

Wien, 20. Dezember 2018

MEMORANDUM

Bewertung aktueller Fragen zur Ökostromförderung

IG Windkraft hat Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH („CHSH“ oder „wir“) beauftragt, im Hinblick auf die anstehende Novellierung des Ökostromgesetzes 2012 („ÖSG“) beihilfenrechtliche Fragestellungen zu prüfen.

Dieses rechtliche Stellungnahme ist vor dem Hintergrund der aktuell geführten Debatte zu sehen, ob das aktuelle Regime der Förderung erneuerbarer Energien (im Folgenden auch „EE“) einer umfassenden Novellierung anhand der Vorgaben der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020¹ (auch „State Aid Guidelines for environmental protection and energy 2014-2020“ – im Folgenden kurz „EEAG“ oder „Leitlinien“) unterzogen werden soll, oder – bevor eine solche grundlegende Neugestaltung erfolgt – noch mittels einer kurzfristigen, „kleinen“ Novelle zusätzliche Mittel – wenn möglich ohne eigenständige Notifikation – für Biomasse und Kleinwasserkraft freigegeben werden sollen. Auch eine Einbeziehung von Windkraft schiene in Anbetracht des beträchtlichen „Förderstaus“ von ca 200 Anlagen bzw 700 MW sachlich gerechtfertigt.

Konkret hat uns IG Windkraft um Beantwortung folgender fünf Fragen ersucht:

- (1) *Gibt es irgendeine Möglichkeit, einen Abbau dieser Windkraft-Warteschlange (oder eines Teiles davon) durch Zurverfügungstellung von Sondermitteln durch eine neuerliche kleine Novelle beihilfenrechtskonform umzusetzen?*
- (2) *Ist eine schnelle Reform ohne Gesamtanpassung an die State Aid Guidelines 2014-2020 und/oder an die Renewable Energies Directive II überhaupt möglich bzw. was wäre zu beachten, dass dies möglich ist?*
- (3) *Wie könnten bei einer umfassenden Reform der Ökostromförderung (bei welcher eine Anpassung an die EEAG Vorgaben erfolgt) Übergangsbestimmungen erreicht werden, dass aktuell bereits bei der Förderstelle bereits eingereichte Anträge (welche mangels Vorliegen von Fördermitteln noch nicht mit Verträgen bedient werden konnten) noch im bestehenden Einspeisesystem abgearbeitet werden können?*
- (4) *Lassen die State Aid Guidelines 2014-2020 genügend Spielraum, von verpflichtenden Ausschreibungen für die Vergabe der Fördermittel für Windkraft abzusehen und was ist diesbezüglich entscheidend? Was ist zu beachten und wie ist am besten rechtlich zu argumentieren, um die Ausnahmegründe von der Ausschreibungspflicht nach RN 126 in Anspruch nehmen zu können?*
- (5) *Lassen die State Aid Guidelines 2014-2020 genügend Spielraum, von verpflichtenden Ausschreibungen für die Vergabe der Fördermittel für Windkraft abzusehen und was ist diesbezüglich entscheidend? Was ist zu beachten und wie ist am besten rechtlich zu argumentieren, um die Ausnahmegründe bezüglich Technologieneutralität nach RN 126 in Anspruch nehmen zu können?*

¹ ABI 28.06.2014, C 200/1.

Zusammengefasst kommen wir zu folgendem Ergebnis:

- Die bestehende „Windkraft-Warteschlange“ im Förderregime ließe sich, rein beihilfenrechtlich betrachtet, grundsätzlich mit einer weiteren Aufstockung der Ausgangsmittel ermöglichen; Voraussetzung ist allerdings, dass mit dieser Aufstockung keine signifikante Änderung der Beihilfenregelung (ÖSG 2012) eintritt (insb keine Ausweitung der Beihilfenmittel über 20% des genehmigten Betrags). Möglicherweise könnte die Warteschlange auch durch Gewährung von Förderungen abgebaut werden, die nicht unter das unionsrechtliche Beihilfenregime fallen (wie etwa *De-Minimis*-Beihilfen) und die nicht zu einem Überschreiten der zulässigen Beihilfenintensität führen.
- Solange die Zuteilung eines Sonderkontingents als unwesentliche Änderung und damit als der genehmigten Beihilfenregelung ÖSG 2012 immanent qualifiziert werden kann, stehen dem uE auch weder die EEAG noch die – ohnedies erst ab 2021 geltende – RED II entgegen.
- Sofern eine Aufstockung der Ausgangsmittel des ÖSG 2012 rechtlich zulässig ist, kann uE wohl auch mittels Übergangsregelungen eine Behandlung der anhängigen Anträge nach umfassender Novellierung des ÖSG erreicht werden. Die Übergangsregelungen können aber nicht dazu führen, dass der Geltungsbereich der genehmigten Beihilfenregelung des ÖSG 2012 über ihren vorgegebenen Anwendungsbereich (insb auch hinsichtlich der Beihilfenmittel) ausgeweitet wird.
- Im Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts determiniert das EEAG selbst die Ausnahmegründe für das grundsätzlich verpflichtende Ausschreibungsverfahren. Eine Ausschreibung ist für Klein- und Demonstrationsanlagen sowie dann nicht verpflichtend, wenn einer der in Rz 126 genannten Gründe vorliegt. Bei der Beurteilung der Ausnahmegründe kommt den Mitgliedstaaten – auch aufgrund der gebotenen primär- und sekundärrechtskonformen Interpretation der Leitlinien – uE ein gewisser Ermessensspielraum zu.
- Davon zu unterscheiden ist die Frage der Technologieneutralität der Ausschreibung. Hier belegt der Kommissionsbeschluss in der Rs *Deutsches EEG 2017*, dass bei Vorliegen eines oder mehrerer der in Rz 126 EEAG genannten Gründe eine technologiespezifische Ausschreibung zulässig sein kann. Die Mitgliedstaaten haben, basierend auf Analysen von belastbarem Datenmaterial, das Vorliegen dieser Gründe glaubhaft zu machen.

Dazu im Einzelnen:

I. Hintergrund

A. Genese des ÖSG

- a. Das ÖSG wurde im Jahr 2002 in Umsetzung der RL 2001/77/EG erlassen.² Das ÖSG 2002 garantierte den Betreibern von Ökostromanlagen eine uneingeschränkte, gesetzliche Abnahme zu den per Verordnung festgelegten Einspeisetarifen betragsmäßige Beschränkung.
- b. Eine solche Deckelung der Förderbeträge führte die **ÖSG-Novelle 2006** ein. Neue 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.³
- 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.⁴ 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).⁵
- 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

² Bis dahin war die Förderung von Ökostrom im EIWOG und den Landesgesetzen geregelt.

³ *Rihs*, Ökostromgesetz 2012: Rückblenden und Schlaglichter, RdU-UT 2012/24, 71 (74).

