

**Kurzstellungnahme**  
**zur Frage der Festlegung des anzulegenden Wertes gemäß § 47 EAG**

**verfasst für den**

**Verein Kleinwasserkraft Österreich**  
**Franz-Josefs-Kai 13/12**  
**1010 Wien**

von

**Rechtsanwalt Dr. Paul Oberndorfer**

Linz/Wien, am 06.07.2022

**1 Gutachtensauftrag und Rechtsfrage**

Das Bundesgesetz über den Ausbau von Energie aus erneuerbaren Quellen (Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz, EAG, BGBl I Nr. 150/2021 idF BGBl I Nr. 13/2022) sieht in seinem dritten Abschnitt Regelungen betreffend die Förderung von erneuerbarer Energie durch Marktprämie mittels Antrags vor. Gemäß § 46 Abs 1 EAG sind Anträge auf Förderung durch Marktprämie bei der EAG-Förderabwicklungsstelle (...) einzubringen.

Zur Berechnung der auf Antrag gewährten Marktprämie ist § 47 EAG einschlägig. Die dort vorgesehene Verordnungskompetenz der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) im Einvernehmen mit weiteren Ministerien sieht die Festlegung eines anzulegenden Wertes in Cent pro kWh vor, wobei dies jenen Wert betrifft, der im Rahmen einer Ausschreibung ermittelt oder administrativ festgelegt wird und der Grundlage für die Berechnung der Marktprämie ist (vgl. § 5 Abs 1 Z 4 EAG).

Im nunmehr vorliegenden Entwurf einer Verordnung der BMK zur Gewährung von Marktprämien nach den EAG für die Jahre 2022 und 2023 (EAG-MPV) sind Werte vorgesehen, die gemäß dem der Verordnung zugrunde liegenden Gutachten (vgl. das vom BMK veröffentlichte Gutachten zu

Betriebs- und Investitionsförderungen im Rahmen des erneuerbaren-Ausbau-Gesetzes (EAG), Endbericht, Version vom 15.11.2021, „Gutachten BMK“) ermittelt wurden. Hier wird im Wesentlichen auf eine Durchschnittsbetrachtung jener Kosten, die für den Betrieb von hier in Betracht kommenden Wasserkraftanlagen erforderlich sind, abgestellt (siehe dazu im Detail unten).

Ich wurde seitens des Vereins für Kleinwasserkraft Österreich (VKÖ) nun um eine erste rechtliche Einschätzung gebeten, ob diese Vorgangsweise rechtens ist.

Dazu kann ich gerne wie folgt festhalten:

## **2 Rechtsgrundlagen**

§ 4 EAG lautet wie folgt:

### **Ziele**

§ 4. (1) Als Beitrag zur Verwirklichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens 2015 und des Ziels der Europäischen Union, den Bruttoendenergieverbrauch der Union bis 2030 zu einem Anteil von mindestens 32% durch erneuerbare Energie zu decken, sowie im Bestreben, die Klimaneutralität Österreichs bis 2040 zu erreichen, ist es das Ziel dieses Bundesgesetzes,

1. die Erzeugung von Strom und Gas aus erneuerbaren Quellen gemäß den Grundsätzen des Unionsrechts zu fördern;
2. die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen anteils- und mengenmäßig entsprechend den in Abs. 2 und 4 angegebenen Zielwerten zu erhöhen;
3. die energieeffiziente, ressourcenschonende, marktkonforme und wettbewerbsfähige Erzeugung von Strom und Gas aus erneuerbaren Quellen sicherzustellen und die Mittel zur Förderung von Strom und Gas aus erneuerbaren Quellen effizient einzusetzen;
4. die Marktintegration und die Systemverantwortung von erneuerbaren Energien zu steigern;
5. die Investitionssicherheit für bestehende und zukünftige Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen zu gewährleisten;
6. die Investitionssicherheit für bestehende und zukünftige Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarem Gas zu gewährleisten;
7. den Anteil von national produziertem erneuerbarem Gas am österreichischen Gasabsatz bis 2030 auf 5 TWh zu erhöhen;
8. den Zusammenschluss von Bürgerinnen und Bürgern mit lokalen Behörden, kleinen und mittleren Unternehmen zu Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften zu ermöglichen und die gemeinsame Nutzung der in der Gemeinschaft produzierten Energie zu fördern;
9. die Errichtung und Modernisierung der erforderlichen Infrastruktur durch integrierte Planung zu unterstützen;
10. die Anwendung von erneuerbarem Wasserstoff als Schlüsselement zur Sektorkopplung und –integration zu forcieren.

