

# TE Vfgh Erkenntnis 2006/3/4 G143/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.03.2006

## Index

58 Berg- und Energierecht

58/02 Energierecht

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art18 Abs1

B-VG Art139 Abs1 / Individualantrag

B-VG Art140 Abs1 / Präjudizialität

ÖkostromG §13 Abs1

## Leitsatz

Aufhebung von Bestimmungen des Ökostromgesetzes betreffend die Berücksichtigung der Kosten für den Betrieb von KWK (Kraft-Wärme-Kopplungs)-Anlagen bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot und gegen den Gleichheitssatz

## Spruch

Der vierte und fünfte Satz des §13 Abs1 Ökostromgesetz, BGBl. I Nr. 149/2002, werden als verfassungswidrig aufgehoben.

Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Beim Verfassungsgerichtshof ist ein zu V132/03 protokolliertes Verfahren anhängig über den Antrag der Wienstrom GmbH, gemäß Art139 Abs1 B-VG verschiedene Bestimmungen der Verordnung der Energie-Control Kommission, mit der die Tarife für die Systemnutzung bestimmt werden (Systemnutzungstarife-Verordnung 2003, SNT-VO 2003, im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 9. Oktober 2003 kundgemacht) als gesetzwidrig aufzuheben.

2. Die zu V132/03 antragstellende Gesellschaft behauptet u. a., die SNT-VO 2003 sei infolge Widerspruchs zu §13 Ökostromgesetz, BGBl. I Nr. 149/2002 (idF ÖkostromG), gesetzwidrig und bringt in diesem Zusammenhang vor:

Gemäß §13 ÖkostromG seien jene Netzkosten, die durch den Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen (KWK-Anlagen) vermieden werden, in die Systemnutzungstarife einzurechnen. Im Netz der antragstellenden Gesellschaft würden Netzkosten durch den Einsatz von KWK-Anlagen vermieden, einerseits weil durch den Betrieb der KWK-Anlagen gegenüber deren Stillstand weniger Energie und Leistung aus dem vorgelagerten Netz der Austrian Power Grid (APG) bezogen würden und andererseits der notwendige Netzausbau zur vollständigen Versorgung des

Netzbereiches Wien über das vorgelagerte Netz der APG nicht durchgeführt worden sei. Auch im Prüfungsbericht der Energie-Control GmbH vom 4. September 2003 fehle eine Rechtfertigung für die Nichtberücksichtigung dieser Kosten. Gerade weil §13 Abs1 ÖkostromG nach dem §25 Abs1 ElWOG erlassen worden und in Kraft getreten sei, sei die von der Energie-Control GmbH und wohl auch von der verordnungserlassenden Behörde geteilte Auffassung unvertretbar, §13 Abs1 ÖkostromG habe den nämlichen Inhalt wie §25 Abs1 ElWOG. Wäre dem so, so hätte der Gesetzgeber die spätere Anordnung gar nicht treffen müssen. Überflüssige Regelungen aufzustellen, dürfe dem Gesetzgeber nie zugesonnen werden.

Das 380kV-Netzausbaukonzept der antragstellenden Gesellschaft sehe eine 380kV diametrale Energieschiene durch Wien vor. Erst dadurch werde die vollständige Versorgung von Wien und der niederösterreichischen Umlandgemeinden durch das überlagerte Netz der APG möglich. Das Vorhandensein der regionalen Kraftwerke habe dazu geführt, dass man im Netz weitere 380kV-Ausbaustufen bisher nicht realisieren musste. Es ergäben sich durch den Betrieb der KWK-Anlagen gegenüber deren Stillstand vermiedene Netzkosten der Ebene 1 in Höhe von jährlich rund 20 Mio €, da bei Stillstand der KWK-Anlagen nahezu die gesamte im Netz der antragstellenden Gesellschaft benötigte Energie und Leistung vom vorgelagerten Netz der APG bezogen werden müsste. Gemäß §13 ÖkostromG habe die antragstellende Gesellschaft daher zusätzlich die jährlich vermiedenen Netzkosten in Höhe von 30,38 Mio € beantragt, die jedoch gesetzwidrigerweise (§25 Abs2 Satz 1 ElWOG) nicht in die Tarife des Netznutzungsentgelts (§19 Abs1 Z3 lit i, Z4 lit l, Z5 lit m, Z6 lit m, Z7 lit m) eingeflossen seien.

3. Den vorgetragenen Bedenken hält die Energie-Control Kommission Folgendes entgegen:

Die antragstellende Gesellschaft behaupte, dass gemäß §13 ÖkostromG jene Netzkosten, welche durch den Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen (KWK-Anlagen) vermieden werden, in die Systemnutzungstarife einzurechnen seien.

Diese Ansicht werde von der Energie-Control Kommission nicht geteilt. §13 Abs1 ÖkostromG bestimme, dass Betreibern von KWK-Anlagen unter Berücksichtigung der Strom- und Fernwärmeerlöse, die für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlichen Kosten in einem jährlich durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu ermittelnden Betrag in Cents pro kWh Stromerzeugung durch die Energie-Control GmbH abgegolten werden. Diese Kosten bestünden aus den Kostenkomponenten Brennstoffkosten, Kosten der Instandhaltung und Betriebskosten; ausgenommen seien bei bestehenden KWK-Anlagen die Kosten für angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals, Pensionszahlungen, Verwaltungskosten und Steuern. Bei modernisierten KWK-Anlagen würden die Kosten für eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigt. Bei der Kostenermittlung seien auch die beim Betrieb einer KWK-Anlage gegenüber dem Stillstand sich ergebenden Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers, in dessen Netz die KWK-Anlage einspeist, mit einzurechnen. Diese Kosten seien bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes hinzuzurechnen.

Gemäß der von der antragstellenden Gesellschaft offenkundig vertretenen Rechtsansicht seien die beiden letzten Sätze folgendermaßen zu interpretieren: Durch die Stromeinspeisung aus einer KWK-Anlage senkten sich für den Netzbetreiber die Kosten für den Bezug von Strom aus vorgelagerten Netzen. Diese Kosten sollten jedoch bei der Festsetzung der Systemnutzungstarife trotzdem berücksichtigt werden. Der Netzbetreiber würde demnach andere (höhere) Tarife verrechnen, als dies seinen tatsächlichen Kosten entspricht. Diese Mehreinnahmen wären dann den KWK-Anlagenbetreibern zu überlassen.

