrierten Versorgungsunternehmens aus und steht dazu im Widerspruch. Für *Raschauer*, Liberalisierung, 19, ist diese Regelung daher mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nicht (zu vereinbaren).

²²⁾ Siehe unten II.C.

²³⁾ Vgl näher *Pauger/Pichler*, Das österreichische Elektrizitätsrecht² (in Vorbereitung) Anm zu § 32.

²⁴⁾ § 34 Abs 1.

¹¹⁾ So zB § 33 Abs 2 Sbg LEG oder § 9 K-ElWG.

¹²⁾ Vgl dazu *Schanda*, Energierecht (2000) 54; *Raschauer*, Die Liberalisierung – rechtliche Gesamtbilanz, in: *Pauger* (Hrsg.), Ein Jahr ElWOG (2001) 3 (11).

¹³⁾ Die Bestimmungen des Starkstromwegerechts sind aufgrund der kompetenzrechtlichen Situation zweigeteilt. Die nachfolgende Regelung findet sich sowohl im § 3 Abs 2 des BG v 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, BGBl 70/1968 idF BGBl I 144/1998, als auch im § 3 Abs 2 des (Grundsatz-)BG v 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, BGBl 71/1968 idF BGBl I 144/1998.

¹⁴⁾ Die Bestimmungen verweisen auf § 31 Abs 3 ElWOG idStF, somit ist Strom aus Wasserkraft nicht davon umfasst.

¹⁵⁾ AB 1306 BlgNR 20. GP 2.

¹⁶⁾ IdS ausführlich *Raschauer*, Liberalisierung, 11.

¹⁷⁾ Nicht näher eingegangen wird auf die durch § 45 Abs 3 vorgegebene Verpflichtung von Lieferanten, auf der Stromrechnung des Endverbrauchers den Anteil an verschiedenen Primärenergieträgern, auf Basis derer die von ihnen gelieferte elektrische Energie erzeugt wurde, auszuweisen. Sie soll offenbar indirekt der Förderung von umweltfreundlicher Energie dienen. Der Gesetzgeber erwartet sich durch diese Maßnahme eine bessere Information des Konsumenten, der mit seinem Kaufverhalten langfristig Einfluss auf die künftige Aufbringungssituation nehmen soll; s RV zu 66 BlgNR 21. GP, EB zu Art 7 § 45.

meverpflichtung entstehende Mehraufwand zwischen den Mindestpreisen und den Erlösen²⁵⁾ ist den Verteilernetzbetreibern zu ersetzen.²⁶⁾ Die Mittel dafür kommen aus einem Zuschlag zum Systemnutzungstarif (und damit von den Systemnutzern²⁷⁾), dessen Höhe ebenfalls der jeweilige Landeshauptmann durch Verordnung festzusetzen hat.²⁸⁾ Die Ökostrombetreiber sind in den Ausführungsgesetzen zu verpflichten, über die aus Ökoanlagen abgegebenen Energiemengen Bescheinigungen auszustellen. Erfolgt die Abnahme dieser Energiemengen nicht durch den Netzbetreiber, an dessen Netz die Ökostromanlage angeschlossen ist, ist für die Gültigkeit dieser Bescheinigung auch eine Bestätigung dieses Netzbetreibers erforderlich (§ 40 Abs 2). Diese Bescheinigungen dienen der Elektrizitäts-Control GmbH als Grundlage, um im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht festzustellen, in welchem Ausmaß die einzelnen Netzbetreiber Ökoenergie abnehmen.²⁹⁾ Erreicht ein Netzbetreiber den in § 32 bestimmten Prozentsatz nicht, so hat die Elektrizitäts-Control GmbH die für diesen Netzbetreiber zuständige LReg davon in Kenntnis zu setzen und Firma und Firmensitz dieses Verteilernetzbetreibers zu veröffentlichen (§ 33). Damit werden jene Unternehmen publik gemacht, welchen noch Ökostrom iSv § 32 Abs 3 angeboten werden kann.³⁰⁾

2. Kleinwasserkraftzertifikate

Zur Förderung des Stroms aus Kleinwasserkraftwerksanlagen (ds Anlagen, die mit einer Engpassleistung bis 10 MW betrieben werden)³¹⁾ ist ein Zertifikatshandelsmodell vorgesehen. Diese Kleinwasserkraftwerke sind durch die jeweilige LReg als solche zu „benennen“ (§ 41 Abs 1). Mit dieser Benennung verbunden ist die Berechtigung zur Ausgabe von so genannten Kleinwasserkraftzertifikaten, wobei die Anzahl der Zertifikate der aus der Anlage abgegebenen Energiemenge zu entsprechen hat (§ 41 Abs 1 und 2). Die Zertifikate haben sich auf 100 kWh oder ein Vielfaches davon zu beziehen und sind von dem Betreiber des

²⁵⁾ Beim Verkauf der elektrischen Energie hat der Netzbetreiber die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden.

²⁶⁾ Ebenfalls zu ersetzen sind Aufwendungen für eine eventuell zu entrichtende Ausgleichsabgabe gem § 61 a (s u II.C). Die Aufwendungen iZm Ökostrom sind für den Verteilernetzbetreiber also in jedem Fall aufwandsneutral.

²⁷⁾ Nicht vorgegeben ist, welchem Bestandteil des Systemnutzungstarifs dieses Entgelt zugeschlagen wird. Damit ist auch offen, ob dafür lediglich Endverbraucher oder auch Erzeuger zur Kasse gebeten werden; vgl *Schanda*, Energierecht 92.

²⁸⁾ § 34 Abs 3. Die Festsetzung des Zuschlages hat jährlich unter Berücksichtigung des Mehraufwandes des Vorjahres zu erfolgen.

²⁹⁾ Die Elektrizitäts-Control GmbH hat mittels V noch weitere Bestimmungen über die Nachweispflicht festzulegen (§ 11 BG über die Aufgaben der Regulierungsbehörden im Elektrizitätsbereich und die Errichtung der Elektrizitäts-Control GmbH und der Elektrizitäts-Control Kommission, BGBl I 121/2000).