⁴ Vgl § 23 ÖSG 2012; siehe auch EBRV 12223 BlgNR XXIV. GP, 10.

⁵ Rz 115 des Beschlusses C(2012) 565 final.

wohl keinem beihilfenrechtlichen Genehmigungsverfahren zugeführt werden musste.

B. Beihilfenrechtliche Genehmigungen durch die Kommission

a. Die Förderungen für Ökostromanlagen stellten potentielle Beihilfen iSd Art 107 Abs 1 AEUV dar und wurden – mit Ausnahme des ÖSG 2002⁶ – gemäß Art 108 Abs 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 Mittelserhöhung wurden jedoch nach unserer Information mit

⁶ 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. Allerdings registrierte die Kommission die Maßnahme als – nunmehr nicht angemeldete – Maßnahme und leitete ein Verfahren ein.

der Kommission abgestimmt.

II. Zu den Fragen der IG Windkraft im Einzelnen

A. Sondermittel für Windkraft

Frage 1: Gibt es irgendeine Möglichkeit, einen Abbau dieser Windkraft-Warteschlange (oder eines Teiles davon) durch Zurverfügungstellung von Sondermitteln durch eine neuerliche kleine Novelle beihilfenrechtskonform umzusetzen?

- a. Dass das Bereitstellen zusätzlicher staatlicher Mittel für in der Warteschlange befindliche Windkraftanlagen rechtskonform – gegebenenfalls nach einer Vereinbarkeitsprüfung der Kommission – ausgestaltet werden kann, ist uE evident.
- b. Wir verstehen die Bezugnahme auf eine „neuerliche kleine Novelle“ so, dass die Bereitstellung eines Sonderkontingents ohne beihilfenrechtliches Notifizierungsverfahren angestrebt wird und mithin diese Möglichkeit geprüft werden soll.

1. Beihilfenrechtliche Ausgangslage

- a. Nach Artikel 107 Abs 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte **Beihilfen** eines Mitgliedstaats an Unternehmen oder Wirtschaftszweige verboten, wenn sie geeignet sind, den grenzüberschreitenden Wettbewerb zu verzerren.
- b. Eine Beihilfe ist bei Vorliegen folgender Voraussetzungen grundsätzlich verboten:
 - Die Subvention richtet sich an eine wirtschaftlich tätige Entität (im AEUV als **Unternehmen** bezeichnet, wobei sich dies nicht mit national staatlichen Unternehmensbegriffen decken muss).
 - Die Subvention erfolgt aus staatlichen Mitteln, ist also **dem Staat zurechenbar**.
 - Der Entität wird ein **wirtschaftlicher Vorteil** gewährt.
 - Dieser Vorteil ist **selektiv**, dh die Subvention bevorzugt nur ein konkretes oder ausgewählte Unternehmen.
 - Die Subvention ist geeignet, den **grenzüberschreitenden Handel** zu beeinflussen und droht, den **Wettbewerb** zu verfälschen.
- c. Kommt ein Mitgliedstaat zu dem Ergebnis, dass eine geplante Maßnahme eine Beihilfe darstellen könnte, hat er diese vorab der Kommission zu **notifizieren**. Die Kommission prüft sodann die Beihilfeneigenschaft der Maßnahme und, so

- diese bejaht wird, ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Während dieser Zeit besteht ein sogenanntes Durchführungsverbot (Art 108 Abs 3 AEUV).
- d. Da ein etwaiges Sonderkontingent für die Unterstützung sich in der Warteschlange befindlicher Windkrafterzeuger aus staatlichen Mitteln bereitgestellt und Windkraftbetreibern selektiv ein wirtschaftlicher Vorteile eingeräumt würde, wäre eine Mittelaufstockung grundsätzlich beihilfensensibel.
 - e. Unseres Erachtens sind in Anbetracht der Umstände *prima vista* zwei rechtliche Argumentationslinien denkbar, wie eine erneute Notifikationspflicht vermieden werden könnte:
 - a) Die erneute Aufstockung des Beihilfevolumens bewegt sich noch im Rahmen der Beihilfengenehmigung aus 2012.
 - b) Die Zuschüsse für die Betreiber werden nicht auf Basis der Beihilfengenehmigung aus 2012, sondern als Einzelbeihilfen unter der allgemeinen *De-Minimis*-Schwelle geleistet, ohne dass die zulässige Beihilfenintensität (vgl Rz 119 des Kommissions-Beschlusses iVm § 24 ÖSG 2012) überschritten wird.
 - f. Dazu näher im Folgenden:
 - a. **(Erneute) Erweiterung des Beihilfevolumens der Genehmigung des ÖSG 2012**
 - a. Beihilfenrechtlich ist zwischen Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen zu unterscheiden. Als Beihilferegulungen gelten Regelungen, auf Basis derer **(i)** nicht näher spezifizierten Unternehmen ohne weitere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt oder **(ii)** bestimmten Unternehmen nicht näher spezifizierte Beihilfen gewährt werden können.⁷
 - b. Das ÖSG 2012 ist als **Beihilfenregelung** zu qualifizieren, weil sie die Bedingungen für die Gewährung einzelner Beihilfen in allgemeiner und abstrakter Weise determiniert, ohne dass die Beihilfeempfänger von vornherein feststehen.⁸ Das ÖSG 2012 wurde, wie oben bereits ausgeführt, der Kommission notifiziert und von dieser mit Beschluss am 08.02.2012 **genehmigt** (C(2012) 565 final im Beihilfeverfahren SA.33384).

⁷ Vgl Art 1 lit d VVO.

⁸ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht² (2016) 590.

- c. Genehmigte Beihilfenregelungen dürfen bis zu einem gewissen Grad geändert und hinsichtlich des **Beihilfenvolumens ausgeweitet** werden, ohne dass eine neuerliche Notifikation zu erfolgen hat:
- Nach der Verfahrens-VO 2015/1589⁹ („VVO“) sind nur neue Beihilfen notifizierungspflichtig. „Neue Beihilfen“ sind nach Art 1 lit c VVO *„alle Beihilfen, also Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen, die keine bestehenden Beihilfen sind, einschließlich Änderungen bestehender Beihilfen.“*
 - Als *„bestehende Beihilfen“* gelten nach Art 1 lit b VVO unter anderem *„genehmigte Beihilfen, also Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen, die von der Kommission oder vom Rat genehmigt wurden“*. Das ÖSG 2012 ist folglich eine *„bestehende Beihilfe“*. Einzelbeihilfen, die von der Genehmigung der Beihilfenregelung gedeckt sind, sind ebenfalls als bestehende Beihilfen anzusehen.¹⁰
 - Die Änderung einer bestehenden Beihilfenregelung ist nur dann signifikant und löst eine Notifikationspflicht aus, wenn sie Einfluss auf den Binnenmarkt haben kann. Das ist nach Art 4 Abs 1 Durchführungs-VO 794/2004¹¹ nicht der Fall, wenn **(i)** es sich um rein formale oder verwaltungstechnische Änderungen handelt oder **(ii)** die Ausgangsmittel für eine bestehende Beihilfe bis maximal 20 % erhöht werden.
- d. Die Aufstockung der Mittel zur Ökostromförderung im Zuge der ÖSG-Novelle 2017 dürfte maßgeblich auch damit gerechtfertigt worden sein, dass die Erhöhung der Ausgangsmittel unter 20 % verbleibt.
- e. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Bereitstellung eines weiteren Sonderkontingents durch eine kleine ÖSG-Novelle auf dieselbe Argumentation gestützt und damit der Notifikationspflicht entzogen werden kann. Dazu ist Folgendes zu erwägen:
- Der Wortlaut ist offen. Zwar bezieht sich Art 4 Abs 1 der Durchführungs-VO 794/2004 auf *„eine Erhöhung“*, eine **wortwörtliche Interpretation** in dem Sinne, dass nur eine einmalige Aufstockung zulässig ist, verbietet sich uE aber schon deshalb, weil ErwG 4 die Pluralform verwendet und klarstellt,

