

STELLUNGNAHME

**zu verschiedenen EU/EG-rechtlichen Aspekten
in Zusammenhang mit der
geplanten Novelle zum österreichischen Ökostromgesetz**

von

A. Univ.Prof. Dr. Margit Maria Karollus LL.M. (Harvard)

Stv. Vorstand des Instituts für Europarecht

Johannes Kepler Universität Linz

Linz, im Dezember 2005

Die Unterzeichnete wurde beauftragt, im Rahmen eines von Herrn Univ.Prof. Dr. Andreas Janko für das Amt der OÖ. Landesregierung / Abteilung Gewerbe zu erstellenden Rechtsgutachtens über den am 25.11.2005 im Wirtschaftsausschuss beschlossenen Entwurf einer Novelle zum Ökostromgesetz (Stammfassung BGBl I 149/2002) allfällige damit aufgeworfene Fragen EU/EG-rechtlicher Natur zu untersuchen. Das Gesetzgebungsverfahren für die Verabschiedung einer Novelle zum ÖkostromG wurde im Oktober 2004 durch die Regierungsvorlage 655 BlgNR XXII. GP eingeleitet. Nachdem diese RV aufgrund von Meinungsverschiedenheiten im Wirtschaftsausschuss zunächst fast ein Jahr lang unbehandelt blieb, wurde der geplante Gesetzestext im Wirtschaftsausschuss aufgrund eines Abänderungsantrages der Abgeordneten Kopf, Ing. Hofmann und Oberhaidinger nunmehr weitgehend neu gefasst (AB 1225 BlgNR XXII. GP).

Gemäß dem an die Unterzeichnete erteilten Auftrag wird daher nachfolgende

RECHTLICHE STELLUNGNAHME

erstattet:

1. Sowohl das ÖkostromG in seiner ursprünglichen Fassung (§ 3 ÖkostromG) als auch die nunmehr geplante Novelle zum ÖkostromG (EBRV 655 BlgNR XXII. GP, 7 f) verfolgen das Ziel, die RL 2001/77/EG des EP und des Rates vom 27.9.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl L 283/2001, 33; hinfort: "EE-RL") umzusetzen. Die nunmehr geplante Novelle zum ÖkostromG ist daher in erster Linie daran zu messen, ob sie den Vorgaben dieser RL entspricht (siehe dazu I.); darüber hinaus sind aber auch die sonstigen Normen des primären und sekundären EG-Rechts für eine Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität der geplanten ÖkostromG-Novelle heranzuziehen, und zwar im vorliegenden Kontext insbesondere die Vorgaben des Beihilferechts (siehe dazu II. bis IV.).

I. Zum Anteil der aus erneuerbaren Energieträgern erzeugten Energie

2. Art 3 EE-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Steigerung des Verbrauchs von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu fördern. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten periodenmäßig nationale Richtziele für den künftigen Verbrauch von Strom aus erneuerbaren Energiequellen festzulegen. Für Zwecke der Festlegung dieser Richtziele bis zum Jahr 2010 enthält die EE-RL in ihrem Anhang eine Tabelle mit Referenzwerten. Demnach betrug der Anteil der inländischen Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen in Österreich im Jahr 1997 70 % des gesamten Bruttoinlandsstromverbrauchs. Der Referenzwert für Österreich für das Jahr 2010 ist mit 78,1 % festgesetzt, wobei als Fußnote angemerkt ist, dass seitens Österreichs die Erklärung abgegeben wurde, dieser Wert sei realistisch "ausgehend von der Annahme, dass im Jahr 2010 der Bruttoinlandsstromverbrauch 56,1 TWh betragen wird", dh im Wesentlichen dem Bruttoinlandsstromverbrauch des Jahres 1997 entspricht.

3. Es ist eines der erklärten Ziele des ÖkostromG (§ 4 Abs 1 Zif 1 ÖkostromG), den Anteil der Erzeugung von elektrischer Energie in Anlagen auf Basis erneuerbarer Energieträger in einem Ausmaß zu erhöhen, dass im Jahr 2010 der im Anhang der EE-RL angegebene Referenzwert von 78,1 % erreicht wird. Die geplante ÖkostromG-Novelle hält an dieser Zielsetzung unverändert fest; angesichts des bisherigen Zielerreichungsgrades will die geplante Novelle aber die für die Erzeugung von elektrischer Energie auf Basis erneuerbarer Energieträger zur Verfügung stehenden Fördermittel "wirksam begrenzen" (EBRV 655 BlgNR XXII. GP, 10). Dementsprechend wird § 4 Abs 2 ÖkostromG dahingehend neu gefasst, dass bis zum Jahr 2010 Verträge über die Abnahme von elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern (mit Ausnahme der Wasserkraft) solchen Ausmaßes abzuschließen sind, "dass der daraus resultierende Anteil 10 %, gemessen an der gesamten jährlichen Stromabgabe aller Netzbetreiber Österreichs an die an öffentliche Netze angeschlossenen Endverbraucher beträgt".

4. Zwar kann es nicht Aufgabe der vorliegenden Stellungnahme sein zu beurteilen, ob die im ÖkostromG bisher enthaltenen Regelungen und die in der geplanten ÖkostromG-Novelle vorgesehenen Änderungen des bisherigen Förderregimes geeignet sind, die Erreichung des durch die EE-RL vorgegebenen Referenzwerts von 78,1 % tatsächlich sicherzu-

stellen oder nicht. Vom europarechtlichen Standpunkt aus ist in diesem Zusammenhang aber auf Folgendes hinzuweisen:

5. Bei EG-Richtlinien handelt es sich um Sekundärrechtsakte der EG, die für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung überlassen (Art 249 Abs 3 EG). Anders als Verordnungen sollen Richtlinien ihrem Wesen nach daher keine umfassende, gleichsam perfekte Regelung für die jeweilige Materie treffen, sondern sich darauf beschränken, Zielvorgaben für den jeweiligen Bereich zu formulieren. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Richtlinie umzusetzen, indem sie ihr innerstaatliches Recht entsprechend den Vorgaben der Richtlinie ausgestalten, um so die Erreichung des von der Richtlinie gewünschten Ergebnisses und damit das Richtlinienziel zu gewährleisten (Zweistufigkeit der Rechtserzeugung). Richtlinien sind daher für die Mitgliedstaaten verbindlich und nicht bloß unverbindliche Zielvorgaben. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass Richtlinien im Einzelfall so detaillierte Normierungen enthalten, dass Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten praktisch nicht gegeben sind, sondern der von den Mitgliedstaaten herzustellende nationale Rechtszustand inhaltlich weitgehend fixiert ist, so zB durch numerisch festgelegte umweltrechtliche Standards (vgl *Nettesheim* in Grabitz/Hilf, 27. EL 2005, Art 249 EG Rz 133). Für die im Anhang der EE-RL festgelegten Referenzwerte für das Jahr 2010 ergibt sich daher nicht schon aus ihrer Natur als Richtlinienbestimmungen, dass es sich dabei um für die einzelnen Mitgliedstaaten bloß unverbindliche Zielformulierungen handelt; im Gegensatz zu Empfehlungen (Art 249 Abs 5 EG) sind Richtlinien nämlich für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte. Der normative Gehalt einer Richtlinie umfasst grundsätzlich nicht nur den eigentlichen Richtlinien text, sondern auch die in den Anhängen zu einer Richtlinie enthaltenen Regelungen, außer diese sind – ausnahmsweise – als lediglich unverbindliche Vorgaben anzusehen. Letzteres ist aber zumindest im Zweifel nicht anzunehmen. Aufgrund des rechtsverbindlichen Charakters von Richtlinien ist daher davon auszugehen, dass die im Anhang der EE-RL festgelegten Referenzwerte normative Verbindlichkeit haben. Gegenteilige Auslegungsgesichtspunkte, die für einen bloß unverbindlichen Charakter der Referenzwerte sprechen, sind nicht ersichtlich. Aus Art 3 Abs 1 iVm Abs 2 EE-RL ist vielmehr eindeutig abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten an die im Anhang angegebenen Referenzwerte als verbindliche Zielvorgaben gebunden sind.

