

Wien, 22. Juli 2019

## MEMORANDUM

### **Möglichkeiten einer Erhöhung der Fördermittel für die Ökostromförderung**

IG Windkraft hat Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH („CHSH“ oder „wir“) beauftragt, im Hinblick auf eine anstehende Novellierung des Ökostromgesetzes 2012 („ÖSG“) aufgrund von zwei Initiativanträgen<sup>1</sup> beihilfenrechtliche Fragestellungen zu prüfen.

Insbesondere ist zu prüfen, von welchen Ausgangszahlen bei einer Ausweitung der Förderung auszugehen ist.

Dazu standen ein Gutachten von Binder Grösswang Rechtsanwälte („Gutachten BG“) und eine Darstellung „Beihilfenrechtliche Bewertung ÖSG Novelle 2019“ der IG Windkraft zur Verfügung.

Wir verweisen zunächst auf unsere Stellungnahme „Beihilfenrechtliche Notifizierungspflicht eines Sonderkontingents im Rahmen der kleinen Ökostrom-Novelle 2017“ vom 27.3.2017 („Gutachten CHSH“).

#### ***Zusammengefasst kommen wir zu folgendem Ergebnis:***

- Die Ausführungen im Gutachten CHSH haben weiterhin – dem Grunde nach – Gültigkeit.
- Zu beachten ist, dass das ÖSG bzw die Ökostromförderung bis 8.2.2022 erneut zu notifizieren ist.
- Die im Gutachten BG vorgebrachten Einwände gegen die Berechnungsgrundlagen aus dem Gutachten CHSH sind keinesfalls zwingend.

Dazu im Einzelnen:

#### **1. Genese des ÖSG**

- a. Das ÖSG wurde im Jahr 2002 in Umsetzung der RL 2001/77/EG erlassen. Das ÖSG 2002 garantierte den Betreibern von Ökostromanlagen eine uneingeschränkte, gesetzliche Abnahme zu den per Verordnung festgelegten Einspeisetarifen ohne betragsmäßige Beschränkung.
- b. Eine solche Deckelung der Förderbeträge führte die **ÖSG-Novelle 2006** ein. Neue

---

<sup>1</sup> 960/A, XXVI. GP, 966/A, XXVI. GP.

Ökostromanlagen wurden nunmehr mittels eines begrenzten kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens gefördert (wobei die Ökostromabwicklungsstelle eine Abnahmeverpflichtung traf); die Reihung der subventionierten Ökostromanlagen erfolgte nach dem „first come first serve“-Prinzip. Waren die Fördermittel aufgebraucht, wurden die zu spät kommenden Förderwerber auf eine – aufgrund der verknüpften Mittel letztlich sehr lang gewordene – „Warteliste“ gesetzt und im darauffolgenden Jahr vorrangig berücksichtigt.<sup>2</sup>