⁹ Auch die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01) verweisen auf diese Definition für Änderungen (FN 105).

¹⁰ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht² (2016) 587.

¹¹ Dass die Durchführungs-VO 794/2004 zur VVO 659/199 erging und letztere mittlerweile durch die VVO 2015/1589 abgelöst wurde, ist ohne Belang: Nach Art 35 Abs 2 VVO 2015/1589 gelten Bezugnahmen auf die aufgehobene VVO als solche auf die neue VVO. Da sich die Durchführungs-VO auf die VVO stützt, besteht sie damit weiter.

dass „*geringfügige Erhöhungen*“ bis zu 20 % der Ausgangsmittel nicht gemeldet werden müssen.

- Ausgehend von dem mit der Einziehung der 20 %-igen Signifikanzschwelle intendierten **Zweck** – nämlich Änderungen der Beihilfenregelung, die keine Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, zu ermöglichen – macht es uE keinen Unterschied, ob es nur zu einer oder zu mehreren Erhöhungen des Ausgangswertes kommt. So verweist auch ErwG 4 darauf, dass bspw Inflationsanpassung der Beihilfe auf diese Regelung gestützt werden können, was naturgemäß nicht nur einmalig, sondern (vor allem bei längerer Beihilfenlaufzeit) öfter notwendig sein kann. Maßgeblich ist, dass die Aufstockung **insgesamt unter 20 % der Ausgangsmittel** verbleibt und die sonstigen Voraussetzungen der Beihilfenregelung unverändert bleiben.
 - Insgesamt sprechen also die besseren Argumente dafür, dass die Ausgangsmittel einer Beihilfenregelung auch **öfter als einmal aufgestockt** werden können.
- f. Ob daraus für den gegenständlichen Fall etwas gewonnen werden kann, hängt von weiteren Parametern ab, deren Beurteilung sich teils unserer Kenntnis entziehen. Allgemein gesprochen könnte aber eine **erneute Erhöhung der Ausgangsmittel** durch eine weitere kleine Novelle des ÖSG 2012 zulässig sein, wenn folgende Punkte erfüllt sind:
- Die addierten Sonderkontingente des ÖSG 2017 und der angedachten Novelle verbleiben **unter der 20 %-Schwelle**. Maßgeblich für diese Beurteilung sind die Ausgangsmittel des genehmigten ÖSG 2012. Das genaue Ausmaß der Ausgangsmittel wurde nicht veröffentlicht. Es ist anzunehmen, dass in den Gesprächen zwischen dem Ministerium und der Kommission in Hinblick auf die ÖSG-Novelle 2017 die Ausgangsmittel bewertet wurden; diese Einschätzung sollte, wenn möglich, eruiert und zweckmäßigerweise der Beurteilung, inwieweit die 20 %-Regel noch Spielraum für eine zweite kleine Novelle zulässt, zugrunde gelegt werden.
 - Selbstredend muss auch eine weitere kleine Novelle des Ökostromförderregimes die sonstigen beihilferechtlichen Vorgaben erfüllen und sich **im Rahmen des Genehmigungsbeschlusses von 2012** bewegen. Insbesondere müsste gewährleistet werden, dass Struktur und Zusammensetzung des ÖSG 2012 als maßgebliche Beihilfenregelung (im Wesentlichen) unverändert bleibt und keine Beihilfen über den Geltungszeitraum des Genehmigungsbeschlusses (Februar 2022) gewährt werden.
- g. Unter diesen Prämissen sprechen uE gute Gründe dafür, dass eine erneute Aufstockung der Mittel zum Abbau der Warteschleife ohne Beihilfenanmeldung zulässig

ist. Eine enge Abstimmung einer weiteren kleinen Ökostrom-Novelle mit der Kommission ist freilich angezeigt.

b. Ausgestaltung als *De-Minimis*-Einzelbeihilfen

- a. Alternativ zur Aufstockung der Fördermittel für Kontrahierungen nach dem ÖSG wäre es theoretisch denkbar, die auf die Beihilfe wartenden Förderwerber durch Bezuschussungen unter der sog. *De-minimis*-Grenze zu unterstützen. Bei derartigen, so genannten *De-minimis*-Beihilfen wird vermutet, dass sie den Wettbewerb nicht verfälschen können, weshalb sie weder unter das Beihilfeverbot fallen noch der Anmeldepflicht nach Art 108 Abs 3 AEUV unterliegen.
- b. Einer solchen Vorgehensweise wären allerdings **enge Grenzen** gesetzt:
 - Die Kommission hat in ihrer – hier anzuwendenden – allgemeinen *De-minimis*-VO¹² einen **Schwellenwert von EUR 200.000 (in drei Jahren)** festgelegt, bei dessen Unterschreiten eine Beihilfe als geringfügig und damit als nicht wettbewerbsverfälschend gilt.
 - Ob dieser Schwellenwert erreicht wird, richtet sich nach dem sogenannten **Beihilfeäquivalent**. Dabei sind alle staatlichen Beihilfen zusammenzurechnen, die das Windkraftunternehmen erhält. Bezieht also das Unternehmen bereits Beihilfen über den Einspeisetarif sind diese Bezuschussungen bei der Errechnung der Maximalbeihilfe von EUR 200.000,- in zwei Jahren zu berücksichtigen.
 - Darüber hinaus sind auch die sonstigen Vorgaben der *De-minimis*-VO einzuhalten (zB Aufbewahrungs- und Meldepflichten)¹³.
 - Zudem ordnet Rz 119 des Genehmigungsbeschlusses der Kommission an, dass Überkompensationen zu vermeiden sind und die unionsrechtliche zulässige Beihilfenintensität nicht überschritten werden dürfe; § 24 ÖSG 2012 enthält die diesbezüglichen Vorgaben.

¹² VO 1407/2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABI 2013 L 352/1.