Eine solche Interpretation des §13 Abs1 ÖkostromG erscheine in mehrfacher Hinsicht problematisch: Zunächst sei dem ÖkostromG keine Vorgabe zu entnehmen, nach welcher der Netzbetreiber verpflichtet wäre, diese Zahlungen an die KWK-Anlagenbetreiber zu entrichten. Gemäß den Vorgaben von §13 Abs10 ÖkostromG erfolge die Finanzierung des Mehraufwandes für KWK-Anlagen (und somit des Unterstützungstarifs) durch einen einheitlichen KWK-Zuschlag, welcher von den Netzbetreibern gemeinsam mit dem jeweiligen Netznutzungsentgelt von allen Endverbrauchern einzuheben sei. Die Höhe dieses Zuschlages sei mit einem Höchstbetrag beschränkt; sollte mit diesen Zuschlägen nicht das Auslangen gefunden werden, so sei der Unterstützungstarif für alle Anlagen anteilmäßig zu kürzen. Weitere Unterstützungsmittel seien - wie erwähnt - im ÖkostromG für KWK-Anlagen nicht vorgesehen.

Die Kostenbasis für die Ermittlung des KWK-Unterstützungstarifs sei vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (in der Folge: BMWA) zu ermitteln. Eine Bindung der Energie-Control Kommission bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes an die vom BMWA festgestellten Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des

Netzbetreibers sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Zudem erscheine die von der antragstellenden Gesellschaft gewählte Auslegung als verfassungswidrig. Es sei vor dem verfassungsgesetzlich geschützten Gleichheitsgebot nicht zu rechtfertigen, dass eine solche Unterstützung durch die Netzbetreiber lediglich KWK-Anlagenbetreibern zukommen sollte. Jede andere dezentrale Erzeugungsanlage bewirke ebenfalls eine Senkung der Kosten des Netzbetreibers für den Bezug aus vorgelagerten Netzebenen. Auch könne in diesem Fall nicht mit einer Ausnahme aus Umweltschutzgründen argumentiert werden, da diese Argumentation auch auf andere Ökostromanlagen, etwa Kleinwasserkraftanlagen, zutreffe. Würde man dieser Bestimmung diese Auslegung zuschreiben, so wäre sie als verfassungswidrig anzusehen.

Die Energie-Control Kommission habe §13 Abs1 ÖkostromG daher unter der Beachtung einer verfassungskonformen Interpretation angewendet:

Die Kostenersparnis des Netzbetreibers werde bei der Ermittlung der Kostenbasis für die Berechnung des Unterstützungstarifs als Kostenbestandteil eingerechnet. Damit werde die Kostenbasis der jeweiligen KWK-Anlage rechnerisch erhöht. Der KWK-Anlagenbetreiber könne daher mit einem entsprechend höheren Unterstützungstarif rechnen. Die Vorgabe, dass "diese Kosten bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifs hinzuzurechnen sind", sei so zu interpretieren, dass ihr lediglich deklarativer Charakter zukomme. Das heiße, es werde damit lediglich klargestellt, dass bei der Festsetzung der Systemnutzungstarife die Auswirkungen des KWK-Anlagenbetriebs auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers bei der Systemnutzungstarifizierung mit zu berücksichtigen seien. Dies sei eine Regelung, welche sich ohnehin aus §25 ElWOG ergebe.

Die Energie-Control Kommission habe bei der Bestimmung der Systemnutzungstarife §13 ÖkostromG in verfassungskonformer Art und Weise berücksichtigt.

4. Der Verfassungsgerichtshof ersuchte das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst sowie den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zur Behauptung, die angefochtene Verordnung widerspreche §13 ÖkostromG, Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 19. Juli 2005 teilte der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit mit, "dass im Hinblick auf die Qualifikation der Energie-Control Kommission als unabhängige Behörde mit richterlichem Einschlag, die der Weisungs- und Leitungsbefugnis des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit nicht unterliegt, von einer Stellungnahme zur Gesetzmäßigkeit der SNT-VO 2003 Abstand genommen wird."

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst teilte mit Schreiben vom 27. Juni 2005 mit, dass es "nach wie vor davon Abstand nimmt, die ihm im vorliegenden Beschwerdeverfahren (gemeint wohl Verordnungsprüfungsverfahren) eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme wahrzunehmen."

II. 1. Aus Anlass der Behandlung dieses Individualantrages beschloss der Verfassungsgerichtshof am 11. Oktober 2005, die Verfassungsmäßigkeit des vierten und fünften Satzes des §13 Abs1 Ökostromgesetz, BGBl. I Nr. 149/2002, von Amts wegen zu prüfen.

2. §13 ÖkostromG lautet auszugsweise (die in Prüfung gezogenen Sätze sind hervorgehoben):

"Kostenersatz für KWK-Energie

§13. (1) Betreibern von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen werden unter Berücksichtigung der Strom- und Fernwärmeerlöse die für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlichen Kosten in einem jährlich durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu ermittelnden Betrag in Cents pro kWh Stromerzeugung (Unterstützungstarif für KWK-Strom) durch die Energie-Control GmbH abgegolten. Diese Kosten bestehen aus den Kostenkomponenten Brennstoffkosten, Kosten der Instandhaltung und Betriebskosten; ausgenommen sind bei bestehenden KWK-Anlagen die Kosten für eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals, Pensionszahlungen, Verwaltungskosten und Steuern. Bei modernisierten KWK-Anlagen werden die Kosten für eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigt. Bei der Kostenermittlung sind auch die beim Betrieb einer KWK-Anlage gegenüber dem Stillstand sich ergebenden Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers, in dessen Netz die KWK-Anlage einspeist, mit einzurechnen. Diese Kosten sind bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes hinzuzurechnen. Für die Strommengen, die nicht unmittelbar und effizienzmaximiert als Koppelprodukt bei der Erzeugung von Fernwärme hergestellt werden, werden keine Kostenabgeltungen gewährt. Der

Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit kann zur Feststellung des für die Bestimmung des Unterstützungstarifes maßgeblichen Sachverhalts insbesondere auch Sachverständige beiziehen, die dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit sowie der Energie-Control GmbH zur Verfügung stehen.

[...]

(7) Der von der Energie-Control GmbH abzugeltende Mehraufwand (KWK-Unterstützungstarif) pro kWh für den gleichzeitig mit Fernwärme erzeugtem Strom wird vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit für jeweils ein Kalenderjahr im Voraus für die jeweilige Anlage bestimmt. Die Betreiber von KWK-Anlagen haben ihre Anlagen so einzusetzen, dass ein möglichst effizienter Betrieb sichergestellt wird.

[...]