³⁰⁾ Da die Aufwendungen für die Ausgleichsabgabe, welche für den Fall der Nichterreichung der Mindestabnahmemenge in den Ökofonds zu entrichten ist, den Netzbetreibern über einen Zuschlag zum Systemnutzungstarif zurückerstattet werden, sieht *Schanda* (Energierecht 90) in der Veröffentlichung („der öffentliche Pranger“) die einzige Sanktion für das Unterschreiten der Quote. In den Ausführungsgesetzen sollten daher zumindest für den Fall, dass sich ein Netzbetreiber weigert, ihm angebotenen Ökostrom abzunehmen, ihn direkt treffende Rechtsfolgen (zB Verwaltungsstrafe) vorgesehen werden.

³¹⁾ Trotz des Wortlautes „betrieben werden“ wird sich die Leistung wohl auf die tatsächliche Kapazität der Anlage beziehen, wie sie beispielsweise im anlagenrechtlichen Genehmigungsbescheid vorgesehen ist.

Netzes, in das von der Anlage eingespeist wird, zu beglaubigen (§ 41 Abs 3).³²⁾ Für eine missbräuchliche Begebung von Zertifikaten haben die Ausführungsgesetze den Widerruf der Benennung als Kleinwasserkraftwerk und die Untersagung der Ausgabe von Kleinwasserkraftzertifikaten zwingend vorzusehen (§ 41 Abs 5).³³⁾

Stromhändler mit *Sitz im Inland* haben durch Vorlage dieser Zertifikate den Nachweis³⁴⁾ zu erbringen, dass 8% ihrer Abgabe von elektrischer Energie an Endverbraucher³⁵⁾ aus *inländischen* Kleinwasserkraftwerken stammen (§ 45 Abs 2). Endverbraucher, die Elektrizität unmittelbar von Stromhändlern beziehen, die diesen Nachweis nicht erbringen,³⁶⁾ haben mittels Zertifikaten selbst nachzuweisen, dass 8% ihres Strombezuges aus inländischen Kleinwasserkraftwerksanlagen stammen (§ 43 Abs 3).

Erbringen Stromhändler bzw Endverbraucher den geforderten Nachweis nicht, so haben sie eine Ausgleichsabgabe in den Ökofonds zu entrichten.³⁷⁾

C. Subvention von Ökoanlagen

Gem § 61a haben die Länder Ökofonds einzurichten. Diese Fonds werden von den Einnahmen aus den Ausgleichsabgaben gespeist, die Netzbetreiber, inländische Stromhändler und Endverbraucher zu entrichten haben, falls sie den in den §§ 32, 43 Abs 3 und § 45 Abs 2 vorgesehenen Anteil an Ökoenergie und elektrischer Energie aus der Produktion von Kleinwasserkraftwerken nicht nachweisen. Die Ausgleichsabgabe hat sich für Minderbezüge aus Ökoanlagen an der Differenz zwischen dem Marktpreis und den sich aus den durchschnittlichen Produktionskosten für Ökoenergie, hinsichtlich des Minderbezuges an elektrischer Energie aus Kleinwasserkraftwerken an der Differenz zwischen den durchschnittlichen Produktionskosten von Kleinwasserkraftwerken und dem Marktpreis, zu orientieren.

Die Mittel des Fonds sind zweckgebunden für die Förderung von Ökoanlagen³⁸⁾ zu verwenden. Den Ausführungsgesetzen obliegt es, nähere Regelungen über die Bestim-

³²⁾ Über die Beglaubigung der Kleinwasserkraftwerksanlagen-zertifikate hat der Netzbetreiber außerdem ein Verzeichnis zu führen.

³³⁾ Gem § 41 Abs 5 letzter Satz haben die Ausführungsgesetze für den Fall, dass ein Betreiber einer Kleinwasserkraftwerksanlage seinen Verpflichtungen gem Abs 1 nicht nachkommt, jedenfalls die Herausgabe der Mehrerlöse vorzusehen, die durch die Begebung der Zertifikate erzielt wurden, für die kein Nachweis erbracht werden kann. Da § 41 Abs 1 jedoch keine Verpflichtung für Kraftwerksbetreiber vorsieht, ist dieser Verweis wohl gegenstandslos. Nach *Schanda*, Energierecht 99, ist damit wohl der Fall gemeint, dass Kleinwasserkraftwerksbetreiber Zertifikate begeben, für die kein Nachweis der Elektrizitätsproduktion erbracht werden kann.

³⁴⁾ Auch beim Strom aus Kleinwasserkraftwerken hat die Elektrizitäts-Control GmbH durch V nähere Bestimmungen über die Nachweispflicht festzulegen. Ihr obliegt auch die Aufsicht über die Einhaltung der Bestimmungen hinsichtlich des Bezugs von Kleinwasserstrom (§ 11 BG Regulierungsbehörden).

³⁵⁾ Da keine Einschränkungen vorgesehen sind, bemisst sich der Anteil an der gesamten Abgabemenge des Stromhändlers an in- und ausländische Endverbraucher.

³⁶⁾ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Endverbraucher Strom von einem Händler mit Sitz im Ausland bezieht.

³⁷⁾ Siehe II.C.

³⁸⁾ Nach dem klaren Wortlaut von § 61 a S 4 ist eine Förderung von Kleinwasserkraftwerksanlagen (zumindest) in der Grundsatzbestimmung nicht vorgesehen. AA offenbar *Schmelz/Tremmel*, ecolex 2000, 553.

mung des Marktpreises,³⁹⁾ die Einhebung der Mittel und die Verwaltung des Fonds zu erlassen.