¹³ So hat nach Art 6 *De-minimis*-VO der Beihilfenempfänger dem Mitgliedstaat eine vollständige Übersicht über die im laufenden und den zwei vorangegangenen Kalenderjahren erhaltenen *De-minimis*-Beihilfen vorzulegen und der Mitgliedstaat hat sämtliche die *De-minimis*-Beihilfen betreffenden Informationen zehn Jahre lang aufzubewahren. Auf Ersuchen der Europäischen Kommission hat der Mitgliedstaat sämtliche Informationen zu übermitteln, die die Kommission benötigt, um überprüfen zu können, ob die unionsrechtlichen Vorgaben für die Gewährung der *De-minimis*-Beihilfen erfüllt sind.

- c. Inwieweit die Gewährung von Einzelbeihilfen an Windkraftbetreiber unter der *De-Minimis*-Schwelle zu einem effektiven Abbau der Warteschlange führen könnte, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. In Anbetracht dessen, dass diese Art der Beihilfengewährung eine eigene rechtliche Grundlage benötigen würde und auch noch den beschriebenen unions- und nationalrechtlichen Beschränkungen ausgesetzt wäre, scheint diese Variante *prima vista* politisch weniger leicht umsetzbar.

B. Kleine Reform der ÖSG ohne Anpassung an die EEAG und RED II

Frage 2: Ist eine schnelle Reform ohne Gesamtanpassung an die State Aid Guidelines 2014-2020 und/oder an die Renewable Energies Directive II überhaupt möglich bzw. was wäre zu beachten, dass dies möglich ist?

1. Zu den EEAG:

- a. Das ÖSG 2012 beruht in seiner Förderstruktur auf den Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen aus 2008. Die Kommission hat bekanntlich 2014 neue Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen beschlossen, welche bis 31. Dezember 2020 gelten (EEAG).
- b. Rz 250 der EEAG sieht eine **allgemeine Anpassungsfrist** bis 1. Jänner 2016 vor:
„Die Mitgliedstaaten sollten ihre betreffenden Regelungen, wo erforderlich, ändern um sie spätestens bis zum 1. Januar 2016 mit diesen Leitlinien in Einklang zu bringen.“ Von dieser Vorgabe gibt es jedoch eine wichtige Ausnahme: *„Bestehende Beihilferegulungen [...] müssen nur dann an diese Leitlinien angepasst werden, wenn die Mitgliedstaaten diese verlängern möchten oder nach zehn Jahren oder nach Ablauf der Geltungsdauer des Kommissionsbeschlusses neu anmelden müssen oder Änderungen vornehmen wollen.“*
- c. Die EEAG sehen also **vier alternative Gründe** vor, wann eine bestehende Beihilfenregelung – wie das ÖSG 2012 – an die Leitlinien angepasst werden muss:
- i. **Verlängerung der Laufzeit.** Dies wäre der Fall, wenn das ÖSG 2012 über Februar 2022 hinaus laufen sollte.
 - ii. Bei **Neuanmeldung** der Beihilfenregelung nach Ablauf der Geltungsdauer des Kommissionsbeschlusses.
 - iii. Nach **zehn Jahren**.
 - iv. Bei **Änderung** der Beihilfenregelung.

- d. Gegenständlich wird die Aufstockung der Beihilfenmittel (ohne zeitliche Ausdehnung) angedacht, sodass nur auf die Alternative (iv) („Änderung der Beihilfenregelung“) eingegangen wird.
- e. Die EEAG verweisen zum **Begriff der „Änderung“** auf die Definition von „neuen Beihilfen“ gem Art 1 lit c VVO idF VO 659/1999, welcher wortgleich in die VVO 2015/1589 übernommen wurde. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine die Anpassung an die EEAG auslösende Änderung vorliegt, ist deshalb im Kern wieder die Frage, ob eine signifikante Änderung der bestehenden Beihilferegelung iSd Art 4 Durchführungs-VO 794/2004 vorliegt. Hierzu darf auf die Ausführungen zur Frage 1 verwiesen werden (Punkt II.A.1.a).
- f. Folglich gilt: Löst eine Aufstockung der Mittel für den Abbau der Windkraft-Warteschlange aufgrund insignifikanter Änderung des Beihilfevolumens (< 20 %) keine Notifikationspflicht aus, muss auch das ÖSG 2012 nicht an die Vorgaben der EEAG angepasst werden.

2. Zu den Vorgaben der RED II

- a. Die RED II liegt bislang nur im Text der Trilog-Einigung vor, wurde aber bereits von Rat und Parlament beschlossen und dürfte in absehbarer Zeit im Amtsblatt veröffentlicht werden.
- b. Die RED II **gilt erst ab dem 01.07.2021**, weshalb die RL schon aufgrund des zeitlichen Anwendungsbereichs für das bis Februar 2022 geltende ÖSG 2012 kaum eine Rolle spielen kann.
- c. Darüber hinaus kann aus den Vorgaben der RED II zur Subventionierung erneuerbarer Energien (Art 4 ff RED II) keine Pflicht zur Änderung bestehender Beihilfenregelungen abgeleitet werden. Ganz im Gegenteil sieht Art 6 RED II vor, dass bestehende Förderregime für erneuerbare Energien nicht in einer Weise abgeändert werden, welche die Rechte der Beihilfenempfänger beeinträchtigen.¹⁴
- d. Unseres Erachtens schließen somit weder die EEAG noch die RED II eine erneute Novellierung des ÖSG 2012 aus.

¹⁴ „(...) Member States shall ensure that the level of, and the conditions attached to, the support granted to renewable energy projects are **not revised in a way that negatively impacts the rights conferred thereunder and undermines the economic viability of already supported projects**“; eigene Hervorhebung.

C. Umfassende Reform des Ökostromförderungsregimes

Frage 3: Wie könnten bei einer umfassenden Reform der Ökostromförderung (bei welcher eine Anpassung an die SAG 2014-2020 Vorgaben erfolgt) Übergangsbestimmungen erreicht werden, dass aktuell bereits bei der Förderstelle bereits eingereichte Anträge (welche mangels Vorliegen von Fördermitteln noch nicht mit Verträgen bedient werden konnten) noch im bestehenden Einspeisesystem abgearbeitet werden können?

