

Rechtsgutachten

zur Festsetzung der Abnahmepreise

für elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen

nach dem Entwurf der Ökostromverordnung 2008

im Lichte des § 11 Abs 1 ÖkostromG

erstellt von

Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer
Energieinstitut an der Johannes Kepler Universität Linz

A. SACHVERHALT UND GUTACHTENSAUFTRAG

1. Der BMWA hat einen Entwurf zu einer Ökostromverordnung 2008 zur Begutachtung ausgesandt, der u.a. die Abnahmepreise für elektrische Energie aus neuen Kleinwasserkraftanlagen festsetzen soll. Der Verordnungsentwurf schreibt im Wesentlichen die Preisansätze der Abnahmepreisverordnung 2002 für das Jahr 2003 und die folgenden Jahre fort.
2. Die Preisansätze dieses Verordnungsentwurfes für Kleinwasserkraftanlagen sind nach Mitteilung der KLEINWASSERKRAFT ÖSTERREICH gemessen an den realen Kostenverhältnissen des Jahres 2008 nicht kostendeckend.
3. Im Auftrag der KLEINWASSERKRAFT ÖSTERREICH ist im Nachfolgenden zu beurteilen, inwiefern die Fortschreibung der Abnahmepreise für elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen von der Abnahmepreisverordnung 2002 in die Ökostromverordnung 2008 rechtmäßig ist.

B. RECHTLICHE BEURTEILUNG

1. § 10 ÖkostromG sieht in seiner nunmehr geltenden Fassung¹ eine Abnahme- und Vergütungspflicht unter anderem für elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen vor. Das Gesetz unterscheidet dabei nach einer Stichtagsregelung in folgender Weise: Die elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen, die vor dem 1. Jänner 2008 neu errichtet oder revitalisiert werden, ist zu den Preisansätzen der Verordnung BGBl II 2002/508 (idF BGBl II 2005/254) abzunehmen (§ 10 Z 1 ÖkostromG). Anderes gilt hingegen für Kleinwasserkraftanlagen, die nach dem 1. Jänner 2008 in Betrieb gehen oder nach dem 1. Jänner 2008 revitalisiert werden; elektrische Energie aus solchen Kleinwasserkraftanlagen ist zu den Preisen abzunehmen, die durch Verordnung gemäß § 11 Abs 1 ÖkostromG bestimmt werden (§ 10 Z 3 ÖkostromG). Der solchermaßen verwiesene § 11 Abs 1 ÖkostromG ermächtigt den BMWA unter anderem dazu, durch Verordnung Preise pro kWh für die Abnahme von elektrischer Energie aus Kleinwasserkraftanlagen, für die eine Abnahme- und Vergütungspflicht gemäß § 10 Z 3 ÖkostromG besteht, festzusetzen. Sodann heißt es dort wörtlich „Die Preise haben sich an den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen, zu orientieren. [...] Für das Kalenderjahr 2006 sind die Preise neu zu bestimmen, für die nachfolgenden Kalenderjahre ist in Bezug auf die jeweiligen Vorjahreswerte ein Abschlag vorzusehen, der jährlich neu zu bestimmen ist (jährliche Degression). [...]“

¹ BGBl I 2002/149 idF BGBl I 2006/105 und BGBl I 2007/10.

2. Das BMWA hat nunmehr den Entwurf zu einer Ökostromverordnung 2008 vorgelegt, die sich auf den soeben zitierten § 11 ÖkostromG bezieht. § 12 des Verordnungsentwurfes hat die „Festsetzung der Preise für Ökostrom aus neuen oder revitalisierten Kleinwasserkraftanlagen“ zum Gegenstand und soll folgende Preise (für die ersten 1.000.000 kWh) festsetzen:

- Anlagen, die im Jahr 2008 in Betrieb gehen werden: 6,24 Cent/kWh,
- Anlagen, die im Jahr 2009 in Betrieb gehen werden: 6,23 Cent/kWh,
- Anlagen, die im Jahr 2010 in Betrieb gehen werden: 6,22 Cent/kWh.