- c. Mit den **ÖSG-Novellen 2008** wurde u.a. der Windkraftausbau forciert; konkret sollten bis 2015 neue Kapazitäten iHv 700 MW hinzukommen. Das jährliche kontrahierbare Einspeisevolumen wurde von 17 Mio Euro auf 21 Mio Euro angehoben.
- d. Um die langen Wartelisten abzubauen, wurde im Zuge der **ÖSG-Novelle 2012** ein einmaliges „Zusatzbudget“ iHv 80 Mio Euro speziell für Windkraft vorgesehen. Diese zusätzliche Beihilfe war als Betriebsbeihilfe ausgestaltet, wobei die Förderwerber bei der „sofortigen Kontrahierung“ gem § 56 Abs 4 Z 1 ÖSG 2012 gewisse Abschläge bei den Einspeisetarifen in Kauf nehmen mussten.<sup>3</sup> Das ÖSG 2012 wurde von der Kommission beihilfenrechtlich genehmigt (dazu sogleich); Österreich hat in diesem Beihilfeverfahren zugesagt, dass es das ÖSG 2012 zehn Jahre nach der Genehmigung erneut anmeldet (sprich im Februar 2022).<sup>4</sup>
- e. Mit der sog „**kleinen Ökostromnovelle 2017**“ wurden Sondermittel zur verstärkten Förderung von Ökostromanlagen verschiedener Technologien freigegeben. Unter anderem wurde ein „Sonderkontingent“ staatlicher Mittel iHv EUR 45 Mio bereitgestellt, um die Warteliste rechtskräftig genehmigter, mangels Ressourcen aber ungeförderter und damit nicht realisierter Windkraftanlagen abzubauen (vgl § 23a ÖSG). Das Ausmaß der Aufstockung des Beihilfenvolumens der Beihilferegelung im ÖSG 2012 verblieb unter der 20%-Schwelle, sodass die Ökostrom-Novelle 2017 wohl keinem beihilfenrechtlichen Genehmigungsverfahren zugeführt werden musste.
- f. Die beiden **Initiativanträge** sehen jeweils – mit leicht unterschiedlichen Beträgen – zusätzliche Mittel für 2019 bzw 2020 vor, wobei nur einer der beiden Initiativanträge ein Sonderbudget für Biomasse vorsieht.

## 2. Beihilfenrechtliche Genehmigungen durch die Kommission

- a. Die Förderungen für Ökostromanlagen stellten potentielle Beihilfen iSd Art 107 Abs1 AEUV dar und wurden – mit Ausnahme des ÖSG 2002<sup>5</sup> – gemäß Art 108 Abs

---

<sup>2</sup> *Rihs*, Ökostromgesetz 2012: Rückblenden und Schlaglichter, RdU-UT 2012/24, 71 (74).

<sup>3</sup> Vgl § 23 ÖSG 2012; siehe auch EBRV 12223 BlgNR XXIV. GP, 10.

<sup>4</sup> Rz 115 des Beschlusses C(2012) 565 final.

<sup>5</sup> Österreich war der Ansicht, dass im ÖSG eine zur EuGH-Entscheidung *Preussen Elektra* vergleichbare Situation vorlag und die Maßnahme mangels Beihilfeeigenschaft nicht zu notifizieren sei. Aller-

3 AEUV der Kommission notifiziert bzw im Falle der letzten „kleinen ÖSG Novelle 2017“ informell mit der Kommission abgestimmt:

- **Kommissionsbeschlüsse zum ÖSG 2002:** Das ÖSG 2002 wurde von der Kommission am 04.07.2006 genehmigt (NN 162/a/2003 und N 317/A/2006). Eine unter N 47/2008 angemeldete Änderung des ÖSG (Erhöhung des Beihilfebetrags zugunsten der Erzeuger von Ökostrom) wurde am 10.07.2008 genehmigt.

- **Kommissionsbeschluss zum ÖSG 2008**

Am 05.09.2008 meldete Österreich das gesamte ÖSG mit einigen Änderungen erneut an: die Kommission prüfte das ÖSG 2008 nach Maßgabe der inzwischen neu erlassenen Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen (Fassung 2008) und genehmigte es weitgehend; der im ÖSG 2008 vorgesehene Befreiungsmechanismus für energieintensive Unternehmen wurde jedoch nicht genehmigt und in weiterer Folge als mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe qualifiziert (Verfahren C 24/2009)

- **Kommissionsbeschluss zum ÖSG 2012**

Auch das ÖSG 2012 wurde als umfassende Änderung des ÖSG 2008 hinsichtlich Ziele, Laufzeit, Mittel, Finanzierungsmechanismus, Form der Unterstützung und Förderkriterien als Beihilfenregelung bei der Kommission angemeldet. Im Ergebnis hat die Kommission das ÖSG 2012 als iSd Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen in Einklang stehend qualifiziert und insofern beihilfenrechtlich genehmigt (Beschluss C(2012) 565 final zum Verfahren SA.33384).