6. Die normative Verbindlichkeit der im Anhang der EE-RL definierten Referenzwerte besteht nach Art 3 Abs 2 EE-RL darin, dass diese von den Mitgliedstaaten bei der Festlegung ihrer nationalen Richtziele (siehe dazu bereits unter 2.) bis zum Jahr 2010 "zu berücksichtigen" sind. Daraus ergibt sich, dass für die Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinie die Verpflichtung besteht, über die jährlichen nationalen Richtziele auf eine Erreichung der Referenzwerte im Jahr 2010 hinzuarbeiten. In diesem Zusammenhang wird zwar keine "Erfolgsverbindlichkeit" der Mitgliedstaaten in dem Sinne bestehen, dass die Verfehlung des Referenzwertes im Jahr 2010 jedenfalls gemeinschaftsrechtswidrig ist. Sehr wohl wird aber aus der Richtlinie eine Bemühensverpflichtung ("Sorgfaltsverbindlichkeit") der Mitgliedstaaten abzuleiten sein, wonach diese alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen haben, um eine Erreichung der Referenzwerte sicherzustellen. Maßnahmen des nationalen Gesetzgebers, die nicht von dem gebotenen Bemühen um eine Erreichung des Referenzwertes getragen sind, wären demnach als eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts zu bewerten.¹

7. Freilich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Frage, ob der Referenzwert für das Jahr 2010 verfehlt wird, erst in diesem Jahr bzw mit Ablauf dieses Jahres festgestellt werden kann. Mitgliedstaatliche Maßnahmen, die in der Zwischenzeit gesetzt werden, können daher nur dann als Verstoß gegen die Richtlinie gewertet werden, wenn diese Maßnahmen bereits aus einer Sicht ex ante eine künftige Verfehlung des Referenzwertes eindeutig oder zumindest mit hinreichender Sicherheit erwarten lassen. Darunter wird wohl auch jener Fall zu subsumieren sein, dass ein Mitgliedstaat seine Planungen von vornherein auf einen unrichtig berechneten Referenzwert ausrichtet, weil diesfalls nämlich zu erwarten ist, dass der Mitgliedstaat eine Erreichung des "richtigen" Referenz-

¹ Die für die Zeit bis 2010 festzulegenden nationalen Richtziele (Art 3 Abs 1 EE-RL) sind hingegen vom jeweiligen Mitgliedstaat autonom festzusetzen, wenn auch mit der Zielvorgabe, dass damit bis 2010 der nationale Referenzwert gemäß dem Anhang zur EE-RL erreicht wird (siehe Art 3 Abs 2 EE-RL). Nur ausnahmsweise – bei Unvereinbarkeit der nationalen Richtziele mit dem globalen Richtziel von 12 % des Bruttoinlandsenergieverbrauchs bis zum Jahr 2010 und insbesondere mit dem Richtziel von 22,1 % für den Anteil von Strom aus erneuerbaren Energiequellen am gesamten Stromverbrauch der Gemeinschaft bis zum Jahr 2010 – kann auch die Kommission "nationale Ziele, einschließlich möglicher verbindlicher Ziele," vorgeben (Art 3 Abs 4 UAbs 3 EE-RL). Aus einer Verfehlung der national festgelegten Richtziele wird daher noch kein Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinie abgeleitet werden können. Möglicherweise könnte aber die Festlegung von nationalen Zielen, die mit den Vorgaben des Art 3 Abs 2 EE-RL – dh mit den für 2010 festgelegten Referenzwerten oder mit den Klimaschutzverpflichtungen aus dem Protokoll von Kyoto zum UN-Rahmenübereinkommen über Klimaänderungen inkompatibel sind – als Verstoß gegen die Richtlinie gewertet werden.

wertes gar nicht anstrebt und damit die Prognose nahe liegt, dass er diesen mit den von ihm gesetzten Maßnahmen nicht erreichen wird können.

8. Für die Beantwortung der Frage, ob Österreich seiner Verpflichtung zur Berücksichtigung des im Anhang der EE-RL enthaltenen Referenzwerts für 2010 entsprechend nachkommt, spielt damit auch der materielle Gehalt dieses Referenzwerts eine Rolle. In concreto geht es um die Frage, auf welcher Basis sich der für Österreich für 2010 festgelegte Prozentsatz von 78,1 % Strom aus erneuerbaren Energiequellen bemisst. Aus der Überschrift des Anhangs sowie dem Asteriskus (***) ergibt sich, dass die in der Tabelle angeführten Prozentsätze auf den Bruttostromverbrauch des jeweiligen Mitgliedstaats zu beziehen sind, wobei davon auszugehen ist, dass mangels gegenteiliger Festlegung die Berechnungsbasis für die für 2010 definierten Referenzwerte der Bruttostromverbrauch des jeweiligen Mitgliedstaats im Jahr 2010 ist. Dieses Verständnis kommt im Übrigen auch in den Erklärungen verschiedener Mitgliedstaaten – so insbesondere Italien, Luxemburg, Österreich – zu den Referenzwerten im Anhang der EE-RL zum Ausdruck, zumal alle diese Mitgliedstaaten in ihren Erklärungen Annahmen zur Höhe ihres jeweiligen Bruttoinlandsstromverbrauchs im Jahr 2010 treffen. Derartige Annahmen wären völlig unerklärlich, wenn als Bezugsbasis für die für 2010 festgelegten Prozentsätze von Strom aus erneuerbaren Energiequellen nicht der Bruttoinlandsstromverbrauch im Jahr 2010 heranzuziehen wäre.

9. Die von Österreich abgegebene Erklärung (Fußnote 3) lautet dahin gehend, "dass ausgehend von der Annahme, dass im Jahr 2010 der Bruttoinlandsstromverbrauch 56,1 TWh betragen wird, 78,1 % eine realistische Zahl wäre". Ob dies tatsächlich bedeutet (so nämlich EBRV 655 BlgNR XXII GP, 8; vgl auch ECG-Ökostrombericht Juni 2005, 106), dass der Referenzwert von 78,1 % für 2010 auf einen Bruttoinlandsstromverbrauch von 56,1 TWh und damit auf einen im Vergleich zum Bruttoinlandsstromverbrauch von 1997 im Wesentlichen unveränderten Verbrauch zu beziehen ist,² ist mE allerdings mehr als zweifelhaft: Zunächst erweist sich nämlich die Annahme, dass der Bruttoinlandsstromverbrauch über einen Zeitraum von mehr als 10 Jahren (1997 bis 2010) de facto konstant

² Aus den im Anhang der EE-RL angegebenen Referenzwerten für Österreich errechnet sich für das Jahr 1997 ein Bruttoinlandsstromverbrauch von etwa 55,79 TWh; ein Stromverbrauch von 56,1 TWh im Jahr 2010 entspräche demnach einer Steigerung um lediglich 0,56 %. Im ECG-Ökostrombericht Juni 2005, 108, ist für das Jahr 1997 ein Bruttoinlandsstromverbrauch (inkl Pumpstromverbrauch) von 56.083 GWh (also gerundet 56,1 TWh) ausgewiesen.

bleibt, angesichts des seit Jahren stetig wachsenden Stromverbrauchs als unrealistisch.³ Stünde es aber im Belieben der Mitgliedstaaten, ihre mit der EE-RL einhergehende Pflicht, den Anteil von Ökostrom am nationalen Stromverbrauch kontinuierlich zu steigern, dadurch zu relativieren, dass sie die in diesem Zusammenhang in der Richtlinie festgelegten, verbindlich zu berücksichtigenden nationalen Referenzwerte an völlig unrealistischen Prämissen hinsichtlich der Entwicklung des jeweiligen mitgliedstaatlichen Stromverbrauchs festmachen, so würde damit die Verpflichtung des Art 3 Abs 1 EE-RL ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt und folglich der *effet utile* der EE-RL insgesamt in Frage gestellt.

10. Zusätzlich zu diesen auf dem *effet utile* der EE-RL beruhenden Überlegungen ist festzuhalten, dass einseitigen Protokollerklärungen einzelner Mitgliedstaaten, selbst wenn sie von den übrigen Mitgliedstaaten unwidersprochen bleiben und unter einem mit der Kundmachung des Rechtsakts im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden, nach hL ohnedies keine rechtliche Bedeutung zukommt; insbesondere können derartige Erklärungen auch nicht als auslegungsrelevant berücksichtigt werden (vgl. *Everling*, Probleme atypischer Rechts- und Handlungsformen bei der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, in Bieber/Ress [Hrsg], Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts [1987] 417 [427]; *Pechstein*, Die Bedeutung von Protokollerklärungen zu Rechtsakten der EG, EuR 1990, 249 [253]; *Karl*, Zur Rechtswirkung von Protokollerklärungen in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1991, 593 [597]). Dem entspricht es, dass derartige Erklärungen vom EuGH in seiner Judikatur für unbeachtlich erklärt werden, zumal "die allgemeine Geltung der von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Normen nicht durch Vorbehalte oder Einwendungen der Mitgliedstaaten bei ihrer Ausarbeitung relativiert werden kann" (EuGH 30.1.1985, Rs 143/83, Kommission/Dänemark, Slg 1985, 427 [Rz 13]). Die Bedeutung von Protokollerklärungen einzelner Mitgliedstaaten erschöpft sich daher im Wesentlichen in ihrer "innenpolitischen Vorzeigefunktion" (so *Pechstein*, EuR 1990, 253). Die von Österreich abgegebene Erklärung zu dem im Anhang der EE-RL für 2010 verankerten Referenzwert ist daher keine tragfähige Grundlage für eine Heranziehung des Stromverbrauchs aus 1997 als absoluten Bezugswert des EE-Prozentsatzes für

³ So weist der ECG-Ökostrombericht Juni 2005, 108, für das Jahr 2004 einen Bruttoinlandsstromverbrauch von 67.819 GWh aus. Basierend auf der Annahme eines jährlichen Strombedarfswachstums von 1,6 % ergibt sich für das Jahr 2010 ein Bruttoinlandsstromverbrauch von 74.596 GWh; bezogen auf das Jahr 1997 entspricht dies einer kumulierten Steigerung um 32,97 %.