D. Vorrang bei der Leitungsinanspruchnahme

Bei der Inanspruchnahme des Leitungsnetzes kann dem Netzzugangsberechtigten der Netzzugang aus bestimmten Gründen verweigert werden. Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist dabei die Bestimmung des § 20 Abs 1 Z 4. Danach kann ein Netzbetreiber ein Netzzugangsberechtigten ablehnen, „wenn ansonsten Elektrizität aus fernwärmeorientierten, umwelt- und ressourcenschonenden sowie technisch-wirtschaftlich sinnvollen Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen oder aus Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien trotz Eingehens auf die aktuellen Marktpreise verdrängt würde, wobei Möglichkeiten zum Verkauf dieser elektrischen Energie an Dritte zu nutzen sind“. Eine Bevorzugung von alternativ erzeugtem Strom ist demnach nur dann möglich, wenn er trotz des Anbietens zu Marktpreisen nicht abgesetzt werden kann. Die Bestimmung wirft zahlreiche Anwendungsprobleme auf.⁴⁰⁾ Sie ist eine Kann-Bestimmung und einem Netzbetreiber sollte bei konsequentem Unbundling die Wahl der Erzeugungsanlagen gleichgültig sein.⁴¹⁾ Für einen Netzbetreiber dürfte es nicht einfach sein, die wirtschaftlichen Verhältnisse von alternativen Erzeugungsanlagen zu kennen und auch die Ermittlung des „aktuellen Marktpreises“⁴²⁾ ist mit zahlreichen Schwierigkeiten verbunden.

Für den Fall nicht ausreichender Leitungskapazitäten gibt es eine Privilegierung von Transporten zur Belieferung von Kunden aus Wasserkraft (§ 19 Z 2). Dieser Regelung dürfte jedoch wegen der insgesamt mit § 19⁴³⁾ verbundenen Auslegungsschwierigkeiten und ihrer mangelnden Bestimmtheit⁴⁴⁾ – ebenso wie § 20 Abs 1 Z 4 – nur sehr begrenzte Bedeutung zukommen.⁴⁵⁾

E. Stromimporte aus Drittstaaten

Stromlieferungen, die den Bezug von elektrischer Energie zur inländischen Bedarfsdeckung⁴⁶⁾ aus Drittstaaten zum Gegenstand haben, die zur Deckung ihres Bedarfes elektrische Energie auch in Anlagen erzeugen, die nicht dem Stand der Technik entsprechen oder von denen bestimmte Gefahren ausgehen oder die nicht den Nachweis der ordnungsgemäßen Entsorgung der bei der Erzeugung elektrischer Energie anfallenden Abfälle erbringen und kein Konzept für künftig aus der Erzeugung anfallende Abfälle erstellen, sind unzulässig (§ 13 Abs 1).

³⁹⁾ Unterschiedliche Berechnungsmethoden zur Bestimmung des Marktpreises können speziell im Fall des Zertifikats Handels zu Marktverzerrungen führen. Um dies auszuschließen, wird auch hier eine unter den Ländern abgestimmte Vorgangsweise notwendig sein.

⁴⁰⁾ Ausführlich dazu Potacs, Netzzugang und Netzzugangsverweigerung, in: Pauger (Hrsg), Ein Jahr EIWOG (2001) 101 (113).

⁴¹⁾ Vgl Pauger/Pichler, Elektrizitätsrecht 66. Sollte der Gesetzgeber tatsächlich eine Bevorzugung umweltschonend erzeugter Elektrizität wünschen, so müsste er die Netzbetreiber zur Zugangsverweigerung verpflichten.

⁴²⁾ Siehe dazu Thurnher, EIWOG (1999) 159.

⁴³⁾ Eingehend dazu Potacs, Netzzugang, 109.

⁴⁴⁾ Siehe dazu die zutreffende Kritik bei Winkler, Das Elektrizitätsrecht (2000) 175.

⁴⁵⁾ Vgl Pauger/Pichler, Elektrizitätsrecht 65.

⁴⁶⁾ Transitlieferungen sind davon also nicht betroffen.

Die Bestimmung bezieht sich also nicht auf die einzelne Stromlieferung, sondern auf die komplette Situation des Drittstaates, aus der die Lieferung kommt. Sie ist zwar nicht auf Atomstromlieferungen beschränkt, stellt jedoch wie die entsprechende Bestimmung in der Stamfassung des EIWOG auf eine Verhinderung der Einfuhr von Atomstrom ab.⁴⁷⁾

Ob dies mit dieser Bestimmung gelingen kann, ist fraglich. Zunächst ist es zweifelhaft, ob es sachlich gerechtfertigt werden kann, Stromlieferungen von Lieferanten zu verbieten, die zB ausschließlich Strom aus Wasserkraft abgeben.⁴⁸⁾ Und schließlich kann das Importverbot leicht durch eine „Umleitung“ der Lieferung über ein EU-Mitgliedsland umgangen werden.⁴⁹⁾

III. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

Die Abnahmeverpflichtung von Ökostrom und der Kleinwasserkraftzertifikatshandel stellen die zentralen Maßnahmen im EIWOG dar.⁵⁰⁾ Diese sollen auf ihr Verhältnis zur Warenverkehrsfreiheit,⁵¹⁾ dem Beihilfenregime sowie den neuesten sekundärrechtlichen Legislativvorhaben der Gemeinschaft untersucht werden.

A. Warenverkehrsfreiheit

Die Warenverkehrsfreiheit der Artt 23 bis 30 EGV ist das Kernstück des Gemeinsamen Marktes, ihre Regelungen richten sich – anders als das Wettbewerbsrecht⁵²⁾ – gegen die Mitgliedstaaten. Ihr zufolge ist „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen“⁵³⁾ die nicht zulässig ist.

1. Kleinwasserkraftzertifikate

Die Regelung wird va im Hinblick auf Art 28ff EGV massive Bedenken auf. Dass es sich bei ihr um eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art 28 EGV handelt, kann angesichts des klaren Wortlautes nicht bezweifelt werden. Sie

⁴⁷⁾ RV BlgNR 21. GP, Art 7 EB zu § 13. Zur ursprünglichen Regelung vgl Thurnher, EIWOG 137; Pauger/Pichler, Elektrizitätsrecht 50.