- **Keine Notifizierung der ÖSG-Novelle 2017**

Die kleine Ökostromnovelle 2017 und die damit einhergehende Aufstockung der Beihilfenmittel ua für Windkraft wurden nicht nach Art 108 Abs 3 AEUV notifiziert, die rechtliche Argumentation (vermutlich: keine Notifikationspflicht aufgrund Unterschreitens der Signifikanzschwelle von 20 %) und das Ausmaß der Mittelenerhöhung wurden jedoch nach unserer Information mit der Kommission abgestimmt.

### 3. Ergebnis des Gutachtens CHSH

- a. Die Erhöhung der Ökostromförderung löst jedenfalls dann keine Pflicht zur Notifizierung aus, wenn weder eine materielle Änderung der genehmigten Beihilfenregelung vorliegt, noch das Beihilfenvolumen um mehr als 20% ausgeweitet wird.

---

dings registrierte die Kommission die Maßnahme als – nunmehr nicht angemeldete – Maßnahme und leitete ein Verfahren ein.

Auch dann, wenn nur verwaltungstechnische und formale Änderungen erfolgen, kann argumentiert werden, dass keine anzumeldenden Beihilfe selbst bei Überschreitung der 20%-Grenze vorliegt.<sup>6</sup>

- b. Es ist auf die sich aus Rz 18 der Genehmigung des ÖSG 2012 ergebende Gesamtsumme<sup>7</sup> abzustellen: EUR 50 Mio (jährlich um EUR 1 Mio degressiv bis zum Jahr 2022) und diese Summe multipliziert mit der Laufzeit des Programms und der jeweiligen Förderdauer (Ausgangsbasis für die Berechnung der Höhe von 20 % sind dann ca EUR 8 Mrd).
- c. Ein Hochrechnen auf die gesamte Laufzeit ist deshalb zulässig, weil es sich eben um eine Beihilfenmaßnahme handelt. Insofern sind auch keine „Verzerrungseffekte“ zu erkennen, die das Bereitstellen dieser Mittel einmalig verhindern könnten; dies deshalb, weil die Förderungen für die „Warteschlange“ ja ebenfalls zeitlich gestreckt ausbezahlt werden. Dies erscheint ebenfalls argumentierbar, allerdings besteht die Problematik hier in der unklaren Textierung des Genehmigungsbeschlusses.

#### 4. Schlussfolgerungen für die Novelle 2019

- a. Dem Grunde nach sind die Ausführungen von 2017 übertragbar. Weiterhin ist eine Ausweitung um 20% zulässig, wobei Ausgangsbasis die mit dem ÖSG 2012 genehmigten Beträge sind. Folglich sind jene mit der ÖSG-Novelle 2017 gewährten Förderungen vom Gesamtvolumen in Abzug zu bringen. Zu berücksichtigen sind ferner jene Mittel, die in Ausführung des Biomasseförderung-Grundsatzgesetzes gewährt werden (sofern die Ausführungsgesetze nicht etwa als eigenständige Beihilfenregelungen notifiziert werden sollen). Hier gilt eine Art „first come, first serve“-Prinzip: Jene Regelung, für die zuerst Mittel vorgesehen werden, sind für die 20%-Schwelle primär zu berücksichtigen, für die zeitlich zweite Regelung verbleibt dann nur mehr die Differenz nach Abzug der Verpflichtungen aus der ersten Regelung. Zu beachten ist auch, dass die Genehmigungsentscheidung zum ÖSG 2012 eine erneute Notifizierungspflicht nach Ablauf von 10 Jahren vorsieht, sodass insoweit eine neuerliche Prüfung durch die Kommission erfolgen wird.

---

<sup>6</sup> Freilich ist diese Argumentation nicht durch Rechtsprechung abgesichert. Die Textierung von Art 4 der VO 794/2004 steht dieser Auslegung aber nicht zwingend entgegen.