(10) (Verfassungsbestimmung) Die Finanzierung des Mehraufwandes für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen erfolgt durch einen einheitlichen Zuschlag (KWK-Zuschlag) auf alle an Endverbraucher abgegebenen Strommengen, der von den Netzbetreibern gemeinsam mit dem jeweiligen Netznutzungsentgelt einzuhoben ist und auf der Rechnung für die Endverbraucher getrennt auszuweisen ist. Die Höhe des Zuschlages hat den erwarteten Aufwendungen für die Mehraufwendungen für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen zu entsprechen und darf in den Jahren 2003 und 2004 höchstens 0,15 Cent/kWh, in den Jahren 2005 und 2006 höchstens 0,13 Cent/kWh, in den Jahren 2007 und 2008 höchstens 0,10 Cent/kWh und in den Jahren 2009 und 2010 höchstens 0,05 Cent/kWh betragen. Der Zuschlag ist vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit jährlich im Vorhinein festzulegen. Etwaige Differenzen sind im jeweiligen Folgejahr auszugleichen. Kann mit diesen Zuschlägen nicht das Auslangen gefunden werden, so ist der Unterstützungstarif für alle Anlagen anteilmäßig zu kürzen.

(11) Die gemäß Abs10 eingehobenen Beträge sind vom Netzbetreiber monatlich an die Energie-Control GmbH abzuführen. Die Energie-Control GmbH kann den vom Netzbetreiber abzuführenden Beitrag mit Bescheid vorschreiben. Die Energie-Control GmbH hat aus den, von den Netzbetreibern eingehobenen Beträgen die Mittel, die an den Betreiber der Kraft-Wärme-Kopplungsanlage gemäß Abs1 zu entrichten sind, bereitzustellen.

[...]"

3. Der Verfassungsgerichtshof nahm im Prüfungsbeschluss vorläufig an, dass der Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge

"1. jedenfalls die §19 Abs1 Z3 liti, §19 Abs1 Z4 litl, §19 Abs1 Z5 litm, §19 Abs1 Z6 litm, §19 Abs1 Z7 litm [Netznutzungsentgelt für den Netzbereich Wien und die Netzebenen 3 bis 7], §20 Z14 und §23 Abs3 der Verordnung der Energie-Control Kommission, mit der die Tarife für die Systemnutzung bestimmt werden (Systemnutzungstarife-Verordnung 2003, SNT-VO 2003, im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 9.10.2003 kundgemacht),"

als gesetzwidrig aufheben, aus folgenden Gründen zulässig sein dürfte:

"[...] Der Verfassungsgerichtshof hat zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines Individualantrages eines Netzbetreibers gegen die SNT-VO 2003 in seiner bisherigen Rechtsprechung ausgeführt:

Voraussetzung der Antragslegitimation ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch die angefochtene Verordnung - im Hinblick auf deren Gesetzwidrigkeit - in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass die Verordnung für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist, dass die Verordnung in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese - im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit - verletzt.

Nicht jedem Normadressaten aber kommt die Anfechtungsbefugnis zu. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass die Verordnung selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch die Verordnung selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des - behaupteterweise - rechtswidrigen Eingriffes zu Verfügung steht (VfSlg. 11.726/1988, 13.944/1994).

Hiebei hat der Verfassungsgerichtshof vom Antragsvorbringen auszugehen und lediglich zu prüfen, ob die vom Antragsteller ins Treffen geführten Wirkungen solche sind, wie sie Art139 Abs1 letzter Satz B-VG als Voraussetzung für die Antragslegitimation fordert (vgl. zB VfSlg. 8594/1979, 8974/1980, 10.353/1985, 11.730/1988, 16.140/2001).

Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Individualantrages eines Netzbetreibers gegen die SNT-VO 2003 sei auf das Erkenntnis vom 17. März 2005, V120/03 ua. verwiesen. Die Legitimation der antragstellenden Gesellschaft als Netzbetreiber zur Anfechtung der SNT-VO 2003 dürfte aus eben diesen Gründen grundsätzlich gegeben sein.

An der aktuellen Betroffenheit dürfte auch die Tatsache nichts ändern, dass die angefochtenen Tarife - soweit sie den Tarif Wien betreffen - mit Wirkung vom 1. April 2005 geändert wurden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Tarife in der Stammfassung der SNT-VO 2003 auf frühere Sachverhalte noch anzuwenden sind, dürfte die antragstellende Gesellschaft noch aktuell in ihrer Rechtssphäre betroffen sein (vgl. VfSlg. 15.888/2000, 17.094/2003).

Gemäß §57 Abs1 VfGG muss jeder Antrag, eine Verordnung als gesetzwidrig auf[zuh]eben, 'begehren, dass entweder die Verordnung ihrem ganzen Inhalt nach oder dass bestimmte Stellen der Verordnung als gesetzwidrig aufgehoben werden', und außerdem die gegen die Gesetzmäßigkeit der Verordnung bzw. der bekämpften Verordnungsstellen sprechenden Bedenken 'im einzelnen dar[zuh]legen'. Wenn - wie im vorliegenden Fall - mehrere Bedenken vorgetragen werden und verschiedene Verordnungsstellen (und sei es nur eventualiter) bekämpft werden, ist es Sache des Antragstellers, die jeweiligen Bedenken den verschiedenen Aufhebungsbegehren zuzuordnen. Es kann nicht Aufgabe des Verfassungsgerichtshofes sein, pauschal vorgetragene Bedenken einzelnen Bestimmungen zuzuordnen und so - gleichsam stellvertretend - das Vorbringen für den Antragsteller zu präzisieren, zumal es dessen Aufgabe ist, den Umfang der zu prüfenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass eine behauptete Gesetzwidrigkeit, sollte sie sich als zutreffend erweisen, zwar beseitigt wird, der Sinn der verbleibenden Regelung aber durch die Aufhebung nicht mehr verändert wird, als es zur Bereinigung der Rechtslage erforderlich ist (vgl. zu all dem VfGH vom 14. Dezember 2004, V35/04, vom 17. März 2005, V120/03 ua. und für Anträge auf Gesetzesprüfung VfSlg. 16.507/2002 mwN).

Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Eventualanträge hat der Verfassungsgerichtshof daher zu beurteilen, ob die geltend gemachten Bedenken jeweils einem Eventualantrag zugeordnet sind, dessen Stattgabe zur Beseitigung der behaupteten Gesetzwidrigkeit im oben geschilderten Sinn führen würde.

Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Normenprüfungsverfahren (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 8461/1978, 12.464/1990) schon wiederholt darlegte, notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzes- oder Verordnungsteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzes- oder Verordnungsstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. Dieser Grundposition folgend hat der Gerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzes- oder Verordnungsprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. für Gesetzesprüfungen zB VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.629/1993, 14.740/1997, 15.964/2000, 16.212/2001, 16.693/2002, 16.756/2002, VfGH vom 23. Jänner 2004, G359/02; für Verordnungsprüfungen vgl. zB VfGH vom 14. Dezember 2004, V35/04).

[...] Im Hauptantrag begehrt die antragstellende Gesellschaft die Aufhebung der

1. §§19 Abs1 Z3 liti, Z4 litl, Z5 litm, Z6 litm, Z7 litm, 20 Z14 und §23 Abs3 der SNT-VO 2003, das heißt die Aufhebung aller die antragstellende Gesellschaft betreffenden Festsetzungen der Systemnutzungstarife mit Ausnahme des in §18 Abs1 geregelten Netzbereitstellungsentgelts,

2. sowie die Aufhebung der §§12 Abs1, 13 und 16 der SNT-VO 2003.