- a. Nach dem geltenden System der Windkraftförderung werden die Anträge der Fördererwerber um Kontrahierung entsprechend ihrer Reihung bis zum Ausschöpfen der zur Verfügung stehenden Mittel bearbeitet.
- b. Österreich hat sich gegenüber der Kommission verpflichtet, die Beihilfenregelung des ÖSG 2012 längstens 10 Jahre nach ihrer Genehmigung – mithin spätestens im Februar 2022 – **erneut anzumelden** (Rz 115 des Beschlusses). Auch eine vorgelagerte signifikante Umgestaltung des ÖSG 2012 im Zuge einer „großen“ Ökostrom-Novelle wäre als neue und damit anmeldepflichtige Beihilfenregelung zu werten.
- c. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es der österreichische Gesetzgeber durch **Übergangsbestimmungen** erreichen könnte, dass Fördererwerber, die sich aufgrund eines gestellten Antrags in der „Wartschleife befinden“, auch nach einer umfassenden Novellierung des ÖSG – welche anhand der Vorgaben der EEAG erfolgen müsste¹⁵ – im bestehenden Regime verbleiben und mithin von den bisherigen, nach (den Umweltbeihilfenleitlinien 2008¹⁶ erstellten) Beihilfebestimmungen umfasst sein könnten. Dies hätte zur Folge, dass Windkraftanbieter ohne Erfüllung der in den EEAG vorgesehenen Vorgaben (insb Vergabe nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens) subventioniert werden könnten.
- d. FN 66 der EEAG stellt klar, dass für Anlagen, die vor dem 1. Januar 2017 in Betrieb genommen wurden und für die die finanzielle Unterstützung vor diesem Zeitpunkt vom Mitgliedstaat bestätigt wurde, können Beihilfen auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Bestätigung geltenden Regelung gewährt werden. Damit ein Projekt als „in Betrieb genommen“ gilt, genügt das Erlangen einer „behördlichen“ Genehmigung; die Förderung ist vor dem 1.1.2017 bestätigt, wenn der Fördererwerber vor diesem Datum eine grundsätzliche Förderzusage erhalten hat (was uE mit der Aufnahme auf in die „Förderwarteliste“ geschieht).
- e. Ein Verbleiben der anhängigen Förderansuchen im Förderregime des ÖSG 2012 qua Übergangsbestimmung scheint **grundsätzlich möglich** zu sein, dies allerdings unter

¹⁵ Vgl Rz 126 EEAG.

¹⁶ ABI 01.04.2008, C 82/1.

gewissen Restriktionen:

- Soweit ersichtlich gibt es in den EEAG keine Bestimmung, welche die Mitgliedstaaten ermächtigen würde, mittels Übergangsbestimmungen eine Beihilfenregelung oder Einzelbeihilfen über den in den Leitlinien vordeterminierten Zeitraum von der Anwendbarkeit der Leitlinien zu befreien.
 - Die EEAG regeln ihren **Anwendungsbereich** in abschließender Weise. Im Wesentlichen gelten die EEAG immer dann, wenn im (sachlichen und temporalen) Anwendungsbereich der Leitlinien eine Beihilfenmaßnahme angemeldet wird¹⁷, was immer dann zu erfolgen hat, wenn eine neue Beihilfenregelung erlassen oder eine neue anmeldspflichtige Einzelbeihilfe gewährt wird. Rz 124 ff der Leitlinien kennen zwar gewisse Übergangsregelungen bei den Beihilfen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien; diese betreffen aber nur den Zeitraum 2016/2017 und greifen deshalb gegenständlich nicht mehr. Seit 01.01.2017 gilt für **alle neuen Beihilfen** – mit wenigen Ausnahmen¹⁸ – eine Ausschreibungspflicht nach Maßgabe der Rz 126 der EEAG.
 - Somit sind die EEAG nur dann nicht auf nach dem 01.01.2017 gewährte Beihilfen anwendbar, wenn sie auf Basis einer **bestehenden und genehmigten Beihilferegulung** erteilt werden, hier *in concreto* des ÖSG 2012.¹⁹ Zur Frage, ob eine Einzelbeihilfe als Teil einer bestehenden Beihilferegulung zu werten und insofern ebenfalls als „bestehend“ (und nicht notifikationspflichtig) zu qualifizieren ist, siehe die Ausführungen oben (Punkt II.A). Sind die Übergangsregelungen so gestaltet, dass sie nur ein Weiterlaufen der Beihilfenregelung des ÖSG 2012 – trotz größerer Novellierung – gewährleisten, führen sie aber nicht zu einer signifikanten Änderung (iS des oben Ausführten) der Beihilfenregelung selbst, sind sie uE zulässig. Hinzuweisen ist aber darauf, dass das ÖSG 2012 spätestens 2022 neu anzumelden wäre.
- f. Zusammengefasst ist ein Verbleiben anhängiger Anträge mittels Übergangsbestimmungen im ÖSG 2012-Regime wohl auch nach einer umfassenden ÖSG-Novellierung **möglich** und auch mit vergleichsweise geringem Aufwand **legistisch umsetzbar**.²⁰ Um nicht die Anwendbarkeit des EEAG auszulösen, muss die Förde-

¹⁷ Rz 247 der EEAG.

¹⁸ Ausgenommen ua Windkraftanlagen unter 6 MW installierter Erzeugungskapazität bzw 6 Erzeugungseinheiten; dazu näher sogleich unten.

¹⁹ Dass dies auch für nach dem 01.01.2017 erteilte Beihilfen gilt, ergibt sich nicht zuletzt aus der Praxis der Kommission bei der ersten Aufstockung der Mittel im Zuge der Ökostrom-Novelle 2017.

²⁰ Es bedürfte nur einer entsprechenden Übergangsregelung im ÖSG neu, welcher etwa jener zum ÖSG 2002 in § 56 Abs 4 ÖSG 2012 nachgebildet sein könnte.

rung der anhängigen Anträge allerdings im Rahmen der bestehenden Beihilferegelung ÖSG 2012 erfolgen, was – soweit dies beurteilt werden kann – vor allem im Hinblick auf die Ausgangsmittel der Beihilfenregelung problematisch sein könnte.²¹ Insoweit scheint die Effektivität der Übergangsbestimmungen (auch) von der Zulässigkeit der Aufstockung der Beihilfemittel abzuhängen.

D. Möglichkeit des Absehens der Ausschreibung nach EEAG

Frage 4: Lassen die State Aid Guidelines 2014-2020 genügend Spielraum, von verpflichtenden Ausschreibungen für die Vergabe der Fördermittel für Windkraft abzusehen und was ist diesbezüglich entscheidend? Was ist zu beachten und wie ist am besten rechtlich zu argumentieren, um die Ausnahmegründe von der Ausschreibungspflicht nach RN 126 in Anspruch nehmen zu können?

- a. Die EEAG gehen von dem Grundsatz aus, dass ab 01.01.2017 Betriebsbeihilfen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen im Rahmen einer **Ausschreibung**²² anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien vergeben werden.
- b. Die Leitlinien kennen aber auch **Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht**, welche sich grob in zwei Kategorien unterteilen lassen: die generelle Ausnahme aufgrund geringem Ausmaß der Erzeugungskapazität (Rz 127) und die Ausnahme aufgrund des Vorliegens eines vom Mitgliedstaat nachzuweisenden, einzelfallbezogenen Ausnahmegrunds gemäß Rz 126 der EEAG. Hinzu kommt, dass eine Förderung auch dann nicht nach den EEAG zu behandeln ist, wenn sie **keine Beihilfe** iSd Art 107 Abs 1 AEUV darstellt, was – wie oben beschrieben – etwa der Fall ist, wenn die Beihilfe die *De-Minimis*-Schwelle nicht überschreitet. Letztgenannte Möglichkeit soll im Folgenden aber außer Betracht bleiben.
- c. Klarstellend wird zudem darauf hingewiesen, dass auch bei der Vergabe von Investitionsbeihilfen keine Pflicht zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens besteht. Die Zulässigkeit von Investitionsbeihilfen ist nach Maßgabe der in Kapitel 3.2.