(2) Die Neuerrichtung, Erweiterung und Revitalisierung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen sind in einem solchen Ausmaß zu unterstützen, dass der Gesamtstromverbrauch ab dem Jahr 2030 zu 100% national bilanziell aus erneuerbaren Energiequellen gedeckt wird.

(3) Zur Erreichung des Ziels gemäß Abs. 2 sind ausreichende und jederzeit abrufbare Ausgleichs- und Regelenergiekapazitäten sowie, unter Berücksichtigung ökonomischer und ökologischer Möglichkeiten, netzbetriebsnotwendige Flexibilität anzustreben.

(4) Zur Erreichung des in Abs. 2 angegebenen Zielwertes für das Jahr 2030 ist ausgehend von der Produktion im Jahr 2020 die jährliche Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen bis zum Jahr 2030 mengenwirksam um 27 TWh zu steigern. Davon sollen 11 TWh auf Photovoltaik, 10 TWh auf Wind, 5 TWh auf Wasserkraft und 1 TWh auf Biomasse entfallen. Der Beitrag der Photovoltaik soll insbesondere durch das Ziel, eine Million Dächer mit Photovoltaik auszustatten, erreicht werden.

(5) Die für Förderungen nach dem 2. Teil dieses Bundesgesetzes und dem Ökostromgesetz 2012 (ÖSG 2012), BGBl. I Nr. 75/2011, erforderlichen jährlichen finanziellen Mittel sollen im dreijährigen Mittel eine Milliarde Euro nicht übersteigen.

(6) Maßnahmen dieses Bundesgesetzes dienen der Einhaltung des durch die Referenzwerte gemäß Art. 29 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2018/1999 beschriebenen indikativen Zielpfads der Union.

§ 5 Abs 5 Z 4 EAG lautet wie folgt:

### **Begriffsbestimmungen**

§ 5. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes bezeichnet der Ausdruck

(...)

4. „anzulegender Wert“ jenen Wert, der im Rahmen einer Ausschreibung ermittelt oder administrativ festgelegt wird und Grundlage für die Berechnung der Marktprämie ist;

§ 47 EAG lautet wie folgt:

### **Festlegung des anzulegenden Wertes**

§ 47. (1) Für die Berechnung der auf Antrag gewährten Marktprämie ist die Höhe des anzulegenden Wertes in Cent pro kWh durch Verordnung der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus, der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort und dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz festzulegen.

(2) Der anzulegende Wert ist gesondert für jede Technologie auf Basis eines oder mehrerer Gutachten festzulegen. Sofern nicht anders bestimmt, ist der anzulegende Wert nach folgenden Grundsätzen zu bemessen:

1. der anzulegende Wert hat sich an den Kosten zu orientieren, die für den Betrieb einer kosteneffizienten, dem Stand der Technik entsprechenden Anlage erforderlich sind;
2. die Kosten haben Abschreibungen und eine angemessene Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital für die Investition zu umfassen. Dabei ist ein Finanzierungskostensatz anzuwenden, der sich aus einem gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensatz für Eigen- und Fremdkapital unter Zugrundelegung einer Normkapitalstruktur sowie der Ertragsteuer bestimmt. Eine marktgerechte Risikoprämie für das Eigen- und Fremdkapital, die Rahmenbedingungen des Kapitalmarktes sowie ein risikoloser Zinssatz sind zu berücksichtigen;
3. Erlöse aus der Vermarktung von Wärme und von Herkunftsnachweisen gemäß § 83 sind zu berücksichtigen;
4. für Windkraftanlagen hat eine Differenzierung nach den standortbedingten unterschiedlichen Stromerträgen zu erfolgen;
5. für Wasserkraftanlagen ist eine Differenzierung zwischen Neuerrichtung, Neuerrichtung unter Verwendung eines Querbauwerkes, Erweiterung und Revitalisierung sowie nach der Jahresstromproduktion und dem Grad der Revitalisierung der geförderten Anlage zulässig;
6. für Anlagen auf Basis von Biomasse darf die Festlegung nicht in einer solchen Form erfolgen, dass Biomasse ihrer stofflichen Nutzung entzogen wird bzw. Nahrungs- und Futtermittel ihrem ursprünglichen Verwendungszweck entzogen werden;
7. für Anlagen auf Basis von Biomasse ist zwischen neu errichteten und repowerten Anlagen zu differenzieren; eine Differenzierung nach dem Rohstoffeinsatz ist zulässig.

(3) Der anzulegende Wert ist für jedes Kalenderjahr gesondert zu bestimmen, wobei unterjährige Anpassungen zulässig sind. Bis zum Inkrafttreten einer neuen Verordnung gilt der letztgültige anzulegende Wert weiter.

## **3 Rechtsgutachterliche Stellungnahme**

### **3.1 Ansatz des Gesetzes**

Wie dem § 47 EAG zu entnehmen ist, ist der anzulegende Wert (azW) gesondert für jede Technologie auf Basis einer oder mehrerer Gutachten festzulegen. Diese Vorgabe erfüllt die EAG-MPV. Weiters ist festzuhalten, dass – sofern nicht anders bestimmt – der azW nach den folgenden

Grundsätzen zu bemessen ist: Gemäß § 47 Abs 2 Z 1 EAG hat sich der anzulegende Wert an den Kosten zu orientieren, die für den Betrieb einer kosteneffizienten, dem Stand der Technik entsprechenden Anlage erforderlich sind. § 47 Abs 2 Z 5 EAG sieht bei Wasserkraftanlagen (WKA) eine mögliche Differenzierung zwischen Neuerrichtung, Neuerrichtung unter Verwendung eines Querbauwerks, Erweiterung und Revitalisierung sowie nach der Jahresstromproduktion und dem Grad der Revitalisierung der geförderten Anlage vor.

### **3.2 Gutachten BMK**

Dem Verordnungsentwurf der EAG-MPV liegt das entsprechende Gutachten BMK zugrunde, in dem bestimmte Förderhöhen empfohlen werden. Die Förderung der Wasserkraft wird in Kapitel 5 des Gutachtens behandelt, wobei in Punkt 5.4.1 Details zur Ausgestaltung des Fördermechanismus und in Punkt 5.4.2 Regelungen zur Förderhöhe enthalten sind. Hier wird ein Produktionsstufenmodell gewählt, wobei ein durchschnittlicher azW über alle Stufen pro Anlage und Kalenderjahr berechnet werden soll und sich nach Berücksichtigung des Marktwertes des erzeugten Stroms die Höhe der Prämienzahlungen errechnen soll. Diese ergeben sich dann aus der Differenz zwischen dem Marktwert und dem jeweiligen azW, sodass für die Erlangung einer größtmöglichen Anzahl geförderter WKA der azW möglichst hoch sein sollte.

In Kapitel 9 Anhang A werden schließlich Empfehlungen für die Verordnung vorgesehen. Diese wurden nun gegenüber den Werten des Gutachtens BMK offenbar valorisiert, es wurden soweit ersichtlich diese Werte von diesem Gutachten im Grunde (nach entsprechender Indexierung) übernommen. Die Daten betreffend Betriebskosten bei Wasserkraftwerken wurden offenbar aufgrund der Betreiberdatenerhebung 2019 der ECA herangezogen.