Die antragstellende Gesellschaft bringt der Sache nach vor, die beim Betrieb einer KWK-Anlage gegenüber dem Stillstand sich ergebenden Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers, in dessen Netz die KWK-Anlage einspeist (Kosteneinsparungen), seien bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes nicht berücksichtigt (hinzugerechnet) worden."

4. Der Verfassungsgerichtshof gelangte zu der vorläufigen Beurteilung, dass er die in Prüfung gezogenen Bestimmungen im Verordnungsprüfungsverfahren anzuwenden haben dürfte, und hegte gegen sie folgende Bedenken:

"Gemäß der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (etwa VfSlg. 8395/1978, 10.296/1984, 16.204/2001) sind in Ermittlung des Inhaltes eines Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen; nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Norm die in Art18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.

Der Gleichheitsgrundsatz verbietet es dem Gesetzgeber, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zu schaffen (VfSlg. 16.849/2003 uva.) bzw. Regelungen zu treffen (vgl. etwa VfSlg.13.781/1994 uva.). In VfSlg. 13.492/1993 und 15.785/2000 hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass eine Gesetzesvorschrift (jedenfalls auch) gegen das Gleichheitsgebot verstößt, wenn sie wegen ihrer weitgehenden inhaltlichen Unbestimmtheit gar nicht auf ihre Gleichheitskonformität beurteilt werden kann.

Für den Verfassungsgerichtshof scheint der Inhalt der in Prüfung gezogenen Bestimmung einerseits nicht eindeutig bestimmbar und andererseits dürften verschiedene Auslegungen zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis führen:

Das Gesetz dürfte davon ausgehen, dass sich die Netzkosten infolge des Betriebes von in das Netz einspeisenden KWK-Anlagen verringern, während sie ohne KWK-Anlagen oder bei still stehenden KWK-Anlagen infolge Strombezuges über ein anderes Netz höher sind. Der Betrieb von KWK-Anlagen innerhalb eines Netzes dürfte also zu einer Kostenverringerung des Netzbetriebes führen. Wenn nun im fünften Satz des §13 Abs1 ÖkostromG angeordnet wird, dass 'diese Kosten' bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes 'hinzuzurechnen' sind, scheint völlig unklar zu bleiben, in welcher Weise diese Hinzurechnung erfolgen soll.

Geht man davon aus, dass die für den Betrieb eines Netzes gemäß §25 ElWOG ermittelten und der Berechnung der Systemnutzungstarife zugrunde zu legenden Kosten um jenen Betrag wieder zu erhöhen sind, der der tatsächlich durch den Betrieb von KWK-Anlagen erzielten Kosteneinsparung entspricht, so dürfte dieses Ergebnis den allgemeinen Grundsatz der Kostenorientiertheit der Systemnutzungstarife in sein Gegenteil verkehren. Es dürfte auch kein sachlicher Grund dafür zu erkennen sein, den Netzbetreibern Kosten zu ersetzen, die sie sich erspart haben. Es dürfte aber auch keinen sachlichen Grund dafür geben, bei der Berechnung der Systemnutzungstarife nur die Kosteneinsparungen durch KWK-Anlagen zu berücksichtigen und nicht auch jene, die durch den Betrieb anderer netzeinspeisender Kraftwerke entstehen. Schließlich bleibt auch der Begriff der 'Kostenermittlung' im vierten Satz des §13 Abs1 Ökostromgesetz unklar.

Gegen eine Deutung der in Prüfung gezogenen Bestimmung, die Netzbetreiber hätten die ihnen im Wege der Systemnutzungstarife ersetzten Kosteneinsparungen an die KWK-Anlagen weiter zu geben, spricht, dass sich für eine Verpflichtung zur Weitergabe der so erzielten Einnahmen im Gesetz kein Hinweis findet. Andererseits könnte das Verhältnis zwischen dem Unterstützungsbetrag für KWK-Anlagen und der Überlassung eines Teils der Systemnutzungsentgelte an die Betreiber von KWK-Anlagen zu einem unsachlichen Ergebnis führen.

Die mögliche Auslegung, die Kostenersparnis für den Netzbetreiber sei beim Unterstützungsbetrag für die KWK-Anlagen abzuziehen und den Systemnutzungstarifen hinzuzurechnen, dürfte ebenfalls sachlich nicht zu begründen sein."

5. Sowohl die Bundesregierung, als auch zunächst die Energie-Control Kommission nahmen von einer Äußerung im Gesetzesprüfungsverfahren ausdrücklich Abstand.

6. Die im Verfahren V132/03 antragstellende Gesellschaft äußerte sich im Gesetzesprüfungsverfahren wie folgt:

"1.3.1 Vorausgeschickt werden muss, dass die Bestimmung des '13 Abs1 ÖkostromG eine Begünstigung für den Betrieb von KWK-Anlagen vorsieht, wie auch das Gesetz überhaupt eine Reihe von Begünstigungen für andere Arten umweltschonender Erzeugung elektrischer Energie vorsieht. Die Umweltschonung der KWK-Anlagen beruht darauf, dass ein Teil der bei der Erzeugung von Strom in kalorischen Kraftwerken zwangsläufig entstehenden Wärme, durch KWK-Anlagen dazu benutzt wird, um die Wärmegewinnung zu optimieren und die Wärme weiter zu transportieren, was die Beheizung von Räumen durch eigene Öfen bzw. durch Erdgasthermen hintanhält, wodurch insgesamt unzweifelhaft ein positiver Einfluss auf die Umwelt ausgeübt wird; dies im Sinne des BVG über den umfassenden Umweltschutz, BGBl 1984/491.

Auch europarechtlich ist die Erlassung einer derartigen Rechtsvorschrift geboten (RL 2001/77/EG vom 27.9.2001, ABl L 283,33). Insbesondere sei darauf verwiesen, dass gem Art14 Abs7 der RL 2003/54/EG angeordnet wird, dass ein Verteilernetzbetreiber bei der Planung seines Netzes insbesondere dezentrale Erzeugungsanlagen zu berücksichtigen

hat (durch die sich die Notwendigkeit der Nachrüstung oder eines Kapazitätsersatzes erübrigt), ferner dass gem Art14 Abs4 die Verteilernetzbetreiber, KWK-Anlagen und Anlagen, die erneuerbare Energie einsetzen, der Vorzug einzuräumen habe. Schließlich kann auf die RL 2004/8/EG vom 11.2.2004 (umzusetzen bis 21.2.2006) über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt verwiesen werden. Nach deren Art7 Abs1 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass sich eine Förderung der KWK in bestehenden und künftigen Blöcken am Nutzwärmebedarf und an den Primärenergieeinsparungen orientiert, wobei auch die Möglichkeit der Senkung der Energienachfrage durch andere wirtschaftlich tragbare oder dem Umweltschutz förderliche Maßnahmen und andere Maßnahmen im Bereich der Energieeffizienz zu berücksichtigen sind.