²¹ Nach unserem Wissenstand reichen die Ausgangsmittel des ÖSG 2012 nicht, um sämtliche sich in der Warteschlange befindlichen Förderwerber zu bedienen.

²² Ausschreibung wird in Rz 26 der Leitlinien definiert als „*diskriminierungsfreies Bieterverfahren, das die Beteiligung einer ausreichend großen Zahl von Unternehmen gewährleistet und bei dem die Beihilfe entweder auf der Grundlage des ursprünglichen Angebots des Bieters oder eines Clearingpreises gewährt wird. Zudem ist die Mittelausstattung oder das Volumen in Verbindung mit der Ausschreibung ein verbindlicher Höchstwert, so dass nicht allen Beteiligten eine Beihilfe gewährt werden kann.*“

der EEAG näher determinierten allgemeinen Vereinbarkeitskriterien zu beurteilen.²³

1. Kleine Anlagen

- a. Gemäß Rz 127 sind Betriebsbeihilfen für Windkraftanlagen mit einer installierten Stromkapazität von weniger als **6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten** von der Ausschreibungspflicht ausgenommen.
- b. Wird keine Ausschreibung durchgeführt, haben die Mitgliedstaaten gem Rz 128 die in Rz 124 iVm 125 und Rz 131 näher spezifizierten Vorgaben einzuhalten. Unter anderem darf die Beihilfe – sofern es sich nicht um eine sehr kleine Windkraftanlage (< 3 MW oder 3 Erzeugungseinheiten) handelt – nur mehr als Prämie zum Marktpreis, zu dem der Strom direkt auf dem Markt verkauft wird, gewährt werden; ein fester Einspeisetarif ist nicht mehr zulässig (ausgenommen die erwähnten Kleinstanlagen).

2. Die einzelfallbezogenen Ausnahmegründe der Rz 126

- a. In Rz 126 werden mehrere Gründe genannt, bei deren Vorliegen die Mitgliedstaaten von der Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens absehen können:
 - (a) Nur **ein Vorhaben oder Standort** oder nur eine sehr begrenzte Zahl von Vorhaben oder Standorten sind beihilfefähig.

Beispiele aus der Kommissionspraxis:

- ❖ In der 2018 ergangenen Beihilfenentscheidung zum deutschen EEG²⁴ hat die Kommission das Vorliegen des Ausnahmegründe (a) und (b) angenommen, weil es die *ex-ante* Unsicherheit zur Fördernotwendigkeit von KWK-Anlagen manchen Anbietern erlaubt, in einem Ausschreibungsverfahren andere Anbieter zu unterbieten und letzteren damit keine realistische Chance haben, im Ausschreibungsverfahren zum Zug zu kommen. Dementsprechend ist in dieser Konstellation ein faires Bieterverfahren nicht möglich und deshalb nicht verpflichtend durchzuführen.
- ❖ Im Hinblick auf die Förderung von Klärgasanlagen hat die Kommission eine Ausschreibungspflicht mit der Begründung verneint, dass der Markt aufgrund der produktionsbedingten Bindung an Kläranlagen bereits gesättigt ist und aus diesem Grund keine wettbewerbliche Ausschreibung möglich sei.²⁵

²³ Bei Investitionsbeihilfen für erneuerbare Energien können uU die AGVO einschlägig sein (vgl Art 40 und 41 AGVO), sodass die Beihilfengewährung auch nicht der Kommission notifiziert werden musste.

²⁴ Kommission 01.08.2018, SA.49522 (2017/N), EEG 2018, Rz 128.

²⁵ Kommission 20.12.2016, SA.45461 (2016/N), EEG 2017, Rz 206.

- ❖ Bei einer Einbeziehung nachgerüsteter KWK-Anlagen in eine Ausschreibung hätten neue Anlagen aufgrund höherer Produktionskosten einen Nachteil.²⁶ Aus diesem Grund sei nach Ansicht der Kommission eine Ausnahme von Bieterprozess nicht nur nach (a), sondern auch nach (b) gerechtfertigt.

- (b) Eine Ausschreibung wäre insoweit kontraproduktiv, als sie zu einem **höheren Förderniveau** führen würde.²⁷

Beispiele aus der Kommissionspraxis:

- ❖ Hätte eine bestimmte erneuerbare Energiequelle (etwa Klärgas oder Wasserkraft) in einem gemeinsamen Bieterprozess verschiedener erneuerbaren Energiequellen Wettbewerbsvorteile, sind sie nicht zwingend im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zu vergeben (siehe dazu sogleich noch Frage 5 unten zur Technologieneutralität).²⁸
- ❖ Lässt es die Marktstruktur nicht zu, dass ein Bieterverfahren für die Förderung von Wasserkraftwerken ohne wettbewerbliche Nachteile für gewisse Kapazitäten und ohne Erhöhung des Förderausmaßes durchgeführt wird, bestehe nach Ansicht der Kommission keine Pflicht zur Ausschreibung.²⁹

- (c) Eine Ausschreibung wäre insoweit kontraproduktiv, als nur **wenige Vorhaben verwirklicht würden**, etwa aufgrund drohender Unterbietung.

- b. Das Vorliegen eines der Ausnahmetatbestände ist vom Mitgliedstaat nachzuweisen. Das beinhaltet *in praxi* regelmäßig eine **Analyse der konkreten Umstände** und bedarf einer entsprechenden Dokumentation und uU (auch) einer gutachterlichen Untermauerung. Die Aufzählung der Ausnahmetatbestände ist abschließend.³⁰

- c. **Relevante Umstände** könnten ua sein, dass aufgrund vertraglicher Sicherung nur wenige taugliche Standorte für Windkraftanlagen zu Verfügung stehen (*sub titulo* Ausnahmegrund a), eine geringe Anzahl an – teils eng verflochtenen – Marktteilnehmern besteht (*sub titulo* Ausnahmegrund b) oder wenn damit zu rechnen ist, dass die Bieter aufgrund unklarer Marktsituation und bestehender Unsicherheitsfaktoren einen zu niedrigen Förderbedarf angeben, mittels welchem sich das Projekt im wei-

²⁶ Kommission 24.10.2016, SA.42393 (2016/C), Strom aus KWK, Rz 175

²⁷ Die Leitlinien nennen hierzu als Beispiel, dass es strategisches Bieterverhalten zu vermeiden gilt.