2010 (so aber offenbar ECG-Ökostrombericht Juni 2005, 106). MaW: Die österreichische Erklärung vermag nichts daran zu ändern, dass die EE-RL als Bezugsbasis für den für 2010 festgelegten Prozentsatz von Strom aus erneuerbaren Energiequellen verbindlich den konkreten (konkret zu erwartenden) Bruttoinlandsstromverbrauch Österreichs im Jahr 2010 vorschreibt. Diese Auffassung wird im Übrigen auch dadurch bestätigt, dass die Kommission/GD Energie und Transport in einem Schreiben vom 15.11.2005 die Rechtsmeinung vertritt, "that the footnotes to the Annex are not considered to have legal effects as to the correct method for calculating the reference value. It is therefore in the view of the Commission that the consumption figure for 2010 must be used for the calculation of the RES consumption in 2010".

11. Ob die geplante ÖkostromG-Novelle dazu führt, dass der von Österreich verpflichtend zu berücksichtigende Referenzwert (bei dessen korrekter Berechnung) verfehlt wird, kann im vorliegenden Gutachten naturgemäß nicht beurteilt werden. Zumindest kann aber festgehalten werden, dass die Novelle auf ein offenkundig gemeinschaftsrechtswidriges Ziel ausgerichtet ist: Nach den Materialien (EBRV 655 BlgNR XXII. GP, 8; zur Stammfassung des ÖkostromG vgl auch Bericht und Antrag des Wirtschaftsausschusses, AB 1243 BlgNR XXI. GP) gehen die Gesetzesverfasser davon aus, dass der Referenzwert von 78,1 % lediglich auf den Bruttoinlandsstromverbrauch von 56,1 TWh (also in etwa auf den Wert des Jahres 1997) zu beziehen sei, was nach dem im Vorstehenden Ausgeführten (siehe unter 9. und 10.) aber eindeutig richtlinienwidrig ist.⁴ Ausgehend davon ist zu vermuten, dass auch die Planungen und volkswirtschaftlichen Berechnungsmodelle über das Ausmaß der zur Erreichung des Referenzwertes erforderlichen Förderungen – die ab Inkrafttreten der geplanten Ökostrom-Novelle neu zur Verfügung stehenden Fördermittel für Ökoenergie werden bis zum Jahr 2011 mit EUR 17 Millionen pro Jahr betragsmäßig gedeckelt (§ 21a ÖkostromG) – auf dem unrichtigen Referenzwert beruhen und Österreich daher Gefahr läuft, mit dem Vorwurf der unzureichenden Bemühung um die Erreichung des (korrekt berechneten) Referenzwertes konfrontiert zu werden.⁵ Die Ergreifung rechtlicher

⁴ Dem Gesetzestext selbst ist diese Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nicht mit derselben Deutlichkeit zu entnehmen: Der (unveränderte) § 4 Abs 1 Z 1 ÖkostromG bezieht sich als Zielvorgabe auf den in der Richtlinie angegebenen Referenzwert von 78,1%, ohne aber dazu auch die Bezugsgröße nennen.

⁵ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass für die Erreichung des in der EE-RL für 2010 festgelegten Referenzwertes im Gegensatz zu den im ÖkostromG festgelegten nationalen Richtzielen für Kleinwasserkraft (Anhebung bis zum Jahr 2008 auf zumindest 9 %; § 4 Abs 1 Zif 5 ÖkostromG) und "sonstigen"

Schritte durch die Kommission im Falle der Erlassung der ÖkostromG-Novelle in der derzeit vorliegenden Fassung ist daher jedenfalls nicht völlig auszuschließen.⁶

II. Keine substantiellen Modifikationen des ÖkostromG in Hinblick auf die von der Kommission in den Beihilfverfahren NN 162/A/2003 und NN 162/B/2003 erhobenen Vorwürfe

12. In der vorliegenden Stellungnahme kann naturgemäß nicht abschließend die Frage untersucht werden, ob es sich bei den im ÖkostromG – sowohl in der derzeit geltenden als auch in der geplanten neuen Fassung – vorgesehenen Förderungen für die Produktion von erneuerbarer Energie sowie von KWK-Energie um eine Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs 1 EG handelt. Festzuhalten ist jedenfalls, dass derzeit gegen Österreich – zum ÖkostromG in der Stammfassung – zwei Beihilfverfahren bei der Kommission anhängig sind (Staatliche Beihilfe Nr NN 162/A/2003 zur Förderung der Produktion von erneuerbarer Energie unter dem österreichischen ÖkostromG; Staatliche Beihilfe Nr NN 162/B/2003 zur Förderung der Produktion von KWK-Energie unter dem österreichischen ÖkostromG), und sich die Kommission bis heute von den umfangreichen Argumenten Österreichs, mit denen das Nichtvorliegen eines Beihilfetatbestandes begründet werden soll, nicht beeindruckt lässt. Vielmehr hält die Kommission in ihrem Schreiben vom 14.9.2005 (GD Wettbewerb D/57018) an ihrer Auffassung fest, dass es sich bei den angeführten Fördermaßnahmen um staatliche Beihilfen handle und daher von den österreichischen Behörden die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrahmen nachgewiesen werden müsse. Trotz der neuerlichen ausführlichen Stellungnahme Österreichs, in der aber wohl (ausgehend von den der Unterzeichneten vorliegenden Entwürfen) keine grundlegend neuen Argumente enthalten sind, ist damit zu rechnen, dass die Kommission nicht ohne weiteres von ihrer

unterstützten Ökostrom (nach der geplanten ÖkostromG-Novelle Anhebung bis zum Jahr 2010 auf 10 %; § 4 Abs 2 ÖkostromG) der gesamte aus erneuerbaren Energieträgern produzierte Strom inklusive Großwasserkraft, Eigenverbrauch und auch jener erneuerbaren Energieträger, die im Rahmen des ÖkostromG nicht unterstützt werden, wie zB Biomasse für Eigenversorgungsanlagen, maßgeblich ist; vgl dazu ECG-Ökostrombericht Juni 2005, 107.

⁶ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Mitteilung der Kommission an den Rat und das EP vom 26.5.2004 betreffend den Anteil erneuerbarer Energien in der EU (Bericht der Kommission gemäß Art 3 EE-RL), KOM(2004) 366 endg, in der die Kommission ankündigt, nötigenfalls auch Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, um die Umsetzung der verbindlichen Bestimmungen der EE-RL zu gewährleisten.

Haltung abrücken wird. Demgemäß verlangt die Kommission auch in ihrem letzten Schreiben vom 23.11.2005 (GD Wettbewerb D/59150) von Österreich abermals, die Vereinbarkeit des Aufbringungsmechanismus der Ökostrom- bzw KWK-Förderung mit den Artikeln 25 und 90 EG sicherzustellen, um eine Genehmigung nach Art 88 EG zu ermöglichen; das grundsätzliche Vorliegen einer Beihilfe wird nicht einmal (mehr) thematisiert, sondern offenbar als gegeben angenommen.

13. Da der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit offenbar davon ausgeht, dass die geplante Novelle zum ÖkostromG geeignet ist, die beihilferechtlichen Bedenken der Kommission an der bisherigen Ökostromregelung auszuräumen (vgl dazu die Presseausendungen des BMWA vom 24.11.2005 und 27.11.2005), ist in der vorliegenden Stellungnahme insbesondere auch zu untersuchen, ob die geplante Novelle zum ÖkostromG tatsächlich geeignet ist, zur Lösung der beihilferechtlichen Problematik beizutragen.

14. In den beiden Beihilfeverfahren werden – neben der Problematik einer möglichen Überförderung der Ökostromerzeuger bzw KWK-Anlagenbetreiber – im Wesentlichen zwei zentrale Fragen aufgeworfen:

- Einerseits geht es um die Frage, ob das für die Förderung von Ökostrom und KWK-Strom vorgesehene Förderungsregime überhaupt als staatliche Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs 1 EG zu qualifizieren ist (siehe dazu unten 15. und 16.).
- Andererseits wird von der Kommission die Vereinbarkeit des Aufbringungsmechanismus mit den Vorgaben der Artikel 25 und 90 EG thematisiert; ein diesbezüglicher Verstoß würde einer Genehmigung der Beihilfe nach Art 88 EG jedenfalls entgegenstehen (siehe dazu unten 17. und 18.).