Die Regelung des ÖkostromG in Bezug auf die KWK-Energie beinhaltet in §13 Abs1 eine Norm, die ab dem Jahre 2005 für die Betreiber von KWK-Anlagen eine Förderung vorsieht, die von den beweglichen Kosten ausgeht, die in der Stromerzeugungsanlage dadurch anfallen, dass zusätzlich zu den Kosten für die Stromerzeugung, Kosten für die Wärmeerzeugung entstehen (wenn eine KWK-Stromerzeugungsanlage besteht, ist zur Erreichung der gleichen Stromerzeugung ein höherer Einsatz von Brennstoff erforderlich, wenn gleichzeitig damit Wärme erzeugt werden soll, oder umgekehrt, würde die Anlage ohne Wärmeerzeugungseinrichtung gebaut und betrieben, so würde bei gleichem Brennstoffeinsatz eine höhere Strommenge aus der Anlage gewonnen werden können als beim Kopplungsbetrieb.)

Diese Unterstützungstarife, die in Cent/kWh vorgesehen werden müssen, sind im Jahr 2003 und 2004 durch §13 Abs3 ÖkostromG in einer pauschalierten (niedrigeren) Abgeltung geregelt. In der Regelung, die den Unterstützungstarif für KWK-Strom ab 2005 an sich zum Gegenstand hat, wird der zitierte 4. und 5. Satz einbezogen. Verständlich wird das Regelwerk dadurch, dass für den Unterstützungstarif für KWK-Strom nur variable Kosten (Brennstoffkosten, Kosten der Instandhaltung und Betriebskosten) umfasst sind, wobei grundsätzlich die Kosten für eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sowie Pensionszahlungen, Verwaltungskosten und Steuern nicht zu den, durch den Unterstützungstarif abzugeltenden Kosten zählen.

..."

"1.3.3" [Nummerierung des Schriftsatzes] Zu den Bedenken betreffend Umkehrung des Grundsatzes der Kostenorientiertheit der Systemnutzungstarife in das Gegenteil, wenn ersparte Kosten der Netzbetreiber ersetzt werden sollten, sei darauf zu verweisen, dass für die Fixkosten, insbesondere für die Kosten der Errichtung der KWK-Anlagen (bzw. Erfassung der Abschreibungen für diese Investitionen als Kosten) im Rahmen des §13 Abs1 ÖkostromG dem KWK-Stromerzeugungsanlagenbetreiber kein Kostenersatz vorgesehen sei. Er erhalte nur für die aufgezählten variablen Kosten im Wege des Tarifs eine Unterstützung.

"Nach dem 2. VerstG hatten die Landesgesellschaften die Stromerzeugung und Stromversorgung als Monopolisten in einem jeweils bestimmten Gebiet inne. Durch das BVG, mit dem die Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen der österreichischen Elektrizitätswirtschaft geregelt werden (Art2 BGBl I 1998/143), wurden die Eigentumsverhältnisse an den sog. Landesgesellschaften festgeschrieben. Das EIWOG hat das Monopol stufenweise (zuletzt BGBl I 2000/121) beseitigt, sodass Strom nicht mehr notwendigerweise vom Netzbetreiber, sondern von jedermann, der Strom erzeugt, bezogen werden kann. Mit dem EIWOG erfolgte das Unbundling, d.h. die Trennung rechnungsmäßiger Art des Netzbereiches vom Produktionsbereich (und seit 2000 auch vom Handelsbereich). Infolge der durch das 2. VerstG bzw. das BVG BGBl I 1998/143 geschaffenen Rechtslage war Erzeuger und Netzbetreiber zwar dieselbe juristische Person (sog. Landesgesellschaften, hier Stadt Wien, E-Werke), infolge des EIWOG war eine zunächst rechnungsmäßige Trennung verankert (§8 EIWOG), die mit 1.12.1998 in Kraft trat (§66 Abs3 EIWOG), wobei die Durchführung allerdings vom jeweiligen Geschäftsjahrsbeginn nach dem erwähnten Stichtag abhing. Die Investitionen der Landesgesellschaften, gegenständlich die Investition der Antragstellerin des Verordnungsprüfungsverfahrens, in KWK-Anlagen, wurden daher vom Gesetzgeber prinzipiell nicht mehr dem KWK-Anlagenbetreiber, der gem §13 Abs1 ÖkostromG nur die variablen Kosten und dies nur bis 2008 (§13 Abs5 ÖkostromG) gefördert erhielt, direkt abgegolten, sondern die Abgeltung der Investitionen erfolgte indirekt über den Netzbetreiber.

Dies gilt jedenfalls für jene Landesgesellschaften, die die Stromerzeugung überwiegend in kalorischen Kraftwerken vornehmen. Eine bestimmte Art von kalorischen Kraftwerken sind die KWK-Anlagen. Die Entscheidung war aber auch sachlich deswegen gerechtfertigt, weil eine marktunabhängige Bestimmung von Preisen, die durch staatliche Intervention festgesetzt werden können, sich nur bei den den Kostenaufwand für das Netz abgeltenden

Systemnutzungstarifen durchführen lässt. Die Systemnutzungstarife sind ja auch Grundlagen für Zuschläge, die zur Finanzierung der variablen Kosten der KWK-Anlagen vorgesehen sind (§13 Abs10 ÖkostromG). Hingegen war für die variablen Kosten das Eingehen in das Rechnungswesen des KWK-Anlagenbetreibers relevant.

Der Gesetzgeber hat also zu Recht die seinerzeitigen Investitionen für KWK-Anlagen dadurch teilweise abzugelten getrachtet, dass daraus erfließende Mittel über die Systemnutzungstarife eingehoben werden. Am Rande sei bemerkt, dass gerade der Betrieb von kalorischen Kraftwerken die Umwelt stärker belastet, als dies Wasserkraftanlagen tun, sodass gerade hier der Mehraufwand abzugelten war, der zur Vermeidung der Umweltschädigung in Kauf genommen wurde.