⁴⁸⁾ IdS auch Schmetz/Tremmel, eolex 2000, 553 FN 20.

⁴⁹⁾ Stromlieferungen aus EU-Mitgliedstaaten müssten in jedem Fall akzeptiert werden. Vgl auch Pauger, Reform des Strom- und Gasrechts durch das Energieliberalisierungsgesetz, ÖZW 2001 [in Druck], der auch noch die politischen Konsequenzen, die sich aus einem solchen Verbot ergeben würden, ins Treffen führt.

⁵⁰⁾ Hinsichtlich der europarechtlichen Grundlagen für die Bevorzugung bei der Leitungsinanspruchnahme siehe mwN Potacs, Netzzugang, 113. Die gemeinschaftsrechtliche Problematik der Stromimporte aus Drittstaaten behandelt ausführlich Gundel, Stromimporte aus Drittstaaten im EG-Binnenmarkt für Energie, RdE 2000, 85. Diese Themenkreise können im vorliegenden Beitrag aus Platzgründen nicht behandelt werden.

⁵¹⁾ Die Autoren müssen sich angesichts der komplexen Rechtslage dazu bekennen, im Wege einer vorweggenommenen rechtlichen Beurteilung den Themenkreis der Warenverkehrsfreiheit nur anzuschneiden, um sich auf das hier vornehmlich zu beachtende Beihilfenrecht zu konzentrieren.

⁵²⁾ Auf die Fälle der Wettbewerbsbeschränkungen durch staatliche Maßnahmen gem Art 3 Abs 1 lit g iVm Art 10 iVm Art 81/82 EGV sei hier nur am Rande hingewiesen.

⁵³⁾ EuGH Rs 8/74, Staatsanwaltschaft/Dassonville, Slg 1974, 837 Rn 5.

bewirkt, dass 8% des Stroms aus inländischen Kleinwasserkraftwerken jedenfalls im Inland verbraucht werden⁵⁴⁾ und somit dem grenzüberschreitenden Warenverkehr entgegen sind. Da es im Bereich der Warenverkehrsfreiheit kein dem Wettbewerbsrecht vergleichbares Spürbarkeitskriterium gibt, ist diese produktbezogene Maßnahme europarechtlich unzulässig, sollte sie nicht durch einen warenverkehrsfreiheitsspezifischen Ausnahmetatbestand oder gar den – in der Elektrizitätswirtschaft vielbemühten⁵⁵⁾ – Art 86 Abs 2 EGV gedeckt sein. Die Ausnahmetatbestände des Art 30 EGV bewirken, dass eine an sich tatbestandmäßige Regelung als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen wird. Im gegebenen Fall ist keiner dieser Tatbestände erfüllt, lässt sich doch der Umweltschutz eben nicht unter die Kategorie „Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“ subsumieren. Außerdem ist eine direkt diskriminierende Maßnahme jedenfalls nicht von Art 30 EGV gedeckt.⁵⁶⁾ Der EuGH hat diese mangelnde Weitläufigkeit des Art 30 EGV erkannt und die Ausnahmetatbestände desselben um die sog. „zwingenden Erfordernisse“⁵⁷⁾ erweitert. Diese können allerdings nur für unterschiedslose Maßnahmen Geltung erlangen, während auf – mittelbar! – diskriminierende Regelungen ausschließlich Art 30 EGV anzuwenden ist.⁵⁸⁾ Es kann daher die Regelung des § 43 Abs 3 iVm § 45 Abs 2 (noch?)⁵⁹⁾ nicht durch die normspezifischen Ausnahmetat-

bestände gerechtfertigt werden. Da das Verbot des Art 28 EGV unmittelbar anwendbar ist und auch durch eine Kompatibilität mit den Beihilfevorschriften nicht aniert werden kann,⁶⁰⁾ kann hier zur eindeutigen Klärung nur das Sekundärrecht Abhilfe schaffen.⁶¹⁾

2. Ökoenergie

Aus Sicht des Art 28 EGV ist die Abnahme- und Vergütungspflicht des § 32 Abs 1, im Gegensatz zum Beihilfenrecht (siehe III.B.2.), von geringer Eingriffsintensität. Dass ein MS nur jenen Verteilernetzbetreibern eine Abnahmeverpflichtung aufbürden kann, die auch in seinem Gebiet ansässig sind, liegt auf der Hand. Auch ist eine Verpflichtung der Endverbraucher bzw. Letztkundenlieferanten, diese Elektrizität wiederum im Inland zu konsumieren bzw. abzusetzen, nicht normiert. Damit ist aber auch der innergemeinschaftliche Handel – und zwar zumindest nur mittelbar⁶²⁾ – berührt. UE ist daher die Abnahme- und Mindestvergütungspflicht mit Art 28 EGV vereinbar.⁶³⁾

B. Beihilfenrecht⁶⁴⁾

Die Warenverkehrsfreiheit und das Beihilfenrecht der Gemeinschaft ergänzen einander. Beiden Normbereichen gemeinsam ist der Zweck der Verhinderung der Verfälschung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs; erstere gewährt den gemeinschaftsweiten Leistungswettbewerb, zweiteres soll diesen Leistungswettbewerb gegen die staatliche Stützung einzelner Unternehmen schützen.

⁵⁴⁾ Diese Regelung ist eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung, da der inländische Stromhändler ohne Rücksicht auf die Nationalität der Endverbraucher in jedem Fall die 8%ige Bezugsschwelle erreichen muss und somit idR gegenüber einem ausländischen Händler, der diesen Nachweis „seiner“ Kunden gegenüber nicht erbringen muss, benachteiligt ist. Aber auch der ausländische Händler wiederum wird hinsichtlich der Beschaffung von Zertifikaten, die er dem Konsumenten wohl ersparen wollen wird, von einem Stromimport uU Abstand nehmen. Dadurch wird aber von beiden Seiten in die Warenverkehrsfreiheit eingegriffen und diese somit zweifach beschränkt. Vgl. *Pauger*, Änderungen, 151.