Wie unter Punkt 5.3.1 zB zur Thematik Betriebskosten von neu errichteten Wasserkraftwerken festgehalten wird, werden dabei wurden die angegebenen Betriebskosten (EUR / Stunde) mit den durchschnittlichen Volllaststunden der Anlagen in gleicher Größe aus den Daten der OeMAG in spezifische Betriebskosten umgerechnet. Dem liegt somit eine Durchschnittsbetrachtung zu Grunde, die sich aus der Summe der Betriebskosten der in Betracht gezogenen Wasserkraftwerke ergibt.

### **3.3 Verstoß gegen § 47 Abs 2 Z 1 EAG**

Dem gegenüber sieht § 47 Abs 2 Z 1 EAG hingegen vor, dass sich der azW an den Kosten zu orientieren hat, die für den Betrieb einer kosteneffizienten, dem Stand der Technik entsprechenden Anlage erforderlich sind. Der vorliegende Verordnungsentwurf bzw. das Gutachten BMK sehen dieses Kosteneffizienzkriterium somit im Ergebnis dann als gegeben an, wenn die durchschnittlichen Betriebskosten der in Betracht gezogenen Wasserkraftwerke nicht überstiegen werden. Dieser Ansatz ist jedoch meines Erachtens nicht gesetzeskonform: Hätte der Gesetzgeber hier eine Durchschnittsbetrachtung vergleichbarer Wasserkraftanlagen als ausschlaggebend angesehen, so hätte er dies wohl auch ausdrücklich so im Gesetz festgehalten: So hat etwa der Gesetzgeber im EIWOG 2010 im Rahmen der Kostenermittlung von Verteilernetz (und Übertragungsnetz-) Betreibern ausdrücklich festgehalten, dass die Bestimmung der Kosten unter

Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung, die von einem rationell geführten, vergleichbaren Unternehmen ausgeht, zulässig ist.

Im EAG wird bei der Festlegung des azW hingegen von einer kosteneffizienten, dem Stand der Technik entsprechenden Anlage ausgegangen. Hier ist von einer Durchschnittsbetrachtung nicht die Rede. Eine kosteneffiziente, dem Stand der Technik entsprechende WKA kann etwa aufgrund der geografischen Lage an einem Fluss bzw. der zur Verfügung stehenden Wassermenge einen im Verhältnis zum Aufwand geringen Ertrag haben, aber trotzdem sehr kosteneffizient sein. Dem wird eine Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung aller in Betracht gezogenen WKA's als Kriterium nicht gerecht: Hier wird ausschließlich auf die Durchschnittskosten abgestellt. Ob diese im Einzelfall kosteneffizient sind, sei dahingestellt. Damit verstößt der Ansatz des Entwurfs der EAG-MPV und auch des dieser zugrunde liegenden Gutachtens BMK mE gegen § 47 Abs 2 Z 1 EAG.

### **3.4 Ziele des EAG**

Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind die Vorgaben des EAG, wie sie sich etwa aus den – teilweise unionrechtlich vorgegebenen – gesetzlichen (Ausbau-)Zielen ergeben: Dies ist etwa die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen und anteils- und mengenmäßig entsprechend den in § 4 Abs 2 angegebenen Zielwertenausmaß vor. Dort ist etwa vorgesehen, dass im Jahr 2030 die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen einem bilanziellen Gesamtstromverbrauch von 100 % aus erneuerbaren Quellen entsprechen. Als Ziel sind auch entsprechende Mengensteigerungen, wonach etwa die jährliche Produktion erneuerbarer Energie vom Jahr 2020 bis zum Jahr 2030 mengenwirksam um 27 Terawattstunden gesteigert werden soll, vorgesehen (vgl. § 4 Abs 4 EAG).