3. Damit entspricht der Abnahmepreis ziemlich genau jenem, den § 3 Abs 3 der Abnahmepreisverordnung² erstmals bereits für das Jahr 2003 für die entsprechenden Kleinwasserkraftanlagen festgesetzt hat. § 3 Abs 3 dieser Abnahmepreisverordnung legte nämlich als Preis für die Abnahme elektrischer Energie aus Kleinwasserkraftanlagen, die zwischen dem 1. Jänner 2003 und dem 31. Dezember 2005 (später dann verlängert auf den 31. Dezember 2007) neu errichtet wurden, für die ersten 1.000.000 kWh der in das öffentliche Netz eingespeisten Strommenge einen Preis von 6,25 Cent/kWh fest. Diese Preisfestsetzung stützte sich auf § 11 ÖkostromG in der Stammfassung, der die Preisfestsetzung in Abs 2 unter anderem folgendermaßen determiniert hat: „Die Preise haben sich an den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen zu orientieren.“ Damit kann festgehalten werden, dass der Abnahmepreis von 6,25 Cent/kWh augenscheinlich für das Jahr 2003 kostenorientiert war, weil im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass die Ansätze des § 3 Abs 3 Abnahmepreisverordnung 2002 rechtswidrig waren/sind.

4. Für die weiteren Überlegungen ist das Verhältnis zwischen der Abnahmepreisverordnung 2002 und dem nunmehr zu beurteilenden Entwurf zu einer Ökostromverordnung 2008 zu prüfen: Die Abnahmepreisverordnung 2002³ wurde auf der Grundlage des § 11 der Stammfassung des ÖkostromG erlassen. Das ÖkostromG, insbesondere sein § 11, wurde bisher erst einmal umfassend novelliert, nämlich durch die am 27. Juni 2006 herausgegebene Novelle BGBl I 2006/105⁴. Erst diese Ökostromgesetznovelle 2006 hat den eingangs zitierten § 11 geschaffen, der die Neufestsetzung der Abnahmepreise für das Jahr 2006 verlangt. Die Abnahmepreisverordnung aus dem Jahr 2002 wurde bloß ein einziges Mal novelliert, nämlich durch BGBl II 2005/254. Diese Novellierung hatte die Verlängerung des zeitlichen Anwendungsbereiches der Abnahmepreise (unter anderem) für Kleinwasserkraftanlagen zum Gegenstand (die Relevanz der Abnahmepreise, die mit der Abnahmepreisverordnung 2002 in der Stammfassung festgelegt worden waren, wurde bis zum Ende des Jahres 2007 erstreckt).

² BGBl II 2002/508.

³ BGBl II 2002/508.

⁴ BGBl I 2006/50 betraf bloß eine punktuelle, in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang nicht interessierende Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof; BGBl I 2007/10 betraf ebenfalls bloß eine punktuelle, hier nicht interessierende Bereinigung der Rechtslage.

5. Diese Erstreckungsverordnung ist schon deswegen nicht die in § 11 Abs 1 ÖkostromG in der geltenden Fassung angesprochene Neufestsetzung des Preises für das Jahr 2006, weil § 11 Abs 1 ÖkostromG in der die Neufestsetzung für das Jahr 2006 verlangenden Fassung im Zeitpunkt der Erlassung der Abnahmepreisverordnungsnovelle 2005 noch gar nicht in Geltung stand, ja noch nicht einmal beschlossen oder kundgemacht worden war. Damit gilt, dass die Abnahmepreisverordnung 2002 in der Fassung 2005 nicht jene Preisfestsetzung für 2006 ist, von der dann § 12 Ökostromverordnung 2008 im Sinne von § 11 ÖkostromG idgF samt der dort vorgesehenen Degression in Bezug auf die Preise des Jahres 2006 auszugehen hätte.

6. Des Weiteren ist unklar, warum § 11 Abs 1 ÖkostromG 2006 die Neufestsetzung der Abnahmepreise pauschal für das Jahr 2006 vorschreibt. Der Sinnzusammenhang zwischen § 10 Z 1 und Z 3 sowie § 11 ÖkostromG idgF würde vielmehr bei Kleinwasserkraftanlagen ein Abstellen auf das Jahr 2008, und zwar gerade auch in § 11 Abs 1 ÖkostromG, nahelegen: Für die Zeitphase bis 2008 gelten noch die Preisansätze der Abnahmepreisverordnung 2002 (so vereinfacht § 10 Z 1 ÖkostromG idgF), für die Zeitphase ab 2008 sollen die neuen Preisansätze einer Verordnung nach § 11 Abs 1 leg cit gelten. Naheliegen würde also, wenn § 11 Abs 1 leg cit die erstmalige Neufestsetzung der Preise, was Kleinwasserkraftanlagen anlangt, für das Jahr 2008 vorschreiben würde.