²⁸ Kommission 20.12.2016, SA.45461 (2016/N), *Deutsches EEG 2017*, Rz 206 und 211.

²⁹ Kommission 20.12.2016, SA.45461 (2016/N), *Deutsches EEG 2017*, Rz 216 ff.

³⁰ Auf die von FN 66 EEAG gewährte Möglichkeit, vor dem 1.1.2017 genehmigte Vorhaben mit Förderzusage auch nach diesem Datum zu fördern sei nochmals hingewiesen.

teren aber nicht verwirklichen lässt (*sub titulo* Ausnahmegrund c).

- d. Wird keine Ausschreibung durchgeführt, sind die Beihilfen anhand der in Rz 124 iVm 125 und Rz 131 näher spezifizierten Vorgaben zu vergeben; ua gilt auch hier, dass grundsätzlich keine Einspeisetarife zulässig sind, sondern die Förderung über eine Marktprämie zu erfolgen hat.

Spielraum im bestehenden Leitlinienrahmen

- e. Unseres Erachtens bieten die EEAG **gewisse Spielräume**. So sieht Rz 130 der Leitlinien vor, dass die Mitgliedstaaten bei der Gewährung von Betriebsbeihilfen „*raumplanerische Erwägungen berücksichtigen*“ können, was etwa bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die Teilnahme an einer Ausschreibung zB vom Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung abhängig machen dürfen. Unseres Erachtens könnten die Mitgliedstaaten in **Ausübung ihrer Raumplanungskompetenz** – zumindest bis einem gewissen Maß – auch Einfluss auf das Vorliegen eines Ausnahmegrundes nehmen. So wäre denkbar, dass bei entsprechender Zonierung erreicht werden kann, dass nur eine sehr begrenzte Anzahl an beihilfefähigen Vorhaben in Betracht kommen, sodass unter Berufung auf Punkt (a) uU auf eine Ausschreibung verzichtet werden könnte. Da im Bereich der Raumplanung und des Baurechts bekanntlich die Kompetenzen weitgehend bei den Ländern und Gemeinden liegen, erscheint ein akkordiertes Vorliegen freilich schwierig. Unseres Erachtens können raumplanerische Grundsätze auch künftig bei Ausschreibungen nach der RED II von Bedeutung sein. Zwar findet sich in dem für die Ausschreibung maßgeblichen Art 4 RED II keine der Rz 130 EEAG entsprechende Bestimmung; Art 15 Abs 3 RED II verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch im Allgemeinen, die Entwicklung von Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energie bei der Raumplanung zu berücksichtigen und Art 4 Abs 4 UAbs 3 RED II erlaubt es den Mitgliedstaaten, Mechanismen vorzusehen, um eine regionale Diversifizierung der Anlagen zu erreichen, was uE insbesondere auch durch raumplanerische Vorgaben erreicht werden kann.
- f. Bei den Ausnahmegründen (b) und (c) hängt der argumentative Spielraum stark von der konkreten Marktsituation (und mitunter auch vom Vorliegen des Ausnahmegrundes a) und den wirtschaftlichen Parametern ab. Allgemein gilt, dass ein Aktivieren eines dieser Ausnahmegründe mittels entsprechender Marktanalysen und -daten abzusichern wäre.

Spielraum aufgrund des allgemeinen Beihilferechts

- g. Abgesehen von den leitlinienimmanenten Spielräumen ist auch die Frage aufzuwerfen, inwieweit die Vorgabe zur verpflichtenden Durchführung einer Ausschreibung die Mitgliedstaaten überhaupt bindet. Bei Leitlinien wie die EEAG handelt es sich um sog. Selbstbindungsrecht, dh die Kommission veröffentlicht, wie sie diese Bei-

hilfen prüft;³¹ es handelt sich jedoch nicht um bindendes Sekundärrecht und auch nicht um eine authentische Interpretation der Beihilfebestimmungen. Maßgeblich bleiben daher alleine die **Vorgaben der Art ff 107 AEUV bzw sektorspezifischer Vorgaben im Sekundärrecht**; auch sonstige, nicht in den Leitlinien vorgesehene besonderen Umstände hat die Kommission zu berücksichtigen und können ein Abgehen von den Vorgaben der Leitlinien rechtfertigen.³²

- h. Im Fall von Beihilfen für erneuerbare Energien ließe sich uE argumentieren, dass die Beschränkung der Fördermöglichkeiten der Mitgliedstaaten durch die EEAG mit der – bis 2021 geltenden – RL 2009/28/EG über erneuerbare Energien (RED I) konfliktiert. Die RED I räumt den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weites Ermessen bei der Frage ein, wie sie erneuerbare Energien fördern (vgl Art 3 Abs 3 UAbs 1 RED I);³³ die RED I enthält **keine Pflicht zur Ausschreibung**. Insoweit scheint es vertretbar, dass Mitgliedstaaten auch dann, wenn kein Ausnahmegrund iSd Rz 126 vorliegt, erneuerbare Energien ohne Ausschreibung fördern dürfen,³⁴ solange die Angemessenheit der Beihilfe gewahrt ist.³⁵ Die Kommission hätte die Beihilfenvergabe im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung nach Art 107 Abs 3 AEUV zu bewerten.³⁶ Die Erfolgchancen eines solchen alternativen Wegs scheinen allerdings – zumindest auf Ebene der Kommission – aufgrund der EEAG eher gering.

³¹ Siehe dazu etwa *Gundel*, Der prozessuale Status der Beihilfeleitlinien der EU-Kommission, EuZW 2016, 606.

³² Vgl EuGH 19.07.2016, C-526/14 (*Kotak*) Rz 41 ff.

³³ So auch *Münchmeyer/Kahles/Pause*, Erfordert das europäische Beihilferecht die Einführung von Ausschreibungsverfahren im EEG? Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht #5 (2014) insb 8 f; Bonn/Heitmann/Reichert/Voßwinkel, Entwurf der Leitlinien der Europäischen Kommission für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020, cepStudie (2014) 23 f.

³⁴ Vgl auch *Münchmeyer/Kahles/Pause* aaO, die jedoch sogar von der Rechtswidrigkeit der EEAG ausgehen.

³⁵ Die Angemessenheit ist gewahrt, wenn die Beihilfe auf das notwendige Minimum reduziert ist.

³⁶ Aufgrund des Selbstbindungscharakters ist die Kommission grundsätzlich an ihre Leitlinien gebunden; wie sich aus der bereits zitierten Rs *Kotak* ergibt, dürfen sie bei Vorliegen eines sachlichen Grundes aber sehr wohl davon abweichen.

E. Technologieneutralität der Ausschreibung nach EEAG

Frage 5: Lassen die State Aid Guidelines 2014-2020 genügend³⁷ Spielraum, von verpflichtenden Ausschreibungen für die Vergabe der Fördermittel für Windkraft abzusehen und was ist diesbezüglich entscheidend? Was ist zu beachten und wie ist am besten rechtlich zu argumentieren, um die Ausnahmegründe bezüglich Technologieneutralität nach RN 126 in Anspruch nehmen zu können?