⁵⁵⁾ Vgl. nur *Baur*, Art 90 Abs 2 EGV und die Binnenmarkttrichtlinie für Strom und Gas, RdE 1999, 85.

⁵⁶⁾ EuGH Rs 113/80, *Kommission/Irland*, Slg 1981, 625 Rn 11.

⁵⁷⁾ Insb. jenes des Umweltschutzes; vgl. EuGH Rs 302/86, *Kommission/Dänemark*, Slg 1988, 4607 Rn 9.

⁵⁸⁾ EuGH verb Rs C-1/90 und C-176/90, *APESA und Publivia/DSSSC*, Slg 1991, I-4151 Rn 13.

⁵⁹⁾ Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die Schlussanträge des GA *Jacobs* in der Rs C-379/98, *PreussenElektra AG/Schleswig* (noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht): In diesem Verfahren ging es um die Vereinbarkeit des dt. Stromerzeugungsgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht, wobei der Unterschied der (ehemaligen!) deutschen Regelung zur zukünftigen österr. Rechtslage im Bereich der Kleinwasserkraftwerksenergie (nicht aber des Öko-Stromes iSd § 32 Abs 1!) darin besteht, dass den dt. EVUs eine Abnahmepflicht iVm einer Mindestvergütungsregel für in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten EE-Strom auferlegt wird. Hier kommt der Generalanwalt zu folgendem Ergebnis: „Beschränkt sich die Abnahmepflicht auf in dem betreffenden Mitgliedstaat erzeugten Strom, so ist eine derartige Maßnahme nach Art 30 EG-Vertrag (nach Änderung Art 28 EG) verboten, sofern sie nicht durch Gründe des Umweltschutzes gerechtfertigt ist.“ Interessant ist, dass der GA (de lege ferenda!) anmerkt (Rn 232), dass „[. . .] es sich schwer rechtfertigen [lässt], der Umwelt einen geringeren Schutzstandard einzuräumen als Interessen, die vor Jahrzehnten in Handelsverträgen anerkannt und in Art 36 EGV [Art 30 EGV iF v. Amsterdam, Ann d. Verf.], der seit seiner Annahme im Jahr 1957 unverändert geblieben ist, lediglich übernommen wurden.“ GA *Jacobs* plädiert hier für eine Gleichstellung des zwingenden Erfordernisses des Umweltschutzes mit den Ausnahmetatbeständen des Art 30 EGV, was weitreichende Konsequenzen hätte. Leider hat sich der Gerichtshof in seinem Urteil v. 13. 3. 2001 (noch nicht in

amtlicher Sammlung veröffentlicht), in dem er das Stromeinspeisungsgesetz als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ansieht, nicht mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Die Begründung, dass „diese Politik (jene der Förderung von erneuerbarer Energie, Ann d. Verf.) zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen [bezweckt]“ (Rn 75), gibt Anlass zur Frage nach der Berechtigung der Existenz der zwingenden Erfordernisse im Allgemeinen. Generell ist die Urteilsbegründung des Erk. äußerst unbefriedigend.

⁶⁰⁾ Es darf auch nicht vergessen werden, dass auch im Bereich der Warenverkehrsfreiheit ein Verhältnismäßigkeitsgebot besteht. Ihm wäre durch eine Anerkennungsmöglichkeit ausländischer Zertifikate Genüge getan, wobei diese auch mit einer Reziprozitätsklausel verbunden werden könnte.

⁶¹⁾ Siehe dazu unten III.C.

⁶²⁾ Anzumerken ist, dass für Biomasse, die, um in den Genuss einer Abnahmeverpflichtung zu kommen, eine heimische sein muss, diese Konformität mit der Warenverkehrsfreiheit nicht konstatiert werden kann. Es handelt sich hier uE um eine direkt diskriminierende Maßnahme, die durch normspezifische Ausnahmetatbestände nicht gerechtfertigt werden kann.

⁶³⁾ Für das dt. EEG kommt *Nagel*, EU-Gemeinschaftsrecht und nationales Gestaltungsrecht – Entspricht das EEG den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts? ZNER 2000, 4 (6) zum selben Ergebnis. AA demgegenüber *Dederer/Schneller*, Garantierte Stromeinspeisungsmodelle versus Zertifikatshandel, RdE 2000, 214 (222), die allerdings übersehen, dass die „Diskriminierung“ zwingende Folge der Unmöglichkeit der Auferlegung einer Abnahmepflicht für in einem anderen MS erzeugten Regenerativstrom ist.

⁶⁴⁾ Die bereits dargelegte Regelung des § 61 a bedarf angesichts ihres unbestreitbaren Beihilfencharakters uA keiner ausführlichen Prüfung hinsichtlich ihrer Subsumtion unter Art 87 ff. EGV. Die diese Beihilfe konkretisierenden Landesgesetze werden jedenfalls auf den neuen Gemeinschaftsrahmen für Umweltschutzbeihilfen (vgl. unten III.B.3.) Rücksicht zu nehmen haben, sollten sie nicht ohnehin unter die Bagatellgrenze iSd de-minimis-Verordnung (V [EG] Nr 69/2001 der Kommission über die Anwendung der Art 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl 2001 L 10/30) fallen.

Nach Art 87 EGV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Mittel, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Wirtschaftszweige den Wettbewerb (zumindest potentiell) verfälschen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Es handelt sich bei den Tatbestandsmerkmalen des Art 87 EGV wohl um die am schwierigsten zu interpretierende Materie des Vertrages, die jedenfalls vor dem Hintergrund der Rspr des Gerichtshofes gesehen werden muss.⁶⁵⁾ Auch hier ist grundsätzlich zwischen dem Zertifikatsmodell und der Variante der Abnahmeverpflichtung mit Mindestvergütung zu unterscheiden.