15. Seitens Österreichs wird bereits bestritten, dass die im ÖkostromG vorgesehenen Förderungen als Beihilfe im Sinne des Art 87 Abs 1 EG zu qualifizieren sind. Dies ist nämlich nur dann der Fall, wenn es sich um eine "staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfe⁷ handelt (vgl dazu eingehend *Mederer/Triantafyllou* in Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht [2003] Art 87

⁷ Dass die Förderung der privilegierten Erzeuger eine Beihilfe darstellt, kann jedenfalls nicht ernsthaft bestritten werden.

Abs 1 EG Rz 23 bis Rz 29). Tatsächlich wurden nun die deutschen Parallelregelungen für die Förderung von Ökostrom und Strom aus KWK-Anlagen sowohl vom EuGH (EuGH 13.3.2001, Rs C-379/98, PreussenElektra AG/Schleswig AG, Slg 2001, I-2099 [Rz 57 bis Rz 66]) als auch von der Kommission (Kommission 22.5.2002, Staatliche Beihilfe NN 27/2000 betreffend das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien; Kommission 22.5.2002, Staatliche Beihilfe NN 68/2000 betreffend das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung) mit der Begründung nicht als Beihilfe eingestuft, dass keine Unterstützung "aus staatlichen Mitteln" vorliege. Sowohl der EuGH als auch die Kommission stellten dabei aber maßgeblich darauf ab, dass sich die benachteiligten deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen überwiegend in Privateigentum befinden (EuGH 13.3.2001, Rs C-379/98, PreussenElektra AG/Schleswig AG, Slg 2001, I-2099 [Rz 55 und Rz 59]) bzw zumindest private und öffentliche Unternehmen gleichermaßen betroffen werden (Kommission 22.5.2002, Staatliche Beihilfe NN 27/2000 betreffend das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien, Pkt 4; Kommission 22.5.2002, Staatliche Beihilfe NN 68/2000 betreffend das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung, Pkt 4). Gerade dies ist aber in Österreich anders: Sowohl die Netzbetreiber, über die die Einhebung des Ökostrom-Zuschlags von den Stromkunden erfolgt, als auch die Öko-Bilanzgruppenverantwortlichen, die den Strom von den Ökoenergieerzeugern zum festgelegten Preis abzunehmen haben und damit wirtschaftlich die Förderung an die begünstigten Erzeuger auszahlen, sowie die durch die Abnahmepflicht gemäß § 19 ÖkostromG benachteiligten Stromhändler⁸ sind überwiegend im Allein- oder Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand stehende Unternehmen; damit könnte aber bereits eine Zurechnung der Beihilfeleistung zum Staat möglich sein. Für die elektrische Energie aus KWK-Anlagen besteht zwar keine Abnahmepflicht; dafür werden aber nach der derzeitigen Rechtslage die Fördermittel, die zunächst durch die (mehrheitlich) staatlich kontrollierten Netzbetreiber eingehoben werden (KWK-Zuschlag gemäß § 13 Abs 10 ÖkostromG), in der Folge von der ebenfalls staatlich kontrollierten Energie-Control GmbH verwaltet und ausbezahlt. Auch daraus könnte bereits eine Zurechnung der Beihilfeleistung zum Staat resul-

⁸ Insoweit kommt eine Beihilfe durch diese (dem Staat zurechenbaren) Händler im Wege des Einnahmenverzichts in Betracht; vgl dazu allgemein *Mederer/Triantafyllou* in Schröter/Jakob/Mederer, Art 87 Abs 1 EG Rz 27; speziell für den vorliegenden Fall *K. Oberndorfer*, Aktuelle Fragen des EIWOG im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in Hauer (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energierechts 2002 (2003) 63 (78 bis 83).

tieren (vgl. *Mederer/Triantafyllou* in Schröter/Jakob/Mederer, Art 87 Abs 1 EG Rz 24 mit FN 72).

16. Vor diesem Hintergrund sind aber die in der Novelle zum ÖkostromG geplanten Änderungen kaum geeignet, die Bedenken der Kommission zu entkräften: Substantiell neu ist nur die Einschaltung einer Ökostromabwicklungsstelle (§ 14 ÖkostromG idF des Abänderungsantrages),⁹ die im Wesentlichen die bisherige Rolle der Ökobilanzgruppenverantwortlichen übernimmt. Da es sich dabei um ein vom Staat konzessioniertes und mit besonderen Aufgaben in Zusammenhang mit der Durchführung des Förderregimes für Ökostrom betrautes Unternehmen handelt, ist durchaus fraglich, ob nicht doch – ähnlich wie bei von der öffentlichen Hand eingesetzten Fondsstellen – eine Zurechnung zum Staat möglich bleibt. Die Rolle der übrigen in das Förderregime involvierten, mehrheitlich der öffentlichen Hand zurechenbaren Unternehmen sowie – bei der KWK-Förderung nach § 13 ÖkostromG – der E-Control GmbH bleibt unverändert. Die für die neuen Investitionsbeihilfen für KWK-Anlagen (§ 12 ÖkostromG idF des Abänderungsantrages) und für mittlere Wasserkraftwerke (§ 13a ÖkostromG idF des Abänderungsantrages) eingesetzte Abwicklungsstelle Kommunalkredit Public Consulting GmbH (§ 13c ÖkostromG idF des Abänderungsantrages) wird schließlich – aufgrund der Betrauung mit dieser Aufgabe, möglicherweise aber auch aufgrund allfälliger Beteiligungen der öffentlichen Hand¹⁰ – genauso dem Staat zurechenbar sein.

17. Der zweite grundsätzliche Kritikpunkt der Kommission besteht darin, dass der Aufbringungsmechanismus für die derzeit bestehenden Förderungen für Ökostrom und KWK-Strom nicht mit den Artikeln 25 und 90 EG vereinbar sei. Dies hat – abgesehen davon, dass ein Verstoß gegen Artikel 25 und 90 EG uU auch zum Gegenstand eines selbständigen Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Republik Österreich gemacht werden könn-

⁹ Nach der RV 655 BlgNR XXII. GP sollten diese Aufgaben hingegen noch einer zu 100 % im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden "Ökoenergie-AG" übertragen werden. Die Gründe für die Ersetzung der Ökoenergie-AG durch eine "Ökostromabwicklungsstelle" bleiben im Dunkeln; der Bericht des Wirtschaftsausschusses, AB 1225 BlgNR XXII. GP, enthält dazu keinerlei weiterführende Hinweise, so wie auch sonst der Bericht wenig ergiebig ist und die durch den Abänderungsantrag im Ausschuss erfolgten Änderungen nicht erläutert werden.

¹⁰ Wer an der Muttergesellschaft Kommunalkredit Austria AG beteiligt ist, lässt sich der Homepage dieser Gesellschaft nicht entnehmen.

te¹¹ – auch im beihilferechtlichen Kontext unmittelbare Bedeutung, weil eine Beihilfe, die – und sei es auch nur hinsichtlich ihrer Finanzierung – gegen Bestimmungen des EG-Vertrages verstößt, niemals genehmigungsfähig ist. Die Bedenken der Kommission gehen konkret dahin, dass eine Diskriminierung ausländischer Elektrizitätsunternehmen vorliegt, indem die Zuschläge auf den gesamten Strom – also auch auf den von ausländischen Händlern gelieferten Strom – erhoben werden, damit aber lediglich inländische Produzenten von "grünem Strom" und KWK-Strom gefördert werden (vgl zuletzt Schreiben der Kommission vom 23.11.2005, GD Wettbewerb D/59150). Ob die dagegen seitens Österreichs erhobenen Einwände stichhaltig sind, kann im vorliegenden Zusammenhang nicht abschließend beurteilt werden. Allerdings sei kurz Folgendes angemerkt: Eingewendet wird vor allem, dass die Zuschläge nicht als Zuschlag zum Energiepreis, sondern als Zuschlag zum Netztarif eingehoben werden und daher die ausländische Stromlieferung gar nicht betroffen sei. Für diese getrennte Betrachtungsweise könnte zwar auf den ersten Blick das – gerade durch andere Rechtsakte auf Ebene des Gemeinschaftsrechts (RL 2003/54/EG des EP und des Rates vom 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABl L 176/2003, 37) vorgegebene – Unbundling (Trennung von Produktion und Stromhandel einerseits und Netzbetrieb andererseits) sprechen. Da es sich aber um einen verbrauchsabhängigen Zuschlag handelt, entspricht der wirtschaftliche Effekt jenem eines Zuschlags auf den Energiepreis. (Genau deshalb wird auch von der Kommission in einem Schreiben vom 14.9.2005, GD Wettbewerb D/57018, Pkt 4, als eine mögliche Maßnahme zur Vermeidung der beanstandeten Diskriminierung eine Umstellung von verbrauchsabhängigen auf serviceabhängige Parameter vorgeschlagen.) Abgesehen davon könnte bei der Ökostromförderung (nicht hingegen bei der KWK-Förderung) noch ein weiteres – von der Kommission bisher offenbar noch nicht explizit aufgegriffenes – Problem darin bestehen, dass nach § 19 ÖkostromG alle Stromhändler (wohl auch ausländische Stromhändler, die in Österreich Strom verkaufen?) verpflichtet