<sup>7</sup> Der in der Kommissionsentscheidung enthaltene Betrag von EUR 550 Mio dürfte hingegen nicht das genehmigte Beihilfenäquivalent darstellen: Im Betrag von 550 Mio. Euro können sinnvollerweise nur die Zahlungsverpflichtungen der OeMAG auf Basis des ÖSG 2012 enthalten sein, nicht jedoch die Zahlungsverpflichtungen auf Grundlage der Vorgängergesetze, welche bereits 2006 und 2008 durch die EU-Kommission bewilligt wurden und aufgrund der langen Laufzeiten auch in das neue ÖSG „hineinwirken“. Außerdem sind die tatsächlichen Zahlungen (und damit die bereitzustellenden Mittel) von der jeweiligen Höhe des Marktpreises und der Aufwendungen für Ausgleichsenergie abhängig.

- b. Weiterhin gültig ist daher auch die Aussage aus dem Gutachten CHSH, wonach strukturelle Änderungen der Förderart kritisch sein könnten. Eine gröbere Veränderung des „Fördermixes“ im Vergleich zur bewilligten Form (dh etwa stärkere Förderung eines Energieträgers zulasten eines anderen Energieträgers) könnte insoweit problematisch sein.

## 5. Gegenargumente Gutachten BG

Das Gutachten BG führt folgende Argumente gegen die im Gutachten CHSH gewählte Auslegung an:

- Es finde eine Vermengung des jährlichen Unterstützungsvolumens mit den laufenden Betriebsbeihilfen in Form von Einspeisetarifen über die Tariflaufzeit statt.
- Die Kommission habe keine betraglichen Berechnungen angestellt und nur in Fußnoten auf die geschätzten jährlichen Förderbeträge verwiesen. Der Schätzbetrag sei ohne Belang gewesen und daher auch nicht genehmigt worden. Die Kommission habe ausschließlich inhaltliche Prüfkriterien im Auge gehabt.
- Das Fördervolumen könne nicht das gesamte geplante Unterstützungsvolumen eines Jahres bilden, sondern sei wieder auf die Tariflaufzeit und Genehmigungsdauer zurückzurechnen.

## 6. Auseinandersetzung mit den Argumenten des Gutachtens BG

a. Die im Gutachten BG genannten Gründe sind nicht überzeugend:

- Zur „Vermengung“: Art 4 Abs 1 der VO 794/2004 spricht explizit von einer „Erhöhung der Ausgangsmittel“. Nun ist zutreffend, dass nicht definiert ist, was Ausgangsmittel sind. Es spricht aber nichts dagegen, sämtliche zunächst bereitgestellten und genehmigten Mittel heranzuziehen. Dass vor diesem Hintergrund der Beihilfenbetrag von diversen Parametern abhängt, ist zutreffend. Dass diese gar nicht erhoben werden können, ist nicht richtig. Jedenfalls ist der Höchstbetrag von vorneherein vorgegeben. Gerade darauf kommt es nach Kommission und EuG an: Insbesondere ist nach ständiger Rechtsprechung das Subventionsäquivalent nicht zwingend zahlenmäßig zu beziffern.<sup>8</sup> Viel mehr noch: Hinsichtlich eines so genannten Contract for Difference im „Hinkley Point“ Verfahren (mit dem im Wesentlichen zukünftige Preisentwicklungen abgedeckt werden sollten) hat das EuG festgehalten, dass eine Bezifferung des Subventionsäquivalents nicht immer möglich ist, dennoch aber eine Beihilfe bewilligt werden kann. Dies vor dem Hintergrund, dass die Höhe des Subventionsäquivalents „von der Entwicklung des Referenzpreises [abhänge], der dem Marktpreis entspricht.“

---

<sup>8</sup> EuG, ECLI: EU: T: 2018: 439, Republik Österreich/EK (Hinkley Point) Rz 249.