1. Kleinwasserkraftzertifikate

Beim Zertifikatsmodell ist die Frage nach der Staatlichkeit der Mittel, mit denen die Unternehmen begünstigt werden, der *crucial point* der Zulässigkeitsprüfung. Streitpunkt ist die Interpretation der „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe“ des Art 87 EGV. Eine weite Auslegung⁶⁶⁾ geht davon aus, dass neben aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen (also jenen, die in einer staatlichen Finanzierung bestehen und daher mit einem Vermögensabfluss vom Staat einhergehen) auch andere Maßnahmen, die keine staatliche Vermögensinbuße darstellen, sondern nur irgendeinen Unternehmensvorteil bewirken, unter Art 87 EGV zu subsumieren sind. Wenn man einer engen, mittlerweile wohl herrschenden⁶⁷⁾ Ansicht folgt, unterfällt das Zertifikatsmodell in Ermangelung der Verwendung öffentlicher Mittel nicht dem EG-Beihilfenrecht.⁶⁸⁾

2. Ökoenergie

Das zweite Fördermodell des EIWOG ist ungleich bedenklicher. Die Verbindung einer Abnahmeverpflichtung mit einem garantierten Mindestpreis stellt eine klare Betriebshilfe dar. Es stellt sich allerdings die Frage nach der Einstufung der Vorteile als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe, da ein direkter Mitteltransfer von Seiten der öffentlichen Hand auch hier nicht ersichtlich ist. Die Verpflichtung zur Abnahme trifft die Verteilernetzbetreiber, sie erfahren dadurch jedoch keinen wirtschaftlichen Vor- oder Nachteil, kommen doch die Mittel für die „Überzahlung“ des Ökostroms – als Zuschlag zum Systemnutzungsstarif – von den Netznutzern. Nach der engen, rechtsformorientierten Auslegung handelt es sich bei diesen Zahlungen um keine Beihilfen iSv Art 87 EGV, da es nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Über-

tragung staatlicher Mittel auf die Ökostromerzeugungsunternehmen kommt. Dies führt zum Ergebnis, dass Zahlungen aus den Ökofonds iSv § 61 a als staatliche Beihilfen zu qualifizieren sind, während die aus den gleichen Quellen stammenden Überzahlungen des Netzbetreibers nicht darunter fallen, weil die technische Abwicklung der Zuwendungen unterschiedlich ist. Diese formalistische Betrachtungsweise des Art 87 EGV ist daher uE für den vorliegenden Fall abzulehnen, da sie dem Rechtsformenmissbrauch – im Wege der Umgehung des Beihilfenverbotes iSd Art 3 Abs 1 lit g iVm Art 10 iVm Art 87 EGV⁶⁹⁾ – Tür und Tor öffnen würde. Gerade der Umweltschutz ist aber grundsätzlich eine von den Mitgliedstaaten im hoheitlichen Bereich durchzuführende Maßnahme. Wird diese Aufgabe nunmehr an private oder öffentliche Unternehmen übertragen, so entzieht sich der MS insofern seinen Pflichten⁷⁰⁾ und überträgt diese Aufgabe mit gleichzeitiger gesetzlicher Zuweisung der für ihre Erfüllung notwendigen Mittel an Dritte. Der ergangene Gemeinschaftsrahmen für Umweltschutzbeihilfen⁷¹⁾ bejaht daher offensichtlich die potenzielle Beihilfenqualität von Regenerativstromfördermodellen. Ist die österr Regelung durch ihn gedeckt?

3. Gemeinschaftsrahmen

Die Nachfolgeregelung des Gemeinschaftsrahmens 1994,⁷²⁾ der im Hinblick auf die Ausarbeitung eines vor allem auf erneuerbare Energien zugeschnittenen Modells⁷³⁾ (zweimal)⁷⁴⁾ verlängert worden war, ist von überragender Bedeutung. Einerseits ermöglicht der neue Gemeinschaftsrahmen Investitionsbeihilfen bis zu einem Beihilfesatz von 100% (!).⁷⁵⁾ Andererseits wurde auch die Möglichkeit der Gewährung von Betriebsbeihilfen ausgeweitet. Den Mitgliedstaaten stehen vier Optionen zur Verfügung: Erstattung der Differenz zwischen Erzeugerpreis und Marktpreis bis zur Abschreibung der Anlagen (Option 1), Stützung durch die Einführung von Marktinstrumenten, wie etwa Herkunftsnachweise, grüne Zertifikate (Option 2), Beihilfen auf der Grundlage der vermiedenen externen Kosten (Option 3), Betriebsbeihilfen nach den allgemeinen Bestimmungen, dh über den Zeitraum von 5 Jahren in degressiver Form (Option 4). Die Höchstgrenze für gewährte Betriebsbeihilfen beträgt 5 Euro-Cents/kWh, während die durch die Landeshauptleute festgelegten Vergütungssätze derzeit teilweise signifikant über diesem Wert⁷⁶⁾ liegen.

⁶⁵⁾ Wiewohl durch diese ebenso keine Antworten gegeben, sondern zum Teil neue Fragen aufgeworfen werden, sodass GA Jacobs in seinen Schlussanträgen in der bereits angeführten Rs C-379/98, *PreussenElektra AG/Schleswig AG*, Folgendes konstatiert: „Ich muss zugeben, dass ich mir nicht völlig darüber im Klaren bin, wie die Urteile in diesen beiden Rechtssachen (*Ecotrade* und *Piaggio*, Anm d Verf) zu verstehen sind“.

⁶⁶⁾ So bspw *Ritgen*, Stromeinspeisungsgesetz und Europäisches Beihilfenaufsichtsrecht, RdE 1999, 176 (183).

⁶⁷⁾ Nach nunmehr gefestigter Rspr des Gerichtshofes ist der Zweck der Unterscheidung allein darin zu sehen, auch andere, nicht direkt vom MS, sondern durch von diesem errichtete oder benannte, öffentliche oder private Stellen gewährte Beihilfen in den Beihilfenbegriff mit einzubeziehen; vgl EuGH verb Rs C-52 bis C-54/97, *Epifanio Viscido/Ente Poste Italiano*, Slg 1998, I-2629 Rn 13.