Bei Auslegung des EAG sind diese Ziele zu berücksichtigen. Diese sehen somit vor, dass die in Österreich zu erzeugende Menge elektrische Energie auf Basis von erneuerbaren Quellen wesentlich gesteigert werden muss. Die beinhaltet damit auch die Verpflichtung, die bestehenden Potentiale zu heben und entsprechend auszunützen.

Legt man nun auch diese Ziele dem EAG zugrunde, so zeigt auch dies, dass mit der Förderung nur jener Anlagen, die besser als der Durchschnitt sind, zahlreiche Anlagen – die durchaus kosteneffizient geführt werden – nicht gefördert werden können, sodass letztendlich die genannten Ziele des § 4 EAG gefährdet werden: Es bleiben vielmehr Ausbaupotentiale brachliegend, weil sie bei der genannten Durchschnittsbetrachtung nicht förderwürdig sind.

Dies ist jedoch vom EAG nicht beabsichtigt und zeigt vielmehr, wie § 47 EAG tatsächlich auszulegen ist: Nämlich so, dass zwar eine kosteneffiziente Stromerzeugung im Einzelfall gefördert wird, und dass hier nicht eine Durchschnittsbetrachtung ausschlaggebend sein soll, sondern ermöglicht werden soll, dass vorhandene Potentiale genutzt werden müssen. Der vorliegende Entwurf der EAG-MPV negiert diesen Gesetzeszweck und die gebotene Auslegung des EAG. Auch anhand der gesetzlichen Ziele – die wiederum unionsrechtlich vorgegeben sind – lässt sich gemäß einer teleologischen Auslegung des Gesetzes somit ableiten, dass die EAG-MPV zu niedrige azW vorsieht, wodurch eine Vielzahl von WKAs, die gemäß dem Gesetzeswortlaut ebenfalls förderwürdig wären, im Ergebnis von einer Förderung ausgeschlossen werden.

In diesem Zusammenhang ist wohl auch der Begriff der Kosteneffizienz im Gesamtzusammenhang des EAG zu beurteilen: Im Lichte der genannten Ausbauziele kann dieser Begriff so verstanden werden, dass er als Gesamteffizienz zu verstehen ist und nicht nur auf die Einzelanlage beschränkt ist. So mag es schließlich sein, dass eine WKA zwar in der Errichtung zB relativ teuer ist, gleichzeitig aber die Integration anderer erneuerbarer Energie ermöglicht, Netzausbau- oder Netzverlustkosten im Verteilernetz verringert oder den Ausgleichsenergiebedarf reduziert etc., somit insgesamt für die Elektrizitätsversorgung zweckmäßig ist. Dies könnte im Ergebnis dazu führen, dass eine WKA trotz höherer Kosten je KW oder KWh insgesamt effizienter ist, als eine andere WKA, deren Betrieb zwar günstiger ist, die insgesamt aber nicht im gleichen Ausmaß zur Unterstützung des Verteilernetzes beiträgt oder die angesprochenen vermiedenen Kosten nicht im gleichen Ausmaß aufweist. Jedenfalls könnte dadurch das Förderpotential vergrößert und mehrere Förderungen vergeben werden.

Letzteres gilt – und das sei hier der Ordnung halber erwähnt – auch für die für WKA-Betreiber doch sehr fordernden Revitalisierungsklassen für revitalisierte Anlagen (vgl. § 9 Abs 1 Z 3 und 4 EAG-MPV), die zb bei WKA mit Engpassleistung bis 1 MW Revitalisierungsgrade bis 60 % (Z3 lit a), zwischen 60 und 200 % (Z 3 lit b) sowie über 200 % (Z 3 lit c) vorsehen, die in der Praxis nur sehr schwer zu erreichen sind. Solche Leistungssteigerungen kommen vielmehr meist fast Neubauten gleich, sodass hier der Durchschnittsansatz ebenfalls dazu führt, dass nur wenige dieser Förderungen erteilt werden.