Andererseits sind die Kosten, die für KWK-Anlagen als Mehrkosten gegenüber normalen Stromanlagen bei der Investition entstanden, typischerweise (heute) keine Kosten des Netzbetreibers. Dagegen wären Kosten, die ohne den Bau der KWK-Anlagen dadurch entstehen, dass die Übertragungskapazität der Netze gesteigert werden muss, um überregional die fehlenden Strommengen heranschaffen zu können, ein Kostenelement des Netzbetreibers. Hervorzuheben ist, dass die Kosten des Netzausbaus, die die Nichtinvestition in KWK-Anlagen (sinngemäß natürlich auch andere kalorische Kraftwerke) hervorrufen würden, typischerweise geringer sind als die Investitionskosten in die KWK-Anlage. Es zeigt sich, dass die Investitionen in den Netzausbau, die infolge der Investitionen in die KWK-Anlagen unterblieben sind, geringere Beträge ausmachen als die Investitionen in die KWK-Anlagen. Dass sonstige kalorische Kraftwerke, die ebenfalls innerhalb des Netzbereichs der Wienstrom errichtet werden hätten können, nicht bei der vorliegenden Rechnung berücksichtigt wurden, ergibt sich als Ausfluss des bereits erwähnten Umweltschutzgedankens, bzw. des BVG über den umfassenden Umweltschutz als Staatsziel und der RL 2001/77/EG und 2003/54/EG, weil solche Kraftwerke Umweltschäden hervorrufen.

Der Gesetzgeber hat also die Investitionskosten in die KWK-Anlagen nicht berücksichtigt und stattdessen die Investitionskosten, die alternativ aufgetreten wären, hätte man die KWK-Anlagen nicht berücksichtigt, zum Maßstab genommen, um die Kosten für die KWK-Investitionen zu berücksichtigen.

1.3.4 [Zum Bedenken der Unsachlichkeit, wenn bei der Berechnung der Systemnutzungstarife nur die Kosteneinsparungen durch KWK-Anlagen, nicht aber jene, die durch andere netzeinspeisende Kraftwerke entstehen, zu berücksichtigen sind:]

Wasserkraftanlagen mit einer Engpaßleistung bis 10 MW und andere Anlagen aus erneuerbaren Energieträgern werden im 1. Abschnitt des ÖkostromG gefördert, und zwar durch die Festlegung eines Einspeisungstarifes. Dieser Einspeisungstarif bewirkt höhere Zuschläge zum Systemnutzungstarif als der KWK-Zuschlag.

Hydraulische Kraftwerke können typischerweise nicht im Zentrum des Stromverbrauchsgebietes (Ballungszentren) errichtet werden, weil die Naturgegebenheiten dies nicht zulassen, sodass die Netzinvestitionen sich durch die Errichtung von hydraulischen Kraftwerken nicht wesentlich reduzieren lassen.

1.3.5 [Zum Bedenken, es sei unklar, in welcher Weise eine Hinzurechnung von Kosten bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifs erfolgen solle; der Begriff der "Kostenermittlung" sei unklar:]

Die Bestimmungen des §13 ÖkostromG stehen in engster Verbindung mit §25 ElWOG. Gem §25 Abs2 ElWOG sind die Systemnutzungstarife (diese umfassen unter Berücksichtigung des §25 Abs1 ElWOG jedenfalls den Tarif, der die Bestandteile 'Netznutzungsentgelt, Netzbereitstellungsentgelt, Netzverlustentgelt und Systemdienstleistungsentgelt' enthält) kostenorientiert zu bestimmen und haben dem Grundsatz der Kostenwahrheit zu entsprechen (Satz 1). Die Bestimmung der Preise unter Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von den Kosten eines rationell geführten, vergleichbaren Unternehmens ausgeht, ist zulässig (Satz 2).

Für die folgende Betrachtung ist der im Abs2 nachfolgende Satz 'Weiters können der Preisbestimmung Zielvorgaben zugrundegelegt werden ...' gegenständlich ohne Bedeutung, weil Voraussetzung zunächst einmal die Bestimmung der Kosten ist, bevor Produktivitätsabschläge bei der Berechnung eine Rolle spielen können. Desgleichen ist die lediglich auf die Strukturierung der Systemnutzungstarife abzielende Bestimmung des letzten Satz des §25 Abs2 ElWOG zunächst außer Betracht zu lassen. Dasselbe gilt auch für die erst in Folge der Kostenermittlung anzuwendende Norm des §25 Abs3 ElWOG über die Gleichbehandlung der Systemnutzer. Das gilt auch für die Sondervorschrift des §25 Abs7



ElWOG, sowie auch für die Bestimmungen des §25 Abs11 und 12 ElWOG, die ja lediglich die Bemessung des Tarifs nach Leistung oder elektrischer Arbeit vorsehen und schließlich auch für die Bestimmung des §25 Abs13 ElWOG, die den Grundsatz der Kostenwälzung statuiert.

Wie der Verfassungsgerichtshof bereits im Erkenntnis G67/04 vom 16.10.2004 zu §25 ElWOG ausgeführt hat, ergibt sich aus §25 Abs2 ElWOG eine Reihenfolge für die Kostenberücksichtigung bei der Ermittlung der Systemnutzungstarife. Danach hat die Behörde bei der Tarifbestimmung von den Kosten des konkreten Unternehmens auszugehen. Diese können (in der Folge) an den Verhältnissen eines rationell geführten, vergleichbaren Unternehmens gemessen und gegebenenfalls reduziert werden. Geht man davon aus, so erweist sich die Bestimmung des §13 Abs1 ÖkostromG, wonach bei der Kostenermittlung auch die beim Betrieb einer KWK-Anlage gegenüber dem Stillstand sich ergebenden Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers miteinzurechnen und diese Kosten bei der Ermittlung des Systemnutzungstarifes hinzuzurechnen seien, als eindeutig: Die Norm bedeutet, dass die Kosten, die im Netz (durch verstärkte Ausbaunotwendigkeiten) sich ergäben, wenn man davon ausgeht, dass ein Betrieb von KWK-Anlagen nicht stattfindet, zu den Kosten des Unternehmens (Stufe 1 der Kostenermittlung gem §25 Abs2 ElWOG) hinzuzurechnen sind, wobei diese Kosten zu reduzieren sein können, wenn sich in einem rationell geführten, vergleichbaren Netzbetreiber eine Kostenverminderung ergäbe. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, dass durch Zielvorgaben (nach Meinung des Verfassungsgerichtshofes im vorzitierten Erkenntnis noch hinreichend gesetzlich vorausbestimmt) eine weitere Kostenreduktion eintreten kann.

Ausgehend von dieser Judikatur und den Zielvorgaben im §4 ÖkostromG, der wiederum in Verfolgung der Zielvorgabe des umfassenden Umweltschutzes gem BVG BGBl 1984/491 steht, ergibt sich sohin, dass die angeführten Bestimmungen des §13 Abs1 ÖkostromG hinreichend iSd Art18 Abs1 B-VG gesetzlich determiniert sind, wenn man sie im Zusammenhang mit §25 ElWOG, der ja prinzipiell die Regelungen für die Bestimmung des Systemnutzungstarifs nach Kosten enthält, auch von jener Vorausbestimmtheit ist, die §25 Abs2 ElWOG selbst enthält, und die der Verfassungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis für mit Art18 B-VG vereinbar angesehen hat.