¹¹ Dabei ist ausreichend, dass die in Rede stehende Abgabe aufgrund einer entsprechenden Anordnung im mitgliedstaatlichen Recht eingehoben wird. Es kommt weder auf die Bezeichnung der Abgabe im nationalen Recht an noch auf die Art der Erhebung; letztere kann sogar privatrechtlich erfolgen (vgl *Kamann* in Streinz, Art 90 EG Rz 11). Das Problem eines Verstoßes gegen die Artikel 25 und 90 EG würde sich daher selbst dann stellen, wenn mangels einer Zurechnung der Förderung zum Staat das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe gemäß Art 87 Abs 1 EG verneint würde; zur Konkurrenz der Artikel 25 und 90 EG einerseits mit den Beihilfevorschriften der Artikel 87 und 88 EG andererseits vgl abermals *Kamann* in Streinz, Art 25 EG Rz 22 und Art 90 EG Rz 35.

sind, einen bestimmten Anteil an Ökostrom zu nicht marktwirtschaftlichen Preisen aufzukaufen. Wenn dazu auch ausländische Elektrizitätsunternehmen verpflichtet sind, ohne dass sie die Möglichkeit haben, für ihre heimischen Ökostromanlagen in den Genuss der damit finanzierten Förderung zu gelangen, könnte auch darin eine Diskriminierung liegen.

18. Auch diese Problematik wird durch die nunmehr geplante Novelle zum ÖkostromG in keiner Weise entschärft: Vielmehr bleiben die Finanzierungsmechanismen für die bisherigen Ökostrom- und KWK-Förderungen unverändert; die neu eingeführten Investitionszuschüsse für mittlere Wasserkraftanlagen und KWK-Anlagen werden ebenfalls aus den (verbrauchsabhängigen) Zuschlägen zum Netztarif finanziert. Damit lassen sich die diesbezüglichen Bedenken der Kommission gegen das bisherige Förderregime uneingeschränkt auch auf die neu einzuführenden Investitionsförderungen übertragen.

19. Insgesamt ist daher nicht ersichtlich, dass die geplante Novelle irgendetwas dazu beiträgt, die von der Kommission in Zusammenhang mit dem bestehenden Förderregime für Ökostrom und Strom aus KWK-Anlagen geäußerten beihilferechtlichen Bedenken auszuräumen. Das Gegenteil ist der Fall: Durch die geplante Novelle soll das ÖkostromG noch um zusätzliche höchst problematische Förderbestimmungen (siehe unter III. und IV.) ergänzt werden. Es steht zu befürchten, dass die Kommission höchst gereizt reagieren könnte, wenn das derzeit in Prüfung befindliche ÖkostromG einer grundlegenden Novellierung unterzogen wird, ohne dass dies mit ihr abgestimmt ist bzw. damit auf die von ihr gegen die derzeitige Rechtslage erhobenen Bedenken Bedacht genommen wird. Die Kommission hat sogar in ihrem allerletzten Schreiben vom 23.11.2005 (GD Wettbewerb D/59150) verlangt, dass Vorschläge zur Lösung der beihilferechtlichen Problematik (konkret angeführt wird hier das Thema des Aufbringungsmechanismus) "möglichst bereits in einem Entwurfsstadium übermittelt werden" sollen. Erwartet wird offensichtlich eine endgültige Abstimmung mit der Kommission, noch bevor der Gesetzesbeschluss im Nationalrat erfolgt. Da allerdings die geplante Novelle in der derzeit vorliegenden Form in keiner Weise geeignet ist, die von der Kommission georteten Gemeinschaftsrechtswidrigkeiten des österreichischen ÖkostromG zu beseitigen und sogar noch weitere problematische Förderungen hinzukommen sollen, ist nicht anzunehmen, dass die Kommission die Novelle in der vorliegenden Form akzeptieren wird. Riskiert wird damit in letzter Konsequenz ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich, das auch dazu führen könnte,

dass das ÖkostromG in der bisherigen Fassung beanstandet wird und daher gegebenenfalls auch die in der Vergangenheit gewährten Beihilfen rückabgewickelt werden müssten.

III. Gewährung von Investitionszuschüssen für elektrische Energie aus mittleren Wasserkraftwerken

20. Die geplante Novelle zum ÖkostromG will die Errichtung neuer Wasserkraftwerke mit einem Regelarbeitsvermögen zwischen 50 GWh und 100 GWh (sog "mittlere Wasserkraftwerke") im Zeitraum 2005 bis 2012 mit einem kumulierten Betrag von maximal EUR 50 Millionen fördern. Zu diesem Zweck soll ein neuer § 13a ÖkostromG eingefügt werden, welcher in Abs 1 vorsieht, dass

- die Betreiber mittlerer Wasserkraftwerke, deren Baubeginn zwischen 1.1.2005 und 31.12.2013 und deren Inbetriebnahme bis spätestens 31.12.2014 erfolgt
- über schriftlichen Antrag an die Abwicklungsstelle für Investitionszuschüsse
- nach Maßgabe der verfügbaren Mittel
- einen Investitionszuschuss von maximal 10 % des unmittelbar für die Errichtung der Anlage erforderlichen Investitionsvolumens (exklusive Grundstückskosten), maximal jedoch einen Investitionszuschuss in Höhe von EUR 400 pro kW Engpassleistung sowie insgesamt maximal EUR 6 Millionen für eine mittlere Wasserkraftwerksanlage erhalten, wobei
- die zur Gewährung des Investitionszuschusses erforderlichen Mittel aus den zur Förderung von Kleinwasserkraftwerken bestimmten Förderbeiträgen aufzubringen sind.

Eine Abnahme- und Vergütungspflicht (§ 10 ÖkostromG) für elektrische Energie, die durch mittlere Wasserkraftwerke erzeugt wird, durch die – an Stelle der Ökobilanzgruppenverantwortlichen einzurichtende – Ökostromabwicklungsstelle sieht die geplante Novelle nicht vor: Der neu zu schaffende § 10a Abs 1 ÖkostromG nimmt von der Abnahmepflicht ua jene elektrische Energie aus, die durch Wasserkraftanlagen mit einer Engpassleistung von mehr als 10 MW erzeugt wird.

21. In Art 4 EE-RL wird die Notwendigkeit öffentlicher Förderungen zugunsten erneuerbarer Energiequellen grundsätzlich anerkannt; die Wasserkraft unterfällt dem Begriff der erneuerbaren Energiequellen in Art 2 Abs 1 lit a EE-RL. Die EE-RL schreibt allerdings keine bestimmten Maßnahmen zur Förderung erneuerbarer Energieträger vor; zudem wird in der EE-RL auch darauf verzichtet, ein harmonisiertes Fördersystem zu schaffen. Maßgeblich in diesem Zusammenhang sind daher die Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere jene über staatliche Beihilfen (Artikel 87 und 88 EG).

22. Geht man davon aus, dass der Investitionszuschuss den Tatbestand der staatlichen Beihilfe erfüllt (und eine solche nicht ohnedies schon wegen einer unzulässigen Art der Mittelaufbringung verboten ist; siehe dazu bereits unter II.),¹² gilt Folgendes: Nach Art 87 Abs 1 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Art 87 Abs 2 und Abs 3 EG spezifizieren Beihilfen, die ausnahmsweise mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind oder als mit diesem vereinbar angesehen werden können. Umweltschutzbeihilfen prüft die Kommission grundsätzlich nach der Ausnahmeregelung des Art 87 Abs 3 lit c EG, welcher "Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft", für genehmigungsfähig erklärt.