### **3.5 Differenzierterer Ansatz geboten**

Obige Ausführungen zeigen relativ deutlich, dass grundsätzlich ein sehr individueller Ansatz bei Kraftwerksanlagen sachlich geboten wäre. § 47 Abs 1 EAG sieht allerdings vor, dass die Höhe des azW durch Verordnung der BMK festzulegen ist. In Abs 2 ist bereits eine entsprechende Differenzierung nach unterschiedlichen Technologien sowie gemäß Z 5 bei den WKA in Fällen der Neuerrichtung, Neuerrichtung unter Verwendung eines Querbauwerkes, Erweiterung Revitalisierung geboten bzw. zumindest erlaubt ist.

Dessen ungeachtet ist es durchaus auch denkbar, dass die Verordnung eine individuelle Prüfung einzelner Anlagen hinsichtlich der Frage, ob sie einerseits kosteneffizient betreiben wird und dies andererseits dem Stand der Technik entspricht, möglich wäre. Entsprechende Vorgaben könnten hier in den Verordnungstext aufgenommen werden, der durch einen geeigneten Sachverständigen mittels Bestätigung dann geprüft werden könnte. Bei Vorliegen der entsprechenden individuellen Bestätigung könnte die Förderung dann gewährt werden.

Hier wäre es jedenfalls sinnvoll einen verordneten azW festzulegen, der im Ergebnis auch kleine revitalisierte WKA (bei diesen stellt sich die Problematik in der Praxis am häufigsten) dann förderwürdig macht, wenn diese tatsächlich so erneuert werden, dass diese nun dem Stand der Technik entsprechen und insgesamt kosteneffizient arbeiten. Auch dieser Ansatz wäre somit denkbar.

#### **4 Zusammenfassung**

Die BMK hat eine Verordnung zur Gewährung von Marktprämien nach dem EAG für die Jahre 2022 und 2023 gemäß § 47 EAG vorgelegt (EAG-MPV). Die dort vorgesehenen anzulegenden Werte (azW) für Wasserkraftanlagen (WKA) orientieren sich an einer Durchschnittsbetrachtung der Betriebskosten der betrachteten Wasserkraftanlagen (vgl. § 9 EAG-MPV).

Dem gegenüber sieht § 47 Abs 2 Z1 EAG vor, dass sich der azW an den Kosten zu orientieren hat, die für den Betrieb einer kosteneffizienten, dem Stand der Technik entsprechenden Anlage erforderlich sind. Diese gesetzliche Vorgabe wird meines Erachtens bei Heranziehung einer Durchschnittsbetrachtung nicht richtig umgesetzt: Tatsächlich müssten auch solche WKAs förderwürdig sein, die zwar für sich gesehen kosteneffizient sind, aber aufgrund des schwierigen Umfelds bei der Durchschnittsbetrachtung nicht zum Zug kommen.

Der Verordnungsentwurf ist insbesondere auch im Lichte der gesetzlichen Ausbauziele des EAG (vgl. § 4 insb. Abs 2 und Abs 4 EAG) kritisch zu sehen: § 47 EAG ist im Lichte dieser Bestimmung auszulegen, was auch so verstanden werden kann, dass die Ausschöpfung des tatsächlichen Potenzials betreffend erneuerbare Energiequellen (insb. im Wasserkraftbereich) durch das Fördersystem geboten ist. Dies impliziert, dass auch unterdurchschnittliche Anlagen, die für sich kosteneffizient sind, gefördert werden müssen.

Auch kann der Begriff der Kosteneffizienz kann so ausgelegt werden, dass der Betrag der einzelnen WKA im Rahmen des gesamten Elektrizitätsversorgungssystems (zB durch vermiedene Netzkosten, Beitrag zur Ausgleichsenergie etc.) ausschlaggebend sein soll. Auch dies könnte das Förderpotential erhöhen.

All dies wäre somit im vorliegenden Entwurf der EAG-MPV zu berücksichtigen.

Linz/Wien am 06.07.2022