⁶⁸⁾ So auch *Dederer/Schneller*, RdE 2000, 220. Dies befriedigt, ist doch das Zertifikatsmodell schon deshalb dem Fixpreismodell vorzuziehen, als es zumindest innerhalb der „Produktgruppe“ Regenerativstrom Wettbewerb entstehen lässt.

⁶⁹⁾ Der Gerichtshof hat in seinem Urteil in der Rs C-379/98 Rn 65 (vgl FN 59) diese Möglichkeit – allerdings mit nicht sehr eingehender und die eigentlichen Rechtsfragen unbeantwortet lassenden Begründung – verneint.

⁷⁰⁾ IdS *Dederer/Schneller*, RdE 2000, 219; aA GA Jacobs, Rn 185, der „[f. . .] sich nicht für eine derart weite Auslegung aussprechen [kann]“.

⁷¹⁾ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABI 2001 C 37/3.

⁷²⁾ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABI 1994 C 72/3.

⁷³⁾ Wobei Österreich als Impulsgeber aufgetreten ist; vgl BQE Nr 7742 v 22. 6. 2000, 9, BQE Nr 7744 v 24. 6. 2000, 15.

⁷⁴⁾ Mitteilung der Kommission – Verlängerung der Geltungsdauer des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABI 2000 C 14/8; ABI 2000 C 184/25.

⁷⁵⁾ Wobei beachtet werden muss, dass als beihilfefähige Kosten nur „Mehrkosten, die ein Unternehmen im Vergleich zu einer Anlage mit derselben Kapazität, die aber herkömmliche Energie erzeugt, (in Bezug auf die tatsächliche Energieerzeugung) tragen muss“, angesehen werden, ABI 2001 C 37/3 Rn 37.

⁷⁶⁾ Spitzenreiter ist die durch die Kärntner Einspeise- und VergütungsV (Zl 8 W-En-34/28/2000) v 30. 11. 2000 gewährte Vergü-

Durch den neuen Gemeinschaftsrahmen besteht jedoch bei Einhaltung der erwähnten Höchstgrenze kein Zweifel an der Zulässigkeit der Beihilfengewährung an Erzeuger von Regenerativenergie.

4. Notifizierungspflicht?

Grundsätzlich ist die Durchführung einer Beihilfe vor deren Genehmigung durch die Kommission verboten und führt zur Rückabwicklung. Diesen Grundsatz bekräftigt die Kommission auch im neuen Gemeinschaftsrahmen.⁷⁷⁾ Sollten die Regelungen des EIWOG nicht gem Art 88 Abs 3 EGV notifiziert werden, droht ein amtswegiges Tätigwerden der Kommission und die damit verbundene rechtlich problematische und für die beteiligten Unternehmen sicherlich existenzgefährdende Rückabwicklung. Da die Kommission bereits mehrere Mitgliedstaaten betreffende Beihilferegulungen genehmigt hat,⁷⁸⁾ die österr Regelung bei Beachtung der Förderhöchstgrenze von 5 Euro-Cent/kWh sicherlich genehmigungsfähig⁷⁹⁾ ist, sollte eine Notifizierung jedenfalls erfolgen.

C. Richtlinienvorschlag der Kommission⁸⁰⁾

Das Ziel, einen gemeinschaftsweiten Strombinnenmarkt auch für Regenerativenergie zu gewährleisten, bedarf der sekundärrechtlichen Harmonisierung.⁸¹⁾ EE-Strom unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von anderen Produkten. Mit dem geänderten RL-Vorschlag will die Gemeinschaft einen spezifischen Anteil der Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen iSd Art 2 Abs 2 idHv 22,1% am Gesamtelektrizitätsverbrauch der Gemeinschaft erreichen. Dies soll im Wege der Vereinfachung der nationalen Verwaltungsverfahren betreffend die Errichtung und den Betrieb von Regenerativanlagen (Art 6) sowie eines vorrangigen Netzzuganges (Art 7) erreicht werden. Er akzeptiert darüber hinaus die Verschiedenartigkeit der möglichen Fördermodelle und überlässt den MS die Wahl der Mittel. Dennoch verpflichtet Art 5 Abs 1 die MS, binnen

tung für (kleine) Photovoltaikanlagen idHv ATS 10,-/kWh. Der Blick nach Deutschland (Maximalvergütung: 12,1 Pf/kWh bei Windkraft) zeigt, dass die österr Vergütungssätze überhöht sein dürften.

⁷⁷⁾ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABI 2000 C 37/3 Rn 79.

⁷⁸⁾ Frankreich (IP/00/1447), Portugal (N 219/2000), Bundesrepublik Deutschland (Land Thüringen) (N 709/1999).

⁷⁹⁾ Auch bei Überschreitung dieser Grenze könnte die Regelung immer noch nach Art 86 Abs 2 EGV gerechtfertigt sein, handelt es sich beim Gemeinschaftsrahmen doch nicht um Sekundärrecht iSd Art 249 EGV, sondern lediglich um einen die Kommission selbst bindenden Akt.

⁸⁰⁾ Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABI 2000 C 311/E/320; Geänderter Vorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM (2000) 884 endg v 28. 12. 2000 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

⁸¹⁾ Die bereits erwähnten Art 8 Abs 3 und Art 11 Abs 3 EBRL haben eher die Inanspruchnahme von Regenerativenergie für die Stabilität des Netzbetriebes zum Gegenstand (*Salje*, Vorrang für Erneuerbare Energien, RdE 2000, 125 [127] spricht von einem „Eingriff in die Lastregelung der Netzbetreiber“). Vgl auch *Potacs*, Netzzugang, 110, nach dessen Ansicht es vertretbar erscheint, unter „Inanspruchnahme der Erzeugungsanlagen“ iS dieser Bestimmung auch die Einspeisung von Elektrizität zur Belieferung von Zugangsberechtigten zu subsumieren.