23. Um die erforderliche Transparenz zu schaffen, damit die Mitgliedstaaten und Unternehmen Kenntnis davon haben, welche Kriterien die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten geplanten Umweltschutzbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt zu Grunde legt, wurde von der Kommission erstmals im Jahr 1994 ein Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen veröffentlicht (ABl C 72/1994, 3); dieser wurde im Jahr 2001 durch einen neuen, präziseren und ausführlicheren Gemein-

¹² Angesichts des Umstands, dass auch die zur Gewährung der neuen Investitionszuschüsse erforderlichen Mittel aus den zur Förderung von Kleinwasserkraftwerken bestimmten Förderbeiträgen aufzubringen und von einer dem Staat zurechenbaren Stelle auszuzahlen sind, ist davon auszugehen, dass die Kommission auch bei diesen Maßnahmen den Charakter einer staatlichen Beihilfe gemäß Art 87 Abs 1 EG annehmen und diese daher dahin gehend untersuchen wird, ob sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrahmens entsprechen. Überdies stellt sich auch hier das Problem, ob der vorgesehene Aufbringungsmechanismus für die Fördermittel (siehe dazu unter 17. und 18.) mit den Artikeln 25 und 90 EG vereinbar ist.

schaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (ABl C 37/2001, 3; hinfort "Gemeinschaftsrahmen") abgelöst (allgemein dazu *Sánchez Rydelski*, Umweltschutzbeihilfen, EuZW 2001, 458). Mit dem Gemeinschaftsrahmen teilt die Kommission mit, wie sie das ihr bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen zustehende weite Ermessen auszuüben gedenkt; der Gemeinschaftsrahmen hat damit "bloß" ermessensbindende Wirkung (vgl. *Koenig/Kühling* in Streinz, Art 87 EG Rz 71). Einen formellen Rechtscharakter wie die von der Kommission auf der Grundlage der VO 994/98 des Rates vom 7.5.1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 EGV auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen (ABl L 142/1998, 1; sog. "ErmächtigungsVO") erlassenen, in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen hat der Gemeinschaftsrahmen aber nicht. Dennoch ist aber davon auszugehen, dass sich die Kommission in ihrer Entscheidungspraxis am Gemeinschaftsrahmen orientieren wird, und zwar auch in dem Sinne, dass in jenen Fällen, in denen die im Gemeinschaftsrahmen aufgestellten Voraussetzungen nicht eingehalten werden, im Zweifel keine Genehmigung zu erwarten sein wird.¹³

24. Da für Investitionen zugunsten erneuerbarer Energieträger bislang keine verbindlichen Normen existieren, werden diese von der Kommission Investitionen zugunsten des Umweltschutzes gleichgesetzt (Pkt 32 des Gemeinschaftsrahmens) und dafür – anders als noch im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen aus 1994 – spezifische Regeln formuliert (siehe nur *Vedder*, *The New Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection – Integrating Environment and Competition*, ECLR 2001, 365 [368]). Die Genehmigungsfähigkeit von Beihilfen zugunsten erneuerbarer Energieträger ist also gegenwärtig davon abhängig, dass diese den Anforderungen entsprechen, die die Kommission dafür im Gemeinschaftsrahmen formuliert hat. Vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrahmens bestehen allerdings gegen die beabsichtigte Einführung eines Investitionszuschusses für mittlere Wasserkraftwerke folgende Bedenken:

¹³ Schon aufgrund des speziellen Charakters des Gemeinschaftsrahmens für Umweltschutzbeihilfen ist anzunehmen, dass eine parallele Anwendung des erst kürzlich veröffentlichten Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (ABl C 297/2005, 4) nicht in Betracht kommt. Im Übrigen ist wohl davon auszugehen, dass die bloße Erzeugung von Energie (ohne Belieferung von Endkunden) – im Gegensatz etwa zur Verteilung von Energie an die Allgemeinheit – nicht als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 86 Abs 2 EG (Übertragung einer "besonderen Aufgabe", dh einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung) zu qualifizieren sein wird.

25. Nach dem Gemeinschaftsrahmen sind lediglich "Wasserkraftwerke mit einer Kapazität von weniger als 10 MW" förderungswürdig (siehe dazu die Begriffsdefinition in Pkt 6 des Gemeinschaftsrahmens). Dies entspricht offenbar der Begriffsbestimmung der "Kleinstwasserkraftwerksanlage" in § 5 Abs 1 Zif 19 ÖkostromG (die Kapazität wird in dieser Definition mit der "Engpassleistung" gleichgesetzt). Die neu zu schaffende Bestimmung des § 13a ÖkostromG sieht hingegen eine Förderung von "mittleren Wasserkraftwerken" vor; darunter fallen Wasserkraftwerke mit einem Regelarbeitsvermögen zwischen 50 GWh und 100 GWh. Aufgrund des abweichenden Bezugspunkts (Regelarbeitsvermögen anstatt Engpassleistung und [G]Wh statt [K]W) kann in der vorliegenden Stellungnahme nicht abschließend geklärt werden, wie sich diese beiden Definitionen zueinander verhalten. Rein semantisch ("mittlere" gegenüber "kleineren" Wasserkraftwerken) dürfte aber jedenfalls eindeutig sein, dass auch und sogar primär solche Anlagen gefördert werden, die nicht mehr unter den Begriff der kleinen Wasserkraftwerke im Sinne des Gemeinschaftsrahmens fallen.

26. Zu beachten ist insofern freilich die in Zusammenhang mit der Definition der erneuerbaren Energieträger im Gemeinschaftsrahmen angebrachte Fußnote 7, wonach sich die Kommission, sobald EP und Rat die EE-RL angenommen haben, "auf die endgültige Definition", also auf die Definition der erneuerbaren Energiequellen in der EE-RL stützen wird. Die EE-RL erfasst aber in Art 2 Abs 1 lit a EE-RL mit dem Begriff der erneuerbaren Energiequellen die Wasserkraft schlechthin, ohne jegliche Limitierung der Kapazität.¹⁴ Zwar beinhaltet die EE-RL – wie bereits ausgeführt (siehe unter 21.) – keine gemeinschaftsrechtlichen Förderregelungen, so dass insofern die Artikel 87 und 88 EG sowie die von der Kommission in ihrem Gemeinschaftsrahmen zur Auslegung und Anwendung der Ausnahmetatbestände des Art 87 EG festgelegten allgemeinen Kriterien maßgeblich sind. Die Anbindung des Begriffs der erneuerbaren Energieträger im Gemeinschaftsrahmen an die Begriffsdefinition der EE-RL spricht aber eher dafür, dass die Kommission auch Beihilfen zugunsten von Wasserkraftwerken mit einer höheren Kapazität als 10 MW grundsätzlich

¹⁴ In ihrem Vorschlag zur EE-RL hatte die Kommission vorgesehen, in die Begriffsdefinition der erneuerbaren Energiequellen eine Begrenzung auf Wasserkraftwerke bis 10 MW aufzunehmen; diese Begrenzung wurde aber in der Folge auf Wunsch des EP fallen gelassen. In Zusammenhang mit der EE-RL ist dies auch durchaus sinnvoll, weil auch große Wasserkraftwerke unzweifelhaft Strom aus erneuerbaren Energiequellen produzieren und daher etwa auch in die entsprechenden Quoten einberechnet werden müssen. Es bleibt aber die Frage, ob derartige Großprojekte auch ohne weiteres beihilfefähig sein sollen.

als genehmigungsfähig erachtet. Der Umstand, dass es sich dabei um einen bloßen Fußnotenhinweis handelt, ist angesichts der Rechtsnatur des Gemeinschaftsrahmens als bloße Selbstbindungserklärung wohl unproblematisch; überdies geht es hier nicht bloß um eine einseitige Erklärung nur eines Mitgliedstaates, sondern um eine Erklärung der Kommission selbst. Aufgrund des Umstandes, dass im Text des Gemeinschaftsrahmens immer noch die Grenze von 10 MW angegeben ist, dieser also auch nach Erlassung der EE-RL nicht angepasst wurde, und die Fußnote auch so verstanden werden kann, dass damit nur eine künftige (formale) Änderung des Gemeinschaftsrahmens in Aussicht gestellt werden sollte (die bisher freilich nicht erfolgt ist), verbleibt aber jedenfalls eine ungeklärte Rechtslage, die vorsichtshalber mit der Kommission abgestimmt werden sollte. Anzumerken ist allerdings, dass auch Deutschland davon ausgeht, dass Wasserkraftwerke mit einer Kapazität über 10 MW förderungswürdig sind, und daher zwischenzeitlich sein Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (dBGBl I 2004, 1918) entsprechend angepasst hat (§ 6 Abs 2 EEG).