Insbesondere wird darauf verwiesen, dass §25 Abs1, 2. Satz ElWOG ausdrücklich sagt, dass die in Z1-4 sowie Z7 angeführten Entgelte unter Zugrundelegung eines Tarifs zu ermitteln sind, der von der ECK durch Verordnung oder Bescheid zu bestimmen ist. Der Begriff der Kostenermittlung ist sohin mit dem Begriff der Kostenbestimmung prinzipiell identisch. Zwar könnte man meinen, dass der Begriff der Kostenermittlung gem §25 Abs1 Satz 2 ElWOG sich auf das gegenüber dem einzelnen Abnehmer zu bestimmende Entgelt bezieht, während der Begriff der Kostenbestimmung sozusagen eine Gesamtermittlung beinhaltet, doch lässt sich diese Auffassung aus §25 Abs1 ElWOG nicht vertreten. §25 Abs1 ElWOG sagt nämlich, dass die Entgelte unter Zugrundelegung eines Tarifs zu ermitteln seien. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass ein genereller, für alle Abnehmer prinzipiell gleicher Maßstab zu ermitteln (bestimmen) ist, der auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruht (§25 Abs3 ElWOG), und gem §25 Abs11 und 12 ElWOG leistungsbezogen bzw. arbeitsbezogen oder arbeits- und leistungsbezogen festzulegen ist.

Die Auffassung, dass in §13 Abs1 ÖkostromG der Begriff der Kostenermittlung bedeute, dass beim einzelnen Kunden des Netzbetreibers die Kosten der (fiktiven) Ersatzinvestition anstelle der Investition in die KWK-Anlage unmittelbar bedeutsam seien, kann nicht ernstlich vertreten werden, weil §13 Abs1 ÖkostromG ausdrücklich sagt, dass bei der Tarifiermittlung die Kosten hinzuzurechnen sind. Der Gesetzgeber gebraucht also offensichtlich den Begriff der Kostenermittlung, der Tarifiermittlung und der Kostenbestimmung gleichsinnig.

1.3.6 [Zum Bedenken, im Gesetz sei keine Weitergabe der ersetzten Kosteneinsparungen von den Netzbetreibern an die Betreiber der KWK-Anlagen vorgesehen; Verhältnis des Unterstützungsbeitrags zum weitergegebenen Ersatz der Kosteneinsparungen unsachlich; Abzug der Kostenersparnis vom Unterstützungsbeitrag und Hinzurechnung zum Systemnutzungstarif unsachlich:]

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Deutung, wonach die im Wege der Systemnutzungstarife ersetzten Kosteneinsparungen des Netzbetreibers von diesem an den Betreiber der KWK-Anlage weiterzugeben seien, im Gesetz (nämlich gemäß §8 ElWOG) insofern begründet ist, da diese Erlöse zur teilweisen Abgeltung der Errichtungskosten dem Rechnungskreis Erzeugung zuzuordnen sind. Ebenso verfehlt ist die Auslegung, dass die Kostenersparnis vom Unterstützungsbeitrag abzuziehen und beim Systemnutzungstarif hinzuzurechnen wäre. Dies vor allem deswegen, weil §13 Abs1 ÖkostromG vom Prinzip ausgeht, dass nur die variablen (genau definierten) Kosten, nämlich Brennstoffkosten, Kosten der Erhaltung und Betriebskosten mit Ausnahme der Kosten für eine angemessene

Verzinsung des eingesetzten Kapitals, der Kosten für Pensionszahlungen, der Verwaltungskosten und der Steuern in die Förderung einfließen, sodass ein Kostenersatz für die Investitionen nur über den Umweg des Kostenersatzes für die vermiedenen Netzausbaukosten erfolgen kann.

Da der Anreiz für Investitionen in Form der Erneuerung von kalorischen Kraftwerken (Umbau zu KWK-Anlagen oder Erhöhung des Wirkungsgrades von KWK-Anlagen) über den Ersatz variabler Kosten an den KWK-Anlagenbetreiber bzw. über den Ersatz der Kosten des vermiedenen Netzausbaus zu gering ist, und keinen Betreiber von kalorischen Kraftwerken oder veralteten KWK-Anlagen veranlassen würde, entsprechende Investitionen zu tätigen, hat der Gesetzgeber im §13 Abs1 ÖkostromG als sachlich durchaus begründete Ausnahme, den Fall der Erneuerung der KWK-Anlagen und deren Subvention durch Berücksichtigung der Investitionen in Form einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigt. Diese Anordnung baut eben auf der bereits durchgeführten Teilung der Rechnungskreise auf; während die allgemeine Anordnung die vermiedenen Netzausbaukosten als Maß für die kostenmäßige Abgeltung der Investitionen in KWK-Anlagen vorsieht und auf das System der einheitlichen Landesgesellschaften abstellt, die die seinerzeitigen Investitionen finanzierten.

§13 Abs1 ÖkostromG sieht also nur bei modernisierten Anlagen vor, dass die Kosten für eine angemessene Verzinsung des eingefügten Kapitals zu berücksichtigen sind. Dabei handelt es sich um eine Vorschrift, die den Kostenersatz für den Betreiber für KWK-Anlagen regelt. Unter einer modernisierten Anlage iSd §13 Abs1 ÖkostromG kann nur eine Anlage verstanden werden, die nach Inkrafttreten des ÖkostromG modernisiert wurde, das heißt mit anderen Worten, nach dem 1. Jänner 2003 (§32 Abs3 ÖkostromG). Offenbar wollte der Gesetzgeber hier für den Eigentümer von KWK-Anlagen die Kostenbelastung aus der Hingabe des Kapitals egalisieren, um zu erreichen, dass die positive Auswirkung auf die Umwelt durch eine bessere Energieauswertung noch gesteigert wird. Dies steht offenbar auch im Zusammenhang mit dem zweitvorletzten Satz des §13 Abs2 ÖkostromG, der das Effizienzkriterium erhöht, das erreicht werden muss, um den Förderungsbedingungen auch im Jahr 2005 zu entsprechen. Zu diesem Zeitpunkt war das funktionelle Unbundling bereits sichergestellt (§66 Abs2 EIWOG). Ob die Gesetzgebung auch für Erneuerungen, die sich zwischen 1999 und 2002 ereignet haben, eine Abgeltung der Kapitalkosten zugunsten der KWK-Stromerzeugungsunternehmen hätte vorsehen müssen, ist eine Frage, die zur Beurteilung der Regelung des §13 Abs1 Satz 4 und 5 ÖkostromG keine Bedeutung hat."