Diese Diskrepanz zwischen den zeitlichen Zäsuren des § 10 Z 1 und Z 3 einerseits und des § 11 Abs 1 ÖkostromG andererseits erklärt sich wohl folgendermaßen: Noch der Entwurf zur Ökostromgesetznovelle 2006, der im Bericht des parlamentarischen Ausschusses vom Dezember 2005 dem Nationalrat zur Beschlussfassung anempfohlen worden war (AB 1225 BlgNR 22. GP.), war in sich konsistent, indem sowohl § 10 als auch § 11 des Novellentwurfes auf das Jahr 2006 abgestellt haben. Bis zur endgültigen Beschlussfassung der Ökostromgesetznovelle 2006 verging indessen noch ein diskussionsintensives halbes Jahr. Augenscheinlich wurde noch nach der Behandlung der Ökostromgesetznovelle 2006 im parlamentarischen Ausschuss die zeitliche Zäsur des § 10 Z 1 und Z 3 leg cit vom Jahr 2006 auf das Jahr 2008 verschoben; dabei blieb unbeachtet, die damit in innerem Zusammenhang stehende zeitliche Zäsur des § 11 Abs 1 ebenfalls mit anzupassen. Sowohl Sinn und Zweck der §§ 10 f ÖkostromG idgF als auch die Entwicklung der Ökostromgesetznovelle 2006 legen also nahe, dass es sich bei der Nennung des Jahres 2006 in § 11 Abs 1 leg cit in Bezug auf Kleinwasserkraftanlagen bloß um ein Redaktionsversehen handelt, dass also die erstmalige Neufestsetzung der Abnahmepreise für das Jahr 2008 erfolgen sollte. Dieses Redaktionsversehen ist durch Auslegung zu berichtigen. Daraus folgt aber, dass der vorliegende Entwurf des BMWA zu einer Ökostromverordnung 2008 insofern folgerichtig ist, als er die neuen Abnahmepreise nicht erstmals für das Jahr 2006, sondern erstmals für das Jahr 2008 festsetzt.

7. Die Neufestsetzung der Preise für die Abnahme von elektrischer Energie aus Kleinwasserkraftanlagen für das Jahr 2008 (mit 6,24 Cent/kWh) ist (nur) dann rechtmäßig, wenn dieser Preisansatz den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen, korreliert (so die Anforderung des § 11 Abs 1 2. Satz ÖkostromG idgF). Wenn die Abnahmepreise hingegen am Maßstab des § 11 Abs 1 ÖkostromG 2008 zu niedrig festgesetzt würden, wäre die Ökostromverordnung 2008 in diesem Punkt rechtswidrig.

8. Aus dem Vergleich der Abnahmepreise, welche die Abnahmepreisverordnung 2002 erstmals bereits für das Jahr 2003 festgesetzt hat, mit dem Preis, den der Entwurf zur Ökostromverordnung 2008 für das Jahr 2008 festzusetzen beabsichtigt (nämlich 6,25 zu 6,24 Cent/kWh) lassen sich nun noch keine zwingenden Schlüsse auf die Rechtswidrigkeit des Verordnungsentwurfes ziehen. Maßstab für dessen Rechtmäßigkeit ist nämlich nicht der Vergleich zur Abnahmepreisverordnung 2002, sondern allein die Frage seiner Übereinstimmung mit § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF, unter anderem der Anforderung, dass der Preis an den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen orientiert sein muss. Der Vergleich lässt aber zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Preisansätze des Verordnungsentwurfes aufkommen: Wenn man davon ausgeht, dass die Preisansätze der Abnahmepreisverordnung 2002 für das Jahr 2003 rechtsrichtig waren und also der Preisansatz von 6,25 Cent/kWh damals den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen entsprochen hat, und wenn man weiters ins Kalkül zieht, dass die Produktionskosten in der Zwischenzeit (allein bereits inflationsbedingt) wahrscheinlich gestiegen sind, dann erscheint zumindest fraglich, ob ein Preisansatz von 6,24 Cent/kWh für das Jahr 2008 kostenorientiert sein kann. Tatsächlich kann diese Frage allerdings allein mit den Methoden der Rechtswissenschaften nicht beantwortet werden. Die Beantwortung der Frage, ob 6,24 Cent/kWh kostenorientiert im Sinn von § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF mit Bezug auf das Jahr 2008 sind, setzt die Erhebung der durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Kleinwasserkraftanlagen im Jahr 2008 auf sachverständiger Ebene (also durch ein wirtschaftsfachliches Gutachten voraus). Erst auf der Grundlage eines solchen Gutachtens kann die Rechtsfrage beantwortet werden, welcher Abnahmepreis noch kostenorientiert im Sinn des § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF ist.