27. In Hinblick auf die Höhe des nach dem neuen § 13a ÖkostromG möglichen Investitionszuschusses ist in Abs 1 vorgesehen, dass dieser 10 % des unmittelbar für die Errichtung der Anlage erforderlichen Investitionsvolumens (exklusive Grundstückskosten), maximal jedoch EUR 400 pro kW Engpassleistung sowie insgesamt maximal EUR 6 Millionen für eine mittlere Wasserkraftwerksanlage ausmachen kann. Damit bewegt sich § 13a Abs 1 ÖkostromG zwar innerhalb des zulässigen Regelbeihilfesatzes für Investitionen zugunsten erneuerbarer Energieträger; in Pkt 32 des Gemeinschaftsrahmens wird dieser nämlich mit 40 % bestimmt. Auch den Vorgaben in Pkt 36 des Gemeinschaftsrahmens betreffend die beihilfefähigen Investitionen wird grundsätzlich entsprochen. Allerdings bestimmt Pkt 37 des Gemeinschaftsrahmens, dass beihilfefähig ausschließlich die zur Verwirklichung der Umweltschutzziele erforderlichen Investitionsmehrkosten sind; allgemeine Investitionskosten eines Projekts, die nicht dem Ziel des Umweltschutzes dienen, müssen unberücksichtigt bleiben (siehe dazu auch *Van Calster*, Greening the E.C.'s State Aid and Tax Regimes, ECLR 2000, 294 [299]; *Vedder*, ECLR 2001, 368; sowie zur Praxis der Kommission Entscheidung 2000/17/EG vom 30.3.1999 über die Beihilfe für das Vorhaben "Prozessintegrierte Gasturbine bei der Nerefco-Raffinerie", ABI L 6/2000, 46 [Rz 30 bis Rz 40]). Im Bereich der erneuerbaren Energieträger entsprechen die beihilfefähigen Investitionskosten damit normalerweise den "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" (Pkt 37 des Gemeinschaftsrahmens). Sofern der geplante § 13a Abs 1 ÖkostromG daher als Basis für den Investitionszuschuss auf das unmittelbar für die Errichtung der Anlage erforderliche Investitionsvolumen abstellt, widerspricht er damit dem Gemeinschaftsrahmen.¹⁵ Zwar scheint das Problem dadurch entschärft, dass § 13a Abs 1 ÖkostromG den Investitionszuschuss lediglich mit maximal 10 % des Investitionsvolumens festlegt und damit den zulässigen Beihilfesatz von 40 % bei weitem nicht ausschöpft. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass es schon aufgrund der abweichenden Bemessungsgrundlage (Gesamtinvestitionskosten anstatt der bloßen Mehrkosten) zu einer Überschreitung des nach dem Gemeinschaftsrahmen zulässigen Förderbetrages kommt. Im Übrigen ist fraglich, ob es selbst bei Einhaltung der absoluten ziffernmäßigen Höchstgrenze zulässig ist, von einer abweichenden Bemessungsgrundlage für den Investitionszuschuss auszugehen; dagegen spricht, dass auf diese Weise möglicherweise die Investitionsanreize anders gesetzt werden als es den Intentionen des Gemeinschaftsrahmens entspricht.

28. Gemäß Art 88 EG ist für die Beurteilung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt ausschließlich die Kommission – unter der nachprüfenden Kontrolle durch den Gerichtshof – zuständig. In diesem Zusammenhang sind die Mitgliedstaaten nach Art 88 Abs 3 EG verpflichtet, neue Beihilfevorhaben (einschließlich von Änderungen bestehender Regelungen) bei der Kommission zur Überprüfung anzumelden. Österreich müsste also die geplanten Investitionszuschüsse für elektrische Energie aus mittleren Wasserkraftwerken (§ 13a ÖkostromG) der Kommission als Investitionsbeihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrahmens notifizieren. Wegen des in Art 88 Abs 3 Satz 3 EG normierten Durchführungsverbots dürfen die in § 13a ÖkostromG vorgesehenen Investitionszuschüsse erst gewährt werden, nachdem diese von der Kommission mit Entscheidung genehmigt worden sind. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen (siehe unter 25. bis 27.) besteht allerdings jedenfalls das Risiko, dass diese Investitionszuschüsse von der Kommission als nicht genehmigungsfähig betrachtet werden.

¹⁵ Nach der neu zu schaffenden Bestimmung des § 13d ÖkostromG hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit Richtlinien für die Durchführung der Gewährung von Investitionszuschüssen zu erlassen. Diese Richtlinien haben insbesondere auch Bestimmungen über die förderbaren Investitionskosten zu enthalten. Um dem Gemeinschaftsrahmen zu genügen, müsste der Bundesminister in diesen Richtlinien die förderbaren Investitionskosten auf die umweltbedingten Investitionsmehrkosten einschränken. Damit ist freilich aus der Sicht des nationalen Rechts (Art 18 Abs 2 B-VG) die Frage nach der Gesetzmäßigkeit eines solchen – die gesetzlichen Vorgaben einschränkenden – Akts der Vollziehung aufgeworfen.

IV. Gewährung von Investitionszuschüssen für elektrische Energie aus KWK-Anlagen

29. Die geplante Novelle zum ÖkostromG will die Errichtung von neuen KWK-Anlagen im Ausmaß von 2000 MW (elektrisch) bis zum Jahre 2014 mit einem kumulierten Betrag von EUR 60 Millionen für die Jahre 2006 bis 2012 fördern; davon sind 30 % für die Förderung neuer KWK-Anlagen zu verwenden, die industriell verwendet werden, und 70 % für die Förderung neuer KWK-Anlagen, die nicht industriell verwendet werden. Zu diesem Zweck soll der bestehende § 12 ÖkostromG um fünf weitere Absätze (Abs 2 bis Abs 6) ergänzt werden. Darin ist – zusammenfassend – vorgesehen, dass

- die Betreiber neuer KWK-Anlagen, für die bis 2012 alle für die Errichtung erforderlichen Genehmigungen vorliegen und die bis spätestens 31. Dezember 2014 in Betrieb gehen (Abs 3),
- über schriftlichen Antrag an die Abwicklungsstelle für Investitionszuschüsse zwischen 1.1.2006 und 30.9.2012 (Abs 6)
- nach Maßgabe der verfügbaren Mittel (Abs 3)
- einen Investitionszuschuss von maximal 10 % des unmittelbar für die Errichtung der Anlage erforderlichen Investitionsvolumens (exklusive Grundstückskosten), maximal jedoch einen nach dem Umfang der Engpassleistung der KWK-Anlage gestaffelten Betrag zwischen EUR 100 pro kW Engpassleistung (für KWK-Anlagen bis zu einer Engpassleistung von 100 MW) und EUR 40 pro kW Engpassleistung (für KWK-Anlagen ab einer Engpassleistung von 400 MW) erhalten (Abs 3), wobei
- die zur Gewährung des Investitionszuschusses erforderlichen Mittel aus den KWK-Zuschlägen auf die an Endverbraucher abgegebenen Strommengen aufzubringen sind (Abs 5 iVm dem neu gefassten § 13 Abs 10 ÖkostromG).
- Eine Förderung ist auch in Bezug auf neue KWK-Anlagen zulässig, die der Erzeugung von Prozesswärme dienen, sofern die sonstigen in § 12 Abs 1 ÖkostromG enthaltenen Voraussetzungen zutreffen und die in § 13 Abs 2 ÖkostromG aufgestellten Effizienzkriterien erfüllt werden (Abs 2).

Eine Abnahme- und Vergütungspflicht (§ 10 ÖkostromG) für elektrische Energie, die in (alten oder neuen) KWK-Anlagen erzeugt wird, durch die – an Stelle der Ökobilanzgruppenverantwortlichen einzurichtende – Ökostromabwicklungsstelle sieht die geplante Novelle nicht vor: Dies ergibt sich schon daraus, dass die grundsätzliche Regelung über die Abnahme- und Vergütungspflicht (§ 10 ÖkostromG) von vornherein nur auf elektrische Energie aus Ökostromanlagen anwendbar ist. Nicht recht verständlich ist daher, warum der neu zu schaffende § 10a Abs 1 ÖkostromG nochmals jene elektrische Energie von der Abnahmepflicht ausnimmt, für die ein Kostenersatz gemäß § 13 ÖkostromG ("Kostenersatz für KWK-Energie") gewährt wird. Letztere Ausnahme könnte nämlich fast zu einem Gegenschluss verleiten, wonach für Strom aus neu errichteten KWK-Anlagen – für die kein Kostenersatz gemäß § 13 ÖkostromG gewährt wird – sehr wohl eine Abnahmepflicht bestehen könnte. Die Unterzeichnete geht aber davon aus, dass dies nicht dem Willen der Gesetzesverfasser entspricht.

30. Die RL 2004/8/EG des EP und des Rates vom 11.2.2004 über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der RL 92/42/EWG (ABl L 52/2005, 50; hinfort: "KWK-RL") schafft einen Rahmen für eine EU-weite Förderung und Entwicklung der KWK. Demnach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass sich eine Förderung der KWK in bestehenden und künftigen Blöcken am Nutzwärmebedarf und an den Primärenergieeinsparungen orientiert (Art 7 Abs 1 KWK-RL). Zu diesem Zweck werden in Anhang III der KWK-RL Kriterien und Verfahren zur Bestimmung der Effizienz des KWK-Prozesses definiert. Zwar läuft die Umsetzungsfrist der KWK-RL noch bis 21.2.2006 (Art 15 KWK-RL); angesichts der zeitlichen Nähe der beabsichtigten Novelle zum ÖkostromG zum Ablauf der Umsetzungsfrist erscheint es aber jedenfalls angezeigt, den Vorgaben der KWK-RL in punkto Effizienz bereits mit der nunmehr geplanten Novelle zum ÖkostromG entsprechend Rechnung zu tragen.