7. Darauf replizierte die Energie-Control Kommission wie folgt:

"Ad 1.3.1

Zunächst ist zu sagen, dass die von der Antragstellerin zitierten europäischen Richtlinien keinesfalls als Vorschriften zu betrachten sind, welche es zwingend gebieten, die in Prüfung gezogenen Bestimmungen zu erlassen bzw. so auszulegen, wie dies von der Antragsstellerin praktiziert wird. Die RL 2001/77/EG regelt die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen, sie findet jedoch auf KWK-Anlagen keine Anwendung. Art14 Abs7 RL 2003/54/EG gibt lediglich vor, dass der Verteilernetzbetreiber bei der Planung des Verteilernetzausbaus Energieeffizienz-/Nachfragesteuerungsmaßnahmen und/oder dezentrale Erzeugungsanlagen zu berücksichtigen hat. Dies ist eine allgemeine Vorschrift, welche keinesfalls eine gezielte Förderung von KWK-Anlagen vorschreibt. Art14 Abs4 RL 2003/54/EG wurde bereits durch §20 Abs1 Z4 EIWOG umgesetzt und steht ebenso in keinem Zusammenhang mit einer finanziellen Begünstigung von KWK-Anlagen. Schließlich spricht auch Art7 Abs1 RL 2004/8/EG eher dafür, dass vermiedene Netzkosten nicht zur Förderung von KWK-Anlagen verwendet werden sollen, wird in dieser Vorschrift doch ausdrücklich auf eine Förderung abgestellt, die sich am Nutzwärmebedarf und an den Primärenergieeinsparungen orientiert. Jedenfalls lässt sich aus europarechtlicher Sicht kein Gebot ableiten, KWK-Anlagen über vermiedene Netzkosten zu fördern.

Ad 1.3.3

Die Ausführungen der Antragstellerin leiden unter dem Makel, dass sie von Rahmenbedingungen ausgehen, die möglicherweise auf die Situation der Antragstellerin zutreffen, die sich allerdings nicht verallgemeinern lassen. Bereits in der Zeit vor Inkrafttreten des EIWOG und der darin enthaltenen Rechnungslegungs- und Entflechtungsvorschriften, war es auch für andere Unternehmen als die Landesenergieversorger möglich, eine Kraftwerksanlage zu errichten (vgl bspw §3 Abs1 litb Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 1976 idF LGBl 22/1980 und LGBl 2/1993). Es gab und gibt somit auch KWK-Anlagen, die von (juristischen) Personen errichtet wurden, an deren Finanzierung ein (nunmehriger) Netzbetreiber nicht beteiligt gewesen ist. Dem Gesetzgeber kann nicht die gleichheitswidrige Absicht unterstellt

werden, dass bei §13 Abs1 Satz 4 und 5 Ökostromgesetz ausschließlich von Anlagen auszugehen ist, welche von (ehemaligen) Landesgesellschaften finanziert und errichtet wurden. Die Argumentation der Antragstellerin geht somit ins Leere.

#### Ad 1.3.4

Auch bei dieser Äußerung geht die Antragstellerin von einer Situation aus, die allenfalls auf die Gegebenheiten in ihrem Netzgebiet zutreffen. Allerdings gilt das Ökostromgesetz bundesweit und ist nicht nur auf die Verhältnisse eines betroffenen Unternehmens anzuwenden. Eine sachliche Rechtfertigung für eine Sonderstellung für KWK-Anlagen, die an das Netz der Antragstellerin angeschlossen sind, gibt es somit nicht.

#### Ad 1.3.5

Die Antragstellerin geht von der Annahme aus, dass es sich bei den Auswirkungen auf die Systemnutzungskosten des Netzbetreibers, die sich beim Betrieb einer KWK-Anlage gegenüber dem Stillstand ergeben, um Ausbaurkosten handelt, die der Netzbetreiber nicht zu tätigen hat, weil KWK-Anlagen in seinem Netz betrieben werden. Diese Annahme lässt sich allerdings nicht aus dem Gesetz ableiten. Ebenso kann man die Ansicht vertreten, dass damit lediglich jene Kosten gemeint sind, die sich der Netzbetreiber an laufenden 'Bezugskosten' aus dem vorgelagerten Netz (vorgelagerte Netzkosten) erspart, während die KWK-Anlagen in Betrieb sind. Beide Vorgehensweisen wären durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt. Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes, dass unklar ist, was unter der Kostenermittlung im Sinne von §13 Abs1 Satz 4 Ökostromgesetz gemeint ist, vermag die Argumentation der Antragstellerin jedenfalls nicht zu beseitigen.

#### Ad 1.3.6

Es findet sich weder im Ökostromgesetz noch im ElWOG eine Verpflichtung, vermiedene Netzkosten tatsächlich an Anlagenbetreiber auszusahlen. Die von der Antragstellerin dazu herangezogenen Vorgaben von §8ff ElWOG sind Rechnungslegungsvorschriften und beinhalten in keiner Weise eine Verpflichtung des Netzbetreibers vermiedene Netzkosten an einen KWK-Anlagenbetreiber auszusahlen. Selbst wenn man fälschlicherweise davon ausgeht, dass diese Verpflichtung für integrierte Unternehmen gelte, bleibt noch immer die Frage offen, woraus sich eine solche Verpflichtung für KWK-Anlagen ableiten lässt, welche niemals in einem eigentumsrechtlichen Zusammenhang mit dem Netzbetreiber gestanden sind. Wie bereits mehrfach angeführt, geht die Antragstellerin auch hier von der irrigen Annahme aus, dass die gesetzlichen Vorgaben von §13 Ökostromgesetz ausschließlich für das von ihr geführte Unternehmen und die dabei herrschenden Verhältnisse gelten. Selbstverständlich ist jedoch bei der Interpretation der in Prüfung gezogenen Bestimmungen auch zu hinterfragen, ob sie auf die Situation von allen in Österreich betriebenen KWK-Anlagen verfassungskonform anzuwenden sind."

III. Der Verfassungsgerichtshof hat erwogen:

#### 1. Zur Zulässigkeit:

Im Gesetzesprüfungsverfahren ist nichts hervorgekommen, was an der Zulässigkeit des zu V132/03 protokollierten Individualantrages - jedenfalls hinsichtlich der Bestimmungen der SNT-VO 2003, deren Widerspruch zu den in Prüfung gezogenen Teilen des §13 Abs1 ÖkostromG behauptet wird - zweifeln ließe. Weiters wurde nichts ins Treffen geführt, was die Annahme des Verfassungsgerichtshofs widerlegt hätte, dass er die geprüften Bestimmungen bei seiner Entscheidung über den Individualantrag anzuwenden hätte.

Der zu V132/03 protokollierte Antrag (jedenfalls hinsichtlich des behaupteten Widerspruchs zu den geprüften Bestimmungen) und

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>