- a. Der erste Teil der Frage 5 wurde bereits oben zu Frage 4 beantwortet; es wird auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen. Der zweite Teil betrifft die Vorgabe der Technologieneutralität. Dazu im Folgenden:
- b. Nach den EEAG soll die Ausschreibung von Betriebsbeihilfen für erneuerbare Energiequellen **technologieneutral** erfolgen.
- c. Zunächst ist auch hier festzuhalten, dass diese Vorgabe an die nationalen Fördersysteme in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu dem weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten nach der RED I sowie dem in Art 194 Abs 2 UAbs 1AEUV (und damit primärrechtlich) niedergelegten Recht der Mitgliedstaaten, über ihren Energiemix autonom zu entscheiden, steht.
- d. Rz 126 räumt den Mitgliedstaaten aber zumindest einen **gewissen Gestaltungsspielraum** ein. Die Ausschreibung kann demnach auf bestimmte Technologien beschränkt werden, wenn eine allen Erzeugern offenstehende Ausschreibung „**zu suboptimalen Ergebnissen**“ führen würde. Die Bestimmung zählt im Weiteren – sprachlich etwas missverständlich – Gründe dafür auf, warum das Ergebnis einer technologieneutralen Ausschreibung „**suboptimal**“ sein könnte:
 - Längerfristiges Potenzial einer bestimmten neuen, innovativen Technologie;³⁸
 - Notwendigkeit einer Diversifizierung;³⁹
 - Netzeinschränkungen und Netzstabilität;⁴⁰

³⁷ Ob der Spielraum „genügend“ ist, kann aufgrund des wertenden Charakters dieser Frage in diesem rechtlichen Gutachten nicht beantwortet werden.

³⁸ Junge, weniger ausgereifter Technologien haben im Ausschreibungsverfahren regelmäßig kompetitive Nachteile; dies kann uU eine technologiespezifische Ausschreibung rechtfertigen. Vgl ErwG 227 des Beihilfebeschlusses zu SA.45461 (*Deutsches EEG 2017*).

³⁹ Die Verbreiterung der Technologiepalette erneuerbarer Energien stellt ein legitimes Interesse der Mitgliedstaaten dar. Besteht die Gefahr, dass eine Technologie im Rahmen einer Ausschreibung nicht zum Zug kommen würde, kann eine technologiespezifische Ausschreibung gerechtfertigt sein.

- System(integrations)kosten;⁴¹
 - Notwendigkeit, durch die Förderung der Biomasse verursachte Wettbewerbsverfälschungen auf den Rohstoffmärkten zu vermeiden.
- e. Die in Rz 126 genannten Gründe sind nicht abschließend (Arg: „*vor allem aus folgenden Gründen [...]*“), dh die Mitgliedstaaten können auch andere valide Gründe vorbringen, warum sie eine technologiespezifische Ausschreibung durchführen.
- f. Im Ergebnis muss der Grund bzw müssen die Gründe dazu führen, dass ein „suboptimales“ Ergebnis erreicht wird. Der Mitgliedstaat, der **technologiespezifische Ausschreibungen** durchführen möchte, ist insofern gehalten, darzulegen, dass aufgrund der Marktstruktur eine völlig offene Ausschreibung nicht zu den mit der europäischen und nationalen Energiepolitik verfolgten Zielen beigetragen werden kann.
- g. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Ausnahmegrund iSd Rz 126 kommt den Mitgliedstaaten – schon aufgrund der mitgliedstaatlichen Kompetenz, gem Art 194 Abs 2 AEUV ihren Energiemix (und damit auch die Zusammensetzung der erneuerbaren Energien) selbstständig festzulegen – uE ein gewisser Ermessensspielraum zu. Das befreit den Mitgliedstaat aber natürlich nicht von seiner Obliegenheit, die jeweilige Begründung durch entsprechend **objektivierbares Datenmaterial und Analysen** zu belegen. Bedeutung wird dabei vor allem der Netzstabilität, der Notwendigkeit des Ausbaus von Übertragungs- und Verteilernetze sowie dem legitimen Interesse an Energiediversifizierung zukommen.
- h. Deutschland hat im Rahmen des EEG 2017 einen neuen Förderrahmen erlassen, welcher nach wie vor technologiespezifische Ausschreibungen (auch von Onshore-Windkraft) zulässt, darüber hinaus aber auch (versuchsweise) eine technologieübergreifende Ausschreibung von Onshore-Windkraft und PV vorsieht. Die Rahmenbedingungen des Förderprogramms und der teilweisen Beibehaltung technologiespezifischer Ausschreibungen erfolgte dabei in enger Abstimmung mit der Kommission.⁴² In derselben Entscheidung hat die Kommission auch die Beschränkung der Aus-

⁴⁰ Planungen zur Netzentwicklung hängen zT davon ab, welche erneuerbaren Energien produziert werden; um hier Planungssicherheit herzustellen können technologiespezifische Ausschreibungen gerechtfertigt sein; vgl am Bsp Offshore-Windenergie ErwG 229 des Beihilfebeschlusses zu SA.45461 (*Deutsches EEG 2017*).

⁴¹ Technologiespezifische Ausschreibung können auch gerechtfertigt sein, wenn durch sie die Planungskosten für notwendige Übertragungsnetze reduziert werden; vgl ErwG 230 des Beihilfebeschlusses zu SA.45461 (*Deutsches EEG 2017*).

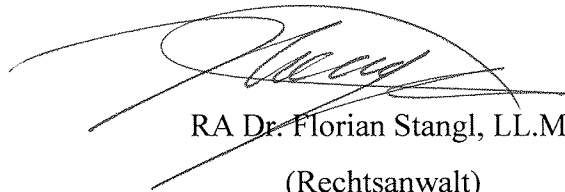
⁴² Beihilfebeschlusses der Kommission 20.12.2016, SA.45461 (2016/N), *Deutsches EEG 2017*. Betriebsbeihilfen für erneuerbare Energien, die in einem Ausschreibungsverfahren vergeben werden, müssen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der AGVO gem Art 42 AGVO grundsätzlich nicht notifiziert werden.

schreibung auf Offshore-Windenergie akzeptiert, weil dies ua im Hinblick auf die Diversifizierung der Energiequellen und zur Netzstabilität notwendig war. Eine wettbewerbliche Ausschreibung mit anderen erneuerbaren Energiequellen hätte nach Ansicht der Kommission auch deshalb zu wettbewerbswidrigen Ergebnissen geführt, weil Offshore-Windenergie eine innovative und junge Technologie ist.⁴³

CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte GmbH



RA MMag. Dr. Stefan Huber, LL.M.
(Partner)



RA Dr. Florian Stangl, LL.M.
(Rechtsanwalt)

⁴³ Ebenda Rz 226.