31. Mit Art 7 KWK-RL wird jedenfalls die Notwendigkeit öffentlicher Förderungen der KWK grundsätzlich anerkannt; abgesehen von den Förderparametern "Nutzwärmebedarf" und "Primärenergieeinsparungen" macht die KWK-RL aber keine Vorgaben hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Fördermechanismen. Daher sind für staatliche Förderungen der KWK auch unter dem Regime der KWK-RL die Bestimmungen des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen in den Artikeln 87 und 88 EG einschlägig. Die diesbezügliche Anwen-

dungspraxis mit Blick auf KWK-Förderungen wird von der Kommission ebenfalls im Gemeinschaftsrahmen konkretisiert; dieser ist daher auch nach In-Kraft-Treten der KWK-RL der zentrale Bezugspunkt für die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität von KWK-Beihilfen (vgl auch Erwägungsgrund 24 der KWK-RL). Geht man davon aus, dass die neuen Investitionszuschüsse für KWK-Anlagen den Tatbestand der staatlichen Beihilfe erfüllen (und eine solche nicht ohnedies schon wegen einer unzulässigen Art der Mittelaufbringung verboten ist; siehe dazu bereits unter II.),¹⁶ gilt Folgendes: Problematisch ist in diesem Zusammenhang vorderhand die Höhe des nach dem neuen § 12 Abs 3 ÖkostromG möglichen Investitionszuschusses für KWK-Anlagen. Zwar bewegt sich dieser mit maximal 10 % des unmittelbar für die Errichtung der Anlage erforderlichen Investitionsvolumens (exklusive Grundstückskosten), im Höchstfall (bei KWK-Anlagen bis zu einer Engpassleistung von 100 MW) jedoch maximal EUR 100 pro kW Engpassleistung, innerhalb des zulässigen Beihilfesatzes für Investitionen in KWK-Anlagen, welcher in Pkt 31 des Gemeinschaftsrahmens – entsprechend jenem für Investitionen zugunsten erneuerbarer Energieträger – mit 40 % bestimmt wird. Wie bereits in Zusammenhang mit den in der ÖkostromG-Novelle vorgesehenen Investitionszuschüssen für elektrische Energie aus mittleren Wasserkraftwerken ausgeführt, sind nach Pkt 37 des Gemeinschaftsrahmens aber ausschließlich die zur Verwirklichung der Umweltschutzziele erforderlichen Investitionsmehrkosten, nicht aber die gesamten Anlagenerrichtungskosten beihilfefähig (siehe bereits unter 27.). Soweit der geplante § 12 Abs 3 ÖkostromG daher als Basis für den Investitionszuschuss auf das unmittelbar für die Errichtung der KWK-Anlage erforderliche Investitionsvolumen abstellt, widerspricht er damit dem Gemeinschaftsrahmen.¹⁷ Die neuen Investitionszuschüsse für elektrische Energie aus KWK-Anlagen (§ 12 Abs 2 bis 6 ÖkostromG) müssten von Österreich der Kommission notifiziert werden; sie dürfen aufgrund des in Art 88 Abs 3 Satz 3 EG normierten Durchführungsverbots erst gewährt werden,

¹⁶ Angesichts des Umstands, dass auch die zur Gewährung der neuen Investitionszuschüsse erforderlichen Mittel aus dem KWK-Zuschlag aufzubringen und von einer dem Staat zurechenbaren Stelle ausbezahlt sind, ist davon auszugehen, dass die Kommission auch bei diesen Maßnahmen den Charakter einer staatlichen Beihilfe gemäß Art 87 Abs 1 EG annehmen und diese daher dahin gehend untersuchen wird, ob sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrahmens entsprechen.

¹⁷ Nach der neu zu schaffenden Bestimmung des § 13d ÖkostromG hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit Richtlinien für die Durchführung der Gewährung von Investitionszuschüssen zu erlassen. Zur Möglichkeit, in diesen Richtlinien eine Einschränkung der Förderung auf die umweltbedingten Mehrkosten vorzusehen, siehe bereits oben FN 15.

nachdem diese von der Kommission mit Entscheidung genehmigt worden sind. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen besteht allerdings jedenfalls das Risiko, dass diese Investitionszuschüsse in der derzeit geplanten Form von der Kommission als nicht genehmigungsfähig betrachtet werden.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

32. Der im Anhang zur RL 2001/77/EG des EP und des Rates vom 27.9.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl L 283/2001, 33) für Österreich vorgegebene prozentuelle Referenzwert für das Jahr 2010 (78,1 % Anteil an Strom aus erneuerbaren Energiequellen) stellt eine verbindliche Vorgabe des Gemeinschaftsrechts dar. Daraus ist zwar nur eine Bemühensverpflichtung für Österreich abzuleiten, nach der innerstaatlich alle zur Erreichung des Referenzwertes notwendigen Maßnahmen zu setzen sind. Es ist aber jedenfalls gemeinschaftsrechtlich bedenklich, wenn Österreich – auch in den Materialien zur geplanten Novelle zum ÖkostromG – von vornherein von einem unrichtig berechneten, weil auf den Verbrauch des Jahres 1997 abstellenden Referenzwert ausgeht.

33. Die geplante Novelle zum ÖkostromG ist in keiner Weise geeignet, die beihilferechtlichen Bedenken der Kommission zu entkräften: Geändert werden weder wesentliche Gesichtspunkte in Zusammenhang mit der Qualifikation der gewährten Förderungen als "staatliche" Beihilfe noch der diesbezügliche – von der Kommission als Verstoß gegen Artikel 25 und 90 EG beanstandete – Aufbringungsmechanismus. Es ist daher völlig unerfindlich, wieso das BMWA in Presseaussendungen die Auffassung vertreten kann, dass die geplante Novelle zur Lösung der beihilferechtlichen Problematik beiträgt.

34. Die in der geplanten Novelle zum ÖkostromG neu vorgesehenen Förderungen (Investitionszuschüsse für mittlere Wasserkraftanlagen und für KWK-Anlagen) werden in das bisher geltende Förderungsregime eingegliedert, so dass die auf Seiten der Kommission bestehenden Vorbehalte hinsichtlich des Aufbringungsmechanismus auch auf diese neuen Förderungen übertragbar sind.

35. Die geplanten Investitionsförderungen für mittlere Wasserkraftanlagen und KWK-Anlagen sind auch von ihrem Inhalt her problematisch: Zum einen ist angesichts der im Gemeinschaftsrahmen enthaltenen Begrenzung auf eine Kapazität bis 10 MW – die aber

möglicherweise durch eine auf die EE-RL verweisende Fußnote überlagert ist – nicht ganz eindeutig, ob die Kommission nach dem Gemeinschaftsrahmen auch mittlere Wasserkraftwerksanlagen als förderungswürdig erachtet; dies sollte daher vorsichtshalber mit der Kommission noch vor der Beschlussfassung über die geplante Novelle abgeklärt werden. Sowohl bei der neuen Investitionsförderung für mittlere Wasserkraftanlagen als auch bei jener für KWK-Anlagen ist es überdies gemeinschaftsrechtlich bedenklich, dass als Berechnungsbasis für die Förderung die gesamten für die Errichtung der Anlage erforderlichen Investitionskosten und nicht lediglich die zur Verwirklichung der Umweltschutzziele erforderlichen Investitionsmehrkosten herangezogen werden.

36. Da auch die neu vorgesehenen Förderungen jedenfalls unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsauffassung der Kommission Beihilfen im Sinne des Art 87 EG darstellen und sich auch bei diesen neuen Förderungen das von der Kommission aufgeworfene Problem einer möglichen Unvereinbarkeit des Aufbringungsmechanismus mit den Vorgaben der Artikel 25 und 90 EG stellt, sollte die geplante Novelle jedenfalls erst dann beschlossen werden, wenn zuvor eine Notifizierung der geplanten Novelle bei der Kommission und eine Genehmigung durch diese oder zumindest eine informelle Abstimmung mit der Kommission erfolgt ist.

Aus allen diesen Gründen empfiehlt es sich daher, mit einer Verabschiedung der Novelle zum ÖkostromG in der geplanten Form zuzuwarten, bis eine endgültige Abstimmung mit der Kommission erfolgt ist.

Linz, am 9. Dezember 2005

A. Univ.Prof. Dr. Margit Maria Karollus LL.M.