2 Jahren ab In-Kraft-Treten der RL die gegenseitige Anerkennung der auszugebenden Garantiezertifikate zu gewährleisten. Auch müssen die Bestimmungen des EG-Vertrages, insb die Art 87 und 88 beachtet werden (Art 4).

Der RL-Vorschlag stützt sich auf Art 95 EGV (Art 100a EGV aF), womit klar ist, dass die europäische Kommission der Ansicht ist, dass im Bereich des Regenerativstromes mangels einer durch eine RL normierte Harmonisierung die Verwirklichung des Binnenmarktes durch die Möglichkeit der MS, sich auf die Ausnahmeregelungen des Art 30 EGV, zwingende Erfordernisse oder Art 86 Abs 2 EGV, zu berufen, scheitern könnte.⁸²⁾ UE ist lediglich die Berufung auf Art 86 Abs 2 EGV möglich, die von allen⁸³⁾ Vorschriften des Vertrages freizustellen vermag. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist hier der Umweltschutz,⁸⁴⁾ mit der die Netzbetreiber (mittels Gesetz) betraut werden. Die Verpflichtung gem § 43 Abs 3 iVm § 45 Abs 2 ist auch die schonendste und va verhältnismäßige Möglichkeit, den Umweltschutzziele nachzukommen, da eine Anerkennungsverpflichtung ohne damit einhergehenden Harmonisierungsregelungen zur Folge haben könnte, dass inländische Endverbraucher ausländischen, unter anderen Bedingungen produzierten und günstigeren Strom bezögen, was ein Festhalten inländischer EVUs an konventionellen Produktionsmethoden bewirken würde. Bis zum In-Kraft-Treten der RL EE⁸⁵⁾ können nationale Fördermodelle daher im Rahmen des unmittelbar anwendbaren⁸⁶⁾ Art 86 Abs 2 EGV⁸⁷⁾ als gemeinschaftsrechtskonform⁸⁸⁾ angesehen werden.

⁸²⁾ Nur dann, wenn diese Möglichkeit zumindest theoretisch besteht, hat der Erlass von Sekundärrecht seine Berechtigung, ist doch andernfalls davon auszugehen, dass iSd Rspr des EuGH in der Rs 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg 1979, 649, ohnehin ein allgemeines Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit besteht; vgl *Streinz*, Europarecht⁴ (1999) Rn 956.

⁸³⁾ EuGH Rs C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg 1997, I-5869 Rn 48.

⁸⁴⁾ So auch *Pauger*, Änderungen, 150, der jedoch zu Recht anmerkt, dass eine Sicherung des Umweltschutzes im Gemeinsamen Markt nur in Mindeststandards und Rechtsangleichung liegen kann.

⁸⁵⁾ Die Autoren nehmen an dieser Stelle von einer – notwendigerweise umfangreichen und den Rahmen dieser Arbeit sprengenden – Erläuterung des Art 86 Abs 2 EGV Abstand, nicht zuletzt, da Art 86 Abs 2 EGV nur vom Primärrecht (arg: „diesem Vertrag“), nicht jedoch vom Sekundärrecht, soweit dadurch Allgemeininteressen vereinheitlicht und verbindlich festgelegt werden (s FN 4), freizustellen vermag; vgl *Hochbaum*, Art 90, in: *Von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Handbuch des Europäischen Rechts, 390. Lfg (1999) Rn 69 mwN.

⁸⁶⁾ EuGH Rs C-260/89, *ERT*, Slg 1991, I-2925 Rn 34.

⁸⁷⁾ Nicht übersehen werden darf, dass der Vertrag von Amsterdam durch den neuen Art 16 EGV den Stellenwert der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ unterstreicht (vgl dazu eingehender *Kahl*, Neue Bedeutung der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ durch den Vertrag von Amsterdam, wbl 1999, 191). Vgl auch die Mitteilung der Kommission über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI C 2001, 17/4.

⁸⁸⁾ Auf die Probleme der „heimischen“ Biomasse wurde bereits hingewiesen. Im Unterschied zu jenen Bestimmungen betreffend Ökoenergie, deren Inkompatibilität mit dem Beihilfengerechtheit durch Art 86 Abs 2 EGV saniert werden kann, ist hier anzunehmen, dass die Beschränkung auf heimische Biomasse weder notwendig noch verhältnismäßig ist. Das Wort „heimisch“ muss daher entweder (wie *Thurnher*, EIWOG 184, anregt) iS einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation als „europäisch“ gelesen werden oder aufgrund der unmittelbaren Anwendung des Art 28 EGV überhaupt ignoriert werden.

IV. Ergebnisse

Im Bereich der Förderung von erneuerbarer Energie werden wettbewerbsrechtliche Grundsätze von umweltpolitischen Erwägungen konterkariert. Dies wurde von der Europäischen Kommission sowohl im neuen Gemeinschaftsrahmen für die Gewährung von Umweltschutzbeihilfen als auch in ihren RL-Vorschlägen anerkannt. Bereits jetzt sind auch nach der Rspr des EuGH bestimmte nationale Maßnahmen als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen.

Auf nationaler Ebene liegen die Schwierigkeiten neben den angesprochenen verfassungsrechtlichen Bedenken vor

allem in der Kompetenzverteilung. Gerade in Bereichen, in denen ein gemeinschaftsrechtliches Regelungsregime unabdingbar ist, können derartige Ausformungen des nationalen Föderalismus nicht einmal bei einem äußerst weitgehenden Verständnis des Subsidiaritätsprinzips gerechtfertigt werden.

Korrespondenz:

Mag. Harald Pichler, Rosenberggürtel 27, 8010 Graz

Mag. Stefan Lausegger, RAA, Rechtsanwälte Kammerlander, Piaty & Partner, Herrngasse 18 u 26, 8010 Graz