Weiter: „Es handelt sich also um einen unsicheren Preis, der sich nur schwerlich vorausbestimmt werden kann.“<sup>9</sup>

Ferner unterstreicht das EuG, dass es wesentlich darauf ankommt, die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme prüfen zu können. Dafür ist aber keine genaue Bezifferung oder eine konkrete Berechnungsmethode erforderlich.<sup>10</sup> Unter diesem Aspekt ist aus dem Argument, dass ein Beihilfenbetrag allenfalls nicht vordeterminiert werden kann, nichts zu gewinnen. Insbesondere steht daher dieses Argument der im Gutachten CHSH vertretenen Ansicht nicht entgegen.

- Richtig ist, dass aus den öffentlich bekannten Informationen nicht klar ist, welcher Ausgangsbetrag der Entscheidung der Kommission zugrunde lag (insoweit besteht ein Unsicherheitsfaktor; gesichertes Wissen darüber müsste jedoch bei der Republik Österreich vorliegen, die die Notifizierung vorgenommen hat). Es erscheint jedoch schwer vorstellbar, dass die Kommission – wie offenbar im Gutachten BG vermeint – nur die „technischen Details“ ohne Bezug zu konkreten Zahlen geprüft hätte. Weshalb daher die in den Fußnoten genannte Beträge nicht Gegenstand einer Kommissionsentscheidung sein sollen, die eine Beihilfenmaßnahme genehmigt, erschließt sich nicht. Ganz im Gegenteil: Gerade die Fußnote 13 zu Rz 18 dient doch nur dazu, die zusätzlichen Mittel in ihren Gesamteffekten näher zu beziffern. Insoweit ist klar, dass die Kommission bei Genehmigung dieser Maßnahme davon ausgeht, dass die Gesamteffekte eben den Betrag von EUR 550 Mio bzw von EUR 360 Mio aufweisen. Vor diesem Aspekt ist die Argumentation des Gutachtens BG nicht naheliegend.
  - Auch das Argument, wonach das berechnete 20%-Fördervolumen nicht das geplante Unterstützungsvolumen 2017 (bzw sonst eines Jahres) darstellen kann, ist zwar grundsätzlich richtig, ändert aber an der Beurteilung nichts: Die 20%-Grenze lässt es zu, Mittel eben im Ausmaß von bis zu 20% der Ausgangsmittel für weitere Maßnahme zur Verfügung zu stellen. Wie diese dann zeitlich gestaffelt bzw verteilt werden, ist ohne Belang.
- b. Weiterhin ist es aber jedenfalls zweckmäßig, eine Ausweitung der Förderung im Hinblick auf die 20%-Grenze mit der Europäischen Kommission informell abzustimmen.
- c. Im Ergebnis ist die Auslegung aus dem Gutachten CHSH damit auch im Hinblick auf eine neuerliche Ausweitung der Fördermittel anwendbar (wobei die bereits 2017 erfolgte Ausweitung auf den Gesamtbetrag anzurechnen ist).

---

<sup>9</sup> EuG, ECLI: EU: T: 2018: 439, Republik Österreich/EK (Hinkley Point) Rz 270.

<sup>10</sup> EuG, ECLI: EU: T: 2018: 439, Republik Österreich/EK (Hinkley Point) Rz 272.

- d. Zwingende Argumente, die gegen diese Auslegung sprechen, liegen nicht vor. Eine – nicht in Beschlüsse gegossene – gegenläufige Auslegung der Kommission ist nicht auszuschließen, muss sich aber angesichts des zwingenden Charakters der 20%-Regelung als Verordnungsbestimmung im durch die Verordnung determinierten Rahmen halten, der eben wesentlich durch den unbestimmten Gesetzesbegriff “Ausgangsmittel“ geprägt wird.

CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH



RA MMag. Dr. Stefan Huber, LL.M.

(Partner)