9. Der BMWA, der eine Verordnung nach § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF erlässt, hat nach ständiger Rechtsprechung des VfGH (vgl etwa VfSlg 11.756/1988, 17.161/2004) die Pflicht zur Grundlagenforschung. Er muss das Faktensubstrat erheben, das erforderlich ist, damit eine im Sinn des § 11 Abs 1 ÖkostromG rechtmäßige Verordnung erlassen werden kann. Der BMWA muss also sachverständig fundierte Erhebungen zur Frage, welche Produktionskosten kosteneffiziente Anlagen im Jahr 2008 durchschnittlich aufweisen, anstellen. Fehlte es an einer solchen Grundlagenforschung – wenn also beispielsweise die Preisfestsetzung

10. „freihändig“ erfolgen würde -, so wäre die Preisfestsetzung jedenfalls rechtswidrig und würde vom Verfassungsgerichtshof nach Art 139 B-VG aufgehoben. Des weiteren müsste eine Preisfestsetzung aber als gesetzwidrig aufgehoben werden, wenn zwar entsprechende Grundlagenerhebungen vorliegen, der Vergleich der Grundlagenerhebung mit den dann letztlich verordneten Preisansätzen aber ergäbe, dass die Preisansätze nicht kostenorientiert im Sinn des § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF wären. Auch diese Frage ließe sich in einem Verordnungskontrollverfahren nach Art 139 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof klären. In diesem Verfahren müsste der Verordnungsakt des BMWA vorgelegt werden. Die Verordnung müßte also sowohl aufgehoben werden, wenn der Verordnungsakt keine Grundlagenforschungsergebnisse enthielte, als auch dann, wenn die Ergebnisse der Grundlagenforschung offenbaren würden, dass der festgesetzte Preis (6,24 Cent/kWh) nicht kostenorientiert im Bezug auf die durchschnittlichen Produktionskosten einer effizienten Anlage im Jahr 2008 wäre.

C. ZUSAMMENFASSUNG

1. Der BMWA ist nach § 11 Abs 1 ÖkostromG idgF verpflichtet, die Abnahmepreise für elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen in Orientierung an „den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen,“ festzusetzen.

2. § 11 Abs 1 ÖkostromG verpflichtet den BMWA zur Neufestsetzung der Abnahmepreise für elektrische Energie aus Kleinwasserkraftanlagen für das Jahr 2008. Zwar bezieht der Wortlaut des § 11 Abs 1 ÖkostromG die Neufestsetzung auf das Jahr 2006, sowohl aus der Zusammenschau von § 10 Z 1 und Z 3 und § 11 als auch aus der Entstehung der ÖkostromG-Novelle 2006 ergibt sich jedoch, dass die Neufestsetzung bei Kleinwasserkraftanlagen nicht für das Jahr 2006, sondern für das Jahr 2008 zu erfolgen hat.

3. Die Preisansätze der Abnahmepreisverordnung 2002 idF BGBl II 2005/254 sind weder die in § 11 ÖkostromG idgF wörtlich angesprochenen, neu festzusetzenden Preise für 2006 noch die in § 11 Abs 1 leg cit gemeinten neu festzusetzenden Preise für 2008.

4. Erst die im Entwurf vorliegende Ökostromverordnung 2008 enthielte die gesetzlich gebotene Neufestsetzung der Abnahmepreise für das Jahr 2008. Die diesbezüglichen Preisansätze des Verordnungsentwurfes wären daher rechtswidrig, wenn sie nicht in Orientierung an „den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen,“ und zwar an den Produktionskosten des Jahres 2008, erfolgen würden.

5. Der BMWA ist als verordnungsgebende Behörde zur Grundlagenforschung verpflichtet und muss solcherart die „durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen,“ bezogen auf das Jahr 2008, fachkundig ermitteln. Unterließe der BMWA diese Ermittlung und würde er die Abnahmepreise somit „freihändig“ festsetzen, so wäre die Ökostromverordnung 2008 mit einem gravierenden Verfahrensfehler belastet und vom VfGH aufzuheben.

Linz, im Dezember 2007

Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer