

An das
Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt,
Energie, Mobilität, Innovation und Technologie
zH Herrn Dr. Benedikt Ennser
Radetzkystraße 2, 1030 Wien

Mag. Martin Niederhuber
Dr. Peter Sander, LL.M., MBA
Mag. Paul Reichel
MMag. David Suchanek
Dr. Florian Stangl, LL.M.
Mag.^a Lisa Brandauer, BSc¹
Mag. Manuel Planitzer¹
Dr.ⁱⁿ Katharina Häusler, EMA²



Per E-Mail an: Benedikt.Ennser@bmk.gv.at

21.9.2023
AZ BMK/ELWG
STF/guc/jad

Rechtliche Zulässigkeit der Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken von gewissen Netzentgeltskomponenten

In vorliegender rechtlicher Stellungnahme¹ wird untersucht, ob die Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken von entnahmebezogenen Systemnutzungsentgelten nach (i) dem allgemeinem Sachlichkeitsgebot, (ii) den unionsrechtlichen Netzentgeltsgrundsätzen und (iii) dem allgemeinen Beihilfeverbot zulässig ist, wenn andere Stromspeicherformen (insbesondere Batteriespeicher) nicht von vergleichbaren Netzentgeltsbefreiungen profitieren.

I. *Executive Summary*

Wir kommen zusammengefasst zu folgendem Ergebnis:

- Die Speicherung von Elektrizität stellt eine wesentliche Voraussetzung für den sicheren Netzbetrieb und die Energiewende insgesamt dar. Die Kommission empfiehlt daher den Mitgliedstaaten, Hürden für die Energiespeicherung abzubauen und die „doppelte Rolle“ als Einspeiser und Verbraucher bei der Gestaltung der Netzentgelte zu berücksichtigen.

¹ Das Gutachten wurde für das Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) erstellt und ist ausschließlich an dieses gerichtet. Dritte können sich daher nicht auf die darin getätigten Ausführungen stützen. Auftragsgemäß beschränkt sich die rechtliche Stellungnahme auf die konkret gestellten verfassungs- und unionsrechtlichen Fragen.

- Eine Begünstigung von Pumpspeicherkraftwerken durch die Befreiung von Netznutzungs- und Netzverlustentgelten ist im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes und dem daraus erfließenden Sachlichkeitsgebot als **verfassungsrechtlich kritisch** zu bewerten, wenngleich aufgrund der vergleichsweise toleranten Rechtsprechung des VfGH (weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers) im Lichte der unterschiedlichen Charakteristika der Speichertechnologien eine Aufhebung der Bestimmung durch den VfGH eher **unwahrscheinlich** erscheint.
- Die EBM-RL und die EBM-VO verpflichten die Mitgliedstaaten u.a. dazu, die Netzentgelte **transparent und kostenorientiert** auszugestalten und Netzbenutzer bei der Tarifgestaltung **nicht zu diskriminieren**. Ob die Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken aufgrund der geringeren Netzkostenverursachung gerechtfertigt (und daher kostenorientiert) ist, kann mangels diesbezüglicher Informationen nicht beurteilt werden (was aber eine nicht transparente Vorgehensweise indiziert). Ist die Begünstigung in der Sache adäquat, müsste sie aber jedenfalls auch anderen vergleichbaren Speichertechnologien (wie etwa Batteriespeichern) zukommen, sodass insgesamt davon auszugehen ist, dass eine Befreiung nur von Pumpspeicherkraftwerken den **unionsrechtlichen Vorgaben für die Netzentgeltsgestaltung widerspricht**.
- Wenngleich die beihilfenrechtliche Bewertung der gegenständlichen (Teil-)Befreiung von Systemnutzungsentgelten sehr diffizil ist und daher gewisse Unschärfen verbleiben, sprechen gute Argumente dafür, dass Pumpspeicherkraftwerken ein aus staatlichen Mitteln finanziertes Vorteil gewährt wird, der diese Speicherunternehmen gegenüber anderen Energiespeicheranlagenbetreibern in selektiver Weise bevorteilt. Das Risiko ist als hoch einzustufen, dass eine Netzentgeltsbefreiung für Pumpspeicherkraftwerke, nicht aber für vergleichbare Energiespeichertechnologien, als grundsätzlich **verbotene Beihilfe iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert** werden könnte.
- Um die Risiken eines Verstoßes gegen Unionsrecht bzw. gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot zu reduzieren, sollte eine (partielle) Netzentgeltsbefreiung **für alle vergleichbaren Energiespeichertechnologien**

gleichermaßen gelten und **verursachergerecht** ausgestaltet werden (mithin adäquat zu den verursachten Netzkosten sein).

- Da die Festlegung der Netzentgelte primär in die Kompetenz der **Regulierungsbehörden** fällt, sollte das EIWG die konkrete Ausgestaltung einer Befreiung der Energiespeicher von gewissen Komponenten des Systemnutzungsentgelts zweckmäßigerweise der E-Control übertragen. Gewisse – im Einklang mit dem Unionsrecht stehende – Grundsätze kann der Gesetzgeber aber wohl vorsehen.

Dazu im Einzelnen:

II. Ausgangslage und Fragestellungen

§ 111 Abs. 3 EIWOG 2010 befreit Pumpspeicherkraftwerke und Anlagen zur Umwandlung von Strom in Wasserstoff oder synthetisches Gas für 15 Jahre ab Inbetriebnahme von den für den Bezug von erneuerbarer elektrischer Energie verordneten Netznutzungs- und Netzverlustentgelten. Es steht zur Diskussion, ob diese Bestimmung in der bestehenden Form in die Neufassung des Elektrizitätswirtschaftsgesetzes (EIWG) übernommen wird. Der Branchenverband Oesterreichs Energie (OE) plädiert in einem uns zur Verfügung gestellten Positionspapier (unter anderem²) für eine wortwörtliche Überleitung des § 111 Abs. 3 EIWOG 2010 in § 171 Abs. 9 EIWG³ (idF Entwurf vom 25.7.2023). Auftragsgemäß nehmen wir primär auf die Ausnahme für **Pumpspeicherkraftwerke** Bezug; auf Power-to-Gas-Anlagen (im Folgenden auch „PtG-Anlagen“) wird folglich nicht im Einzelnen eingegangen.

² Andere von OE geforderten Erleichterungen für Speicheranlagen, wie etwa die Ausnahme von Energiespeicheranlagen (unabhängig von der Speichertechnologie) vom arbeitsbezogenen Netznutzungsentgelt, werden in dieser rechtlichen Stellungnahme nicht bewertet.

³ Konkret lautete der Formulierungsvorschlag von OE:
„§ 171 (9 neu) Pumpspeicherkraftwerke und Anlagen zur Umwandlung von Strom in Wasserstoff oder synthetisches Gas haben ab Inbetriebnahme für 15 Jahre keine der für den Bezug von erneuerbarer elektrischer Energie verordneten Netznutzungsentgelte und Netzverlustentgelte zu entrichten, sofern die jeweilige Anlage eine Mindestleistung von 1 MW aufweist“.

Die Pumpspeicherkraftwerke werden nach Angaben von OE in aller Regel – vereinfacht ausgedrückt – so betrieben, dass Strom in Zeiten hohen Angebots entnommen und in Zeiten hohen Stromverbrauchs abgegeben wird. Daraus könne im Allgemeinen abgeleitet werden, dass sich Pumpspeicherkraftwerke netzdienlich verhalten. Eine entsprechende Verpflichtung zur Netzdienlichkeit besteht nach unserem Wissenstand aber ebenso wenig wie sonstige gesetzliche Vorgaben zum Ein- und Ausspeiseverhalten der Speicheranlagen. Eine genaue Erhebung, in welchem Ausmaß Pumpspeicherkraftwerke zu den Netzkosten beitragen, gibt es nach unserem Wissenstand nicht. In dieser Stellungnahme gehen wir davon aus, dass es nicht ausgeschlossen werden kann, dass die beschriebene (Teil-)Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken zu Mindererlösen führen,⁴ welche durch andere Netzbenutzer ausgeglichen werden.

Im Bundesministerium für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (BMK) wurden **drei Punkte** identifiziert, im Lichte derer die Beibehaltung der Netzentgeltsausnahme für Pumpspeicherkraftwerke problematisch sein könnten:

- Sachlichkeit der technologiespezifischen Ausnahme (dazu unter Pkt. II.2)
- Übereinstimmung mit der allgemeinen Entgeltsystematik und insbesondere den Vorgaben des Art 18 VO 2019/943 (dazu unter Pkt. II.3)
- Beihilfeverbot gem Art. 107 Abs. 1 AEUV (dazu unter Pkt. II.4)

Zur Beurteilung des Sachverhalts wurden uns folgende **Dokumente** zur Verfügung gestellt:

- Positionspapier Oesterreichs Energie „EIWG: Forderungen der E-Wirtschaft für Energiespeicher“ (undatiert)
- Stellungnahme „Energiespeicher und Netzentgelte“ von Frontier Economics für Oesterreichs Energie vom 12. 9.2022
- Entwurf Elektrizitätswirtschaftsgesetz – EIWG, Fassung vom 25.7.2023

⁴ Also die durch das Pumpspeicherkraftwerk verursachten netzbezogenen Kosten, nicht durch die von ihnen zu bezahlenden Netzentgelte gedeckt werden.

III. Rechtliche Bewertung

1. Vorbemerkung

Artikel 2 Z 59 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (EU) 2019/944 (im Folgenden „EBM-RL“) definiert den **Begriff „Energiespeicherung“** weit als *„im Elektrizitätsnetz die Verschiebung der endgültigen Nutzung elektrischer Energie auf einen späteren Zeitpunkt als den ihrer Erzeugung oder die Umwandlung elektrischer Energie in eine speicherbare Energieform, die Speicherung solcher Energie und ihre anschließende Rückumwandlung in elektrische Energie oder Nutzung als ein anderer Energieträger“*. Folglich sind verschiedene Technologien der Energiespeicherung – Pumpspeicherkraftwerke, zu Batteriespeicher, PtG-Anlagen, etc. – vom Begriff umfasst. Das EIWOG 2010 kennt bis dato noch keine Definition von Energiespeicherung; im EIWG sollen nach dem übermittelten Gesetzesentwurf eine der unionsrechtlichen Vorgabe nachempfundene Begriffsbestimmung sowie materielle Regelungen zum Betrieb von Energiespeicheranlagen aufgenommen werden, wobei (wie auch im Unionsrecht) nicht zwischen den verschiedenen Speichertechnologien differenziert wird.

Energiespeichern kommen eine **zentrale Rolle bei der Integration erneuerbarer Energien** und bei der Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu. Die Kommission richtet dazu in ihrer **Empfehlung** „Energiespeicherung – Eckpfeiler einer dekarbonisierten und sicheren Energiewirtschaft in der EU“⁵ vom 14.3.2023 (u.a.) Folgendes an die Mitgliedstaaten:

- Die Mitgliedstaaten sollen die **doppelte Rolle** (Erzeugung/Verbrauch) der Energiespeicherung im Rahmen der Regulierung berücksichtigen und bestehende Hindernisse für die weitere Ausrollung von Speichertechnologien beseitigen.
- In diesem Sinne sollen Genehmigungsverfahren beschleunigt und eine doppelte Besteuerung vermieden werden. Letzteres hat die Kommission auch bereits in ihren

⁵ C(2023) 1729 final, ABl 20.3.2023, C103/1.

Legislativvorschlag für eine Neugestaltung der Energiebesteuerungs-RL einfließen lassen (Qualifikation von Energiespeichern als „Weiterverteiler“⁶).

- Darüber hinaus empfiehlt die Kommission, dass die nationalen Regulierungsbehörden die doppelte Rolle der Energiespeicher auch bei der „Festlegung von Netzentgelten und Tarifregelungen im Einklang mit dem Unionsrecht“ berücksichtigen (eigene Hervorhebung).

Der besondere Charakter von Energiespeicheranlagen als Entnehmer und Einspeiser soll nach dem Dafürhalten der Kommission bei der **Gestaltung der Netzentgelte** Niederschlag finden, wobei die unionsrechtlichen Vorgaben – die sich insbesondere aus den Elektrizitätsbinnenmarkt-Vorschriften und dem Beihilferecht ergeben – zu berücksichtigen sind. Vor diesem Hintergrund ist vorweg festzuhalten, dass eine differenzierte Behandlung von Energiespeicheranlagen im Vergleich zu „monodirektionalen“ Einspeisern oder Entnehmern bei den Netzentgelten klar dem Zugang der Kommission entspricht. Weiters ist festzuhalten, dass sich die empfohlene Berücksichtigung der „doppelten Rolle“ der Energiespeicher grundsätzlich **technologieneutral** auf sämtlichen Formen der Energiespeicherung bezieht.

2. Systemnutzungsentgeltsbefreiung im Lichte des verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot

Mit seiner ersten Frage möchte das BMK wissen, ob eine bundesgesetzlich verankerte Ausnahme von Pumpspeicherkraftwerken von Netznutzungs- und Netzverlustentgelten mit dem aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten Sachlichkeitsgebot vereinbar ist.

2.1 Grundlegendes zu Gleichheitssatz und Sachlichkeitsgebot

Der in Art. 2 StGG und Art. 7 Abs. 1 B-VG normierte Gleichheitssatz nimmt unter den Grundrechten eine ganz besondere Stellung ein⁷ und stellt einen wesentlichen Baustein

⁶ Siehe Art. 22 Abs. 4 des Kommissions-Entwurfs vom 14.7.2021, COM(2021) 563 final.

⁷ Khakzadeh in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2021) § 7 B-VG Rz 1.

der demokratischen Verfassungsordnung dar⁸. Art. 2 StGG normiert, dass „[v]or dem Gesetze [...] alle Staatsbürger gleich [sind]“. In Art. 7 Abs. 1 B-VG wird etwas ausführlicher festgehalten, dass „[a]lle Staatsbürger [...] vor dem Gesetz gleich [sind]. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“.

Obwohl der Gleichheitssatz nach Art. 2 StGG und Art. 7 Abs. 1 B-VG jeweils nur die Gleichheit „vor dem Gesetz“ normiert, steht längst außer Streit, dass er nicht nur die Vollziehung, sondern auch die **Gesetzgebung** bindet.⁹ Trotz dessen Unbestimmtheit und des damit einhergehenden Interpretationsspielraums hat der VfGH in seiner Rechtsprechung bestimmte „Grundrechtsformeln“ herausgearbeitet, an denen er die potentielle Gleichheitswidrigkeit von Rechtsakten prüft.

Nach der vom VfGH für Gesetze entwickelten Prüfungsformel hat der Gesetzgeber „*Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln*“. Demnach müssen an gleiche **Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen**, während umgekehrt **wesentlich ungleiche Tatbestände** zu entsprechend **unterschiedlichen Regelungen** führen müssen. Dabei werden dem Gesetzgeber insofern inhaltliche Schranken gesetzt, als ihm verboten wird, andere als **sachlich gerechtfertigte Differenzierungen** zwischen den Normadressaten zu schaffen.¹⁰ Eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung setzt relevante Unterschiede im Tatsachenbereich (= objektive Unterscheidungsmerkmale) voraus.

Der komparative Gehalt des Gleichheitssatzes wird durch das **allgemeine Sachlichkeitsgebot** ergänzt. Damit können Gesetze auch dann am Gleichheitssatz gemessen werden, wenn eine vergleichende Prüfung – mangels vergleichbarer Regelungen – nicht oder nur schwer möglich ist.¹¹

⁸ Vgl. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹, Rz 1349.

⁹ VfGH 3.12.2019, G 234/2019 mwN.

¹⁰ Vgl VfGH 10.10.2018, G 144/2018; 1.12.2018, G 308/2018; 12.3.2019, G 315/2018 mwN.

¹¹ Muzak, B-VG⁶, Art. 2 StGG, Rz 21, mit Verweis auf die Judikatur des VfGH.

Die Sachlichkeitsprüfung von Gesetzen, zielt, so wie sie vom VfGH entwickelt wurde, darauf ab, die Relation des von einer Regelung erfassten Sachverhalts zu der vorgesehenen Rechtsfolge zu bewerten. Liegen differenzierte Regelungen vor, so ist zu fragen, ob die jeweils erfassten Sachverhalte so unterschiedlich sind, dass die unterschiedlichen Rechtsfolgen gerechtfertigt erscheinen. Verknüpft hingegen eine Regelung einen durchaus komplexen Sachverhalt mit derselben Rechtsfolge, ist zu prüfen, ob die Sachverhaltselemente es trotz ihrer Verschiedenheit zulassen, mit der gleichen Rechtsfolge bedacht zu werden, oder, ob nicht vielmehr differenzierte Regelungen angebracht wären. Bei der Beurteilung der Sachlichkeit kommt es nach der Judikatur des VfGH daher auf die **objektive Wirkung einer Regelung** an und nicht auf die Motive des Gesetzgebers.¹² Unzulässig sind „sachlich nicht begründbare Regelungen“¹³, maW bedarf eine Regelung eines „*vernünftigen Grundes*“.¹⁴

Dabei betont der VfGH auch, dass der Gleichheitsgrundsatz einen **rechtspolitischen Gestaltungsspielraum** des Gesetzgebers nicht ausschließt. Der VfGH prüft in aller Regel, ob eine Regelung an sich sachlich ist, d.h. ob die Regelung ein legitimes Ziel verfolgt und zur Zielerreichung geeignet ist. Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, seine Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen.¹⁵ Der VfGH hat dabei nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines bestimmten Zieles etwa aus wirtschaftspolitischen oder sozialpolitischen Gründen zweckmäßig ist. Er kann dem Gesetzgeber nur entgegenreten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind.¹⁶

¹² Muzak, B-VG⁶, Art. 2 StGG, Rz 22f.

¹³ Vgl VfGH 1.10.2019, G 207/2018; 1.10.2019, G 330/2018.

¹⁴ Vgl Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72 ff.

¹⁵ Vgl ua VfGH 23.9.2009, B 1904/08; Muzak, B-VG⁶, Art. 2 StGG, Rz 37 mwN; Khakzadeh in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2021) § 7 B-VG Rz 25 ff mwN.

¹⁶ Vgl ua VfGH 29.11.2022, G 181/02; VfGH 5.10.2004, B623/03 ua.

2.2 Begründung des Gesetzgebers für die Bevorteilung von Pumpspeicherkraftwerken

Die Ausnahme für Pumpspeicherkraftwerke von der Pflicht zur Entrichtung von Netznutzungs- und Netzverlustentgelten wurde im Jahr 2013¹⁷ durch einen Abänderungsantrag¹⁸ in das EIWOG 2010 eingefügt. Ursprünglich galt die Ausnahme für jene Pumpspeicherkraftwerke, die „*erstmal nach Inkrafttreten dieser Bestimmung bis Ende 2020 in Betrieb genommen werden*“ und bezog sich auf bis Ende 2020 verordnete Netznutzungs- und Netzverlustentgelte. Begründet wurde die Ausnahme von den Antragstellern damit, dass

„der Ausbau der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern des Ausbaus der bestehenden sowie des Baus neuer Pumpspeicherkraftwerke [...] [bedarf]. Als Anreiz hierfür wird eine temporäre Befreiung neuer Pumpspeicherkraftwerke [...] von den Netzentgeltkomponenten Netznutzung und Netzverlust für die Pumpspeichereinrichtung normiert und diese Befreiung in Anbetracht der bis 2020 gesetzten Erneuerbaren-Ziele bis Ende 2020 befristet gewährt.“¹⁹

Durch das EAG-Paket, welches ua eine Novelle des EIWOG 2010²⁰ mit sich brachte, wurde die Regelung in der heute geltenden Fassung ins EIWOG 2010 eingefügt. Im Vergleich zur Vorfassung ging man davon ab, die Ausnahme von Pumpspeicherkraftwerken von den Netznutzungs- und Netzverlustentgelten insofern zeitlich zu befristen, als sie ursprünglich nur für Kraftwerke galt, die bis Ende 2020 in Betrieb genommen werden. In der geltenden Fassung sind sämtliche Kraftwerke, unabhängig vom Jahr der Inbetriebnahme, von der Ausnahme umfasst. Jedoch besteht insofern eine **temporäre Beschränkung**, als die Ausnahme von der Entgeltzahlung nur 15 Jahre ab der Inbetriebnahme des jeweiligen Pumpspeicherkraftwerke gilt.

Begründet wurde die geänderte Regelung wie folgt:

¹⁷ BGBl I 2013/174.

¹⁸ AA-345 24. GP 14.

¹⁹ Protokoll zur 213. Sitzung des Nationalrates, https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIV/NRSITZ/213/SEITE_0298.html, 298.

²⁰ BGBl. I 150/2021.

„Für Pumpspeicherkraftwerke [...] sollen temporäre Befreiungen von Netzentgelten vorgesehen werden. Pumpspeicherkraftwerke sind funktionell als Speicher anzusehen; sie stellen Flexibilität in einem von volatilen erneuerbaren Energieträgern geprägten Strommarkt bereit. [...] Die besondere Funktion dieser Anlagen, die sie von anderen Endverbrauchern unterscheidet, fand schon bisher in § 111 Abs. 3 Anerkennung und soll sich in einer (teilweisen) Befreiung von Netznutzungs- und Netzverlustentgelten niederschlagen“²¹.

2.3 Bewertung der Verfassungswidrigkeit

Im Rahmen des verfassungsrechtlichen **Gebots der sachlichen Differenzierung** gilt es zu bewerten, ob es tatsächliche Unterschiede zwischen Pumpspeicherkraftwerken und anderen Energiespeicherformen gibt, die eine Bevorteilung von Pumpspeicherkraftwerken rechtfertigen.

Pumpspeicherkraftwerke sind nach den Erläuterungen zum ElWOG 2010 idF des EAG-Pakets funktionell als **Energiespeicheranlagen** anzusehen.²² Als sachliche Begründung für die Ausnahme der Pumpspeicherkraftwerke von den Netznutzungs- und -verlustentgelten werden die technischen Eigenschaften der Pumpspeicherkraftwerke, welche zur Netzstabilität und Spitzenlastabdeckung beitragen können, herangezogen. Dabei wird betont, dass Pumpspeicherkraftwerke die Möglichkeit besitzen, Flexibilität auf dem bereits volatilen Strommarkt bereitzustellen. Diese Eigenschaft würde sie von anderen Endverbrauchern unterscheiden.²³ In diesem Zusammenhang wird allerdings nur auf Endverbraucher, nicht jedoch auf andere Energiespeicheranlagen, welche ähnliche technische Eigenschaften aufweisen, eingegangen. Eine Begründung, weshalb Pumpspeicherkraftwerke im Vergleich zu anderen Energiespeicheranlagen bevorzugt behandelt werden, lässt sich den Materialien nicht entnehmen.

²¹ 58/ME 27. GP 31 f.

²² ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 34.

²³ ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 34.

Für **andere Energiespeicheranlagen** wie bspw. Batteriespeicher, Druckluftspeicher oder Schwungradspeicher besteht in Österreich bislang keine mit dem § 111 Abs. 3 EIWOG 2010 vergleichbare Ausnahme von den Netznutzungs- und -verlustentgelten. Sie sind jedoch ebenfalls dazu geeignet, aus erneuerbaren Quellen erzeugte Energie zu speichern, Schwankungen in der Energieerzeugung auszugleichen und eine gleichmäßige Versorgung herzustellen. Kurzum verfügen sie über ähnliche technische Eigenschaften, welche dem Strommarkt Flexibilität bereitstellen können.

Obwohl Pumpspeicherkraftwerke und andere Energiespeicher ähnliche technische Eigenschaften aufweisen und daher grundsätzlich ähnliche Funktionen ausüben und der Netzstabilität zuträglich sein können²⁴, bestehen faktische Unterschiede, die den einzelnen Speicherarten immanent sind und eine Ungleichbehandlung uU rechtfertigen könnten.

Pumpspeicherkraftwerken unterscheiden sich auch durch die **zur Speicherung verwendete Technologie** von anderen Energiespeicheranlagen. Diese nutzen die Höhendifferenz zwischen zwei Wasserbecken, um Energie zu speichern und abzugeben, während Batteriespeicher bspw. chemische Reaktionen zur Speicherung und Abgabe von Energie nutzen. Mit diesen unterschiedlichen Technologien korrelieren auch **unterschiedliche Reaktionszeiten auf Lastveränderungen** und auch eine **unterschiedliche gewöhnliche Betriebsdauer**. Darüber hinaus erfordern unterschiedliche Technologien **unterschiedliche geografische Gegebenheiten** und gehen mit **unterschiedlichen Auswirkungen auf die Umwelt** einher.

Wie bereits ausgeführt, verfügt der Gesetzgeber, insbesondere, wenn es um die Regelung von nicht ganz gleichen Sachverhalten geht, über einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Die vorstehend aufgezeigten Unterschiede verdeutlichen, dass zwischen PSK und anderen Energiespeicherarten tatsächliche Unterschiede bestehen, die eine mögliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Die gegenständliche

²⁴ Auch in einer Studie der EU-Kommission (European Commission, Study on energy storage [2020] 10) wird hervorgehoben, dass sowohl Pumpspeicherkraftwerke als auch Batterien für die Bereitstellung der am Strommarkt benötigten Flexibilität besonders geeignet sind.

Ausnahme der Pumpspeicherkraftwerke von der Pflicht zur Entrichtung von Netznutzungs- und -verlustentgelten wirkt im Ergebnis wie eine Förderung, weshalb die dazu ergangene Rspr zur Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage herangezogen werden kann. In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass der VfGH dem Gesetzgeber im Kontext von Fördermaßnahmen einen **besonders weiten Gestaltungsspielraum** einräumt. So hat der VfGH in Bezug auf die Energieerzeugung bereits ausgesprochen, dass die Anwendung unterschiedlicher Kriterien bei der Förderung der Energieerzeugung aus unterschiedlichen Quellen keine Verfassungswidrigkeit darstellt.²⁵ Diese Prinzipien könnten auch auf die finanzielle Bevorzugung von Pumpspeicherkraftwerken im Vergleich zu anderen Energiespeichern angewendet werden: Sofern die Unterschiede in den technischen Eigenschaften, deren Auswirkungen auf die Netzstabilität und den Umweltauswirkungen zwischen Pumpspeicherkraftwerken und anderen Energiespeicherarten ausreichend sind, um eine solche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, könnte die derzeitige Regelung vor verfassungsrechtlichen Bedenken geschützt sein.

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen und abhängig davon, wie gut sich die besondere Situation hinsichtlich des Beitrags von Pumpspeicherkraftwerken zur Bereitstellung von Flexibilität für den Elektrizitätsmarkt und der Unterschiede, welche zu anderen Energiespeicheranlagen durch **objektive Studien bzw. Statistiken belegen** lässt, könnte eine unterschiedliche Regelung durchaus **gerechtfertigt** und von dem Gesetzgeber zukommenden Gestaltungsspielraum umfasst sein.

Der Vollständigkeit halber sei zudem festgehalten, dass die Ausnahme der Pumpspeicherkraftwerke von der Verpflichtung zur Zahlung von Netznutzungs- und -verlustentgelten aus unserer Sicht auf **keine gravierenden Bedenken** unter dem Aspekt des – ebenfalls aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden – **allgemeinen Sachlichkeitserfordernisses** trifft. Dass für eine Ausnahme von Pumpspeicherkraftwerken von der Pflicht zur Entrichtung von Netznutzungs- und -verlustentgelte ein sachlicher Grund vorliegt, erscheint vor dem Hintergrund der

²⁵ VfGH 23.9.2009, B 1904/08.

zunehmenden Dezentralisierung der Energieversorgung und der Importanz der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit evident. Der VfGH führt dabei keine „Zweckmäßigkeitkontrolle“ eines Gesetzes durch.²⁶

Sind hingegen die Unterschiede bzw. Ähnlichkeiten **nicht ausreichend fachlich belegbar**, könnte eine Ausnahme von Netznutzungs- und -verlustentgelten, die ausschließlich für Pumpspeicherkraftwerke, nicht aber für vergleichbare Energiespeicher gilt, u.U. als **unsachlich**, weil ohne valide Begründung zwischen vergleichbaren Energiespeicheranlagen differenzierend, und damit gleichheitswidrig qualifiziert werden.

2.4 Zwischenergebnis

Soweit die Faktenlage ausreichend erhoben und zutreffend ist, liegt die Ausnahme von Pumpspeicherkraftwerken von der Pflicht zur Entrichtung von Netznutzungs- und Netzverlustentgelten wohl noch im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, sodass die stärkeren Argumente dafür sprechen, dass gegenständlich kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz und das daraus abgeleiteten Sachlichkeitsgebot vorliegt.

Dass keine in die Verfassungssphäre reichende Ungleichbehandlung vorliegt, bedeutet aber nicht zwingend, dass die Regelung auch dem unionsenergierechtlichen Diskriminierungsverbot entspricht (dazu sogleich unter Pkt. 3.3).

3. Netzentgeltsbefreiung im Lichte unionsrechtlicher Vorgaben

3.1 Netzentgeltsgestaltung nach der EBM-VO

Zur Deckung der mit der Aufgabenerfüllung einhergehenden Kosten haben Netzbetreiber bei den Netzbenutzern **Netzentgelte** anhand von Übertragungs- oder Verteilungstarifen einzuheben, deren Kriterien und/oder Methoden von der Regulierungsbehörde festzulegen oder zu genehmigen sind (Art. 59 Abs. 1 lit a und Abs. 7 lit a EBM-RL).

²⁶ VfGH 7.10.1976, B 96/74; VfGH 15.6.1985, B 84/84.

Nähere Vorgaben für die **Netzentgeltgestaltung** enthält die Elektrizitätsbinnenmarkt-VO (EU) 2019/943 (im Folgenden kurz „EBM-VO“). Art. 18 EBM-VO regelt die Grundsätze der Netzentgeltgestaltung. Neben der Vorgabe, dass die Netzentgelte kostenorientiert und transparent sein und die tatsächlichen Kosten insoweit widerspiegeln sollen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen, spezifiziert Art. 18 Abs. 1 EBM-VO die Netzentgelte in folgender Weise: Die Netzentgelte müssen

„kostenorientiert und transparent sein, der Notwendigkeit der Netzsicherheit und der Flexibilität Rechnung tragen und die tatsächlichen Kosten insofern zum Ausdruck bringen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen und unterschiedslos angewandt werden. Die Entgelte dürfen keine damit nicht zusammenhängenden Kosten zur Unterstützung damit nicht zusammenhängender politischer Ziele umfassen.“ (eigene Hervorhebungen)

Eine partielle Netzentgelt-Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken und PtG-Anlagen, nicht aber von anderen, vergleichbaren Energiespeicherformen, könnte mE gleich in mehrfacher Hinsicht mit den Vorgaben des Art. 18 EBM-VO **konfliktieren**. So ist – bezogen auf den Status Quo nach § 111 Abs. 3 ElWOG 2010 – zunächst ein Mangel an einschlägiger Datengrundlagen zu konstatieren, sodass die geltende Befreiung gem § 111 Abs. 3 ElWOG 2010 wohl dem **Transparenzerfordernis nicht genügt**.

Mangels entsprechender Grundlagen kann auch die **Kostenorientiertheit** und die **Berücksichtigung der Flexibilität** schlicht nicht nachvollzogen und verifiziert werden; die Beseitigung tarifmäßiger Doppelbelastungen von Energiespeichern ist zwar, wie oben ausgeführt, unionsrechtlich indiziert, dies aber auf Basis von belastbarem Datenmaterial, insbesondere zu dem von Pumpspeicherkraftwerken „zu vertretenden“ Netzkosten. Ist – was durchaus im Bereich des Möglichen erscheint – die geltende Befreiung von Pumpspeichern und PtG-Anlagen in diesem Sinne kostenadäquat, dann muss mE aufgrund der in Art. 18 EBM-VO determinierten, zwingenden Vorgaben (Kostenorientierung, Berücksichtigung der Flexibilität) selbiges **auch für vergleichbare**

Energiespeicherformen, wie etwa Batteriespeicher, gelten. Schließlich fordert auch Abs. 1 leg cit die „*unterschiedslose Anwendung*“ der tatsächlichen Kosten.

Wenngleich dies dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, so sei dennoch erwähnt, dass eine selektive Benachteiligung gewisser Speichertechnologien bei der Netzentgeltgestaltung, ohne dass diese Differenzierung aufgrund der jeweils verursachten Kosten sachlich begründet wird, unter Umständen als durch **politische Ziele** motiviert und damit auch aus diesem Grund als Art. 18 EBM-VO widersprechend angesehen werden könnte.

3.2 Netzentgeltgestaltung nach der Energieeffizienz-RL

Auch Art. 15 Energieeffizienz-RL 2012/27/EU enthält **Bestimmungen zur Einhebung von Tarifen für die Nutzung der Stromnetze**:

- Die Mitgliedstaaten haben zu gewährleisten, dass die „*nationalen Energieregulierungsbehörden durch die Erarbeitung von Netztarifen [...] Anreize für die Netzbetreiber vorsehen, damit sie für die Netznutzer **Systemdienste bereitstellen***“ (eigene Hervorhebung), die der Energieeffizienz zuträglich sind (Abs. 1 UAbs. 2).
- Nach Abs. 4 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass von den Tarifen keine negativen Anreize ausgehen, welche (zusammengefasst) die Gesamteffizienz des Systems, die Teilnahme an der Lastensteuerung oder den Zugang zum Markt für Ausgleichsdienste beeinträchtigen könnten. Umgekehrt haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Netzbetreiber Anreize erhalten, um bezüglich Auslegung und Betrieb der Infrastruktur Effizienzverbesserungen zu erzielen.
- Anhang XI zur Energieeffizienz-RL betont in diesem Zusammenhang u.a., dass Netztarife „*Kosteneinsparungen in Netzen, die durch nachfrageseitige und Laststeuerungs-Maßnahmen (Demand Response) sowie durch dezentrale Erzeugung erzielt wurden, darunter Einsparungen durch Senkung der*

Bereitstellungskosten oder durch Netzinvestitionen und optimierten Netzbetrieb, kostenorientiert widerspiegeln“ müssen.

In dieser Stellungnahme kann nicht bewertet werden, ob die partielle Netzentgeltsbefreiung von Pumpspeicherkraftwerken und PtG-Anlagen adäquat zu den von diesen Technologien verursachten Netzkosten ist. Unter der Annahme, dass dem so ist (was auch im Sinne einer Verringerung der Doppelbelastung von Energiespeichern wäre), könnte die volle Netzentgelts-Belastung von anderen Speichertechnologien als Hindernis für deren Teilnahme an der Lastensteuerung und den Zugang zum Ausgleichsenergiemarkt betrachtet werden. Diesfalls könnte eine Regelung wie § 111 Abs. 3 EIWOG 2010 (bzw. eine Nachfolgerregelung in § 171 EIWG) als mit Art. 15 iVm Anhang XI Energieeffizienz-RL **konfligierend** erachtet werden.

3.3 Diskriminierungsverbot nach der EBM-RL

Nach Art. 6 Abs. 1 EBM-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, *dass „ein System für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife eingeführt wird; die Zugangsregelung gilt für alle Kunden und wird nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt“* (eigene Hervorhebungen).

Netznutzungsentgelt und Netzverlustentgelt stellen uE Entgeltskomponenten dar, welche als „Tarife“ für den Zugang zum Verteiler- und Übertragungsnetz von den Netzbenutzern zu leisten sind. Insoweit gilt auch der in der zitierten Bestimmung angeordnete Gleichbehandlungsgrundsatz für diese Systemnutzungsentgeltskomponenten. Nun ist nach unserem Kenntnisstand sowohl der Betrieb der Anlagen (insbesondere hinsichtlich des Ein- und Ausspeiseverhaltens) als auch ihr Beitrag zur Netzsicherheit bei Pumpspeicherkraftwerken und etwa Batteriespeicheranlagen sehr ähnlich. Aus netzbezogener Sicht handelt es sich mithin um gleichartige Typen von Netzbenutzern. Eine Differenzierung bei relevanten Netzentgeltskomponenten (vollständige Befreiung vs. volle Anlastung) erscheint in diesem Lichte unsachlich und diskriminierend. Insoweit

besteht mE auch ein Risiko, dass die partielle Befreiung nur von Pumpspeicherkraftwerken und PtG-Anlagen als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EBM-RL gewertet werden würde.

4. Beihilfenrechtliche Bewertung

Der beihilferechtlichen Bewertung liegt die Annahme zugrunde, dass Pumpspeicherkraftwerke²⁷, nicht aber andere Formen der Energiespeicherung, wie etwa Batteriespeichieranlagen oder Power-to-Heat-Anlagen, von der strombezugsseitigen Netzentgeltsbefreiung profitieren, was zur Konsequenz hat, dass Pumpspeicherkraftwerke an den relevanten Märkten Wettbewerbsvorteile zukommen. Beleuchtet wird deshalb die Frage, ob eine solche Bevorzugung ausgewählter Speichertechnologien bei der Netzentgeltsbefreiung zu einer Art „**Verschönungssubvention**“ führt.

4.1 Allgemeines zum Beihilfeverbot

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind

- staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen,
- die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)
- den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und
- den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, sofern
- weder die *De-minimis*-Schwelle unterschritten wird noch ein Ausnahmetatbestand iSd Art. 107 Abs. 2 oder Abs 3 AEUV vorliegt,

mit dem Binnenmarkt unvereinbar und damit grundsätzlich verboten.

Potentiell beihilfenträchtige Maßnahmen sind vor ihrer Durchführung der Kommission zu notifizieren und unterliegen vor ihrer Genehmigung dem beihilfenrechtlichen

²⁷ Selbiges gilt für Power-to-Gas-Anlagen, wobei diese im Folgenden außer Betracht bleiben.

Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Kann das Vorliegen einer Beihilfe von vornherein ausgeschlossen werden, ist hingegen keine Notifikation erforderlich.

4.2 Vorliegen eines Vorteils aus staatlichen Mitteln

Unter das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV fallen nur Begünstigungen, die vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden und dem Staat zuzurechnen sind.²⁸ Der EuGH definiert den Beihilfenbegriff weit als staatliche Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.²⁹ Dazu zählen folglich sowohl positive Leistungen als auch Verschonungen oder Erleichterungen von staatlich auferlegten Leistungspflichten.³⁰ Die Begünstigung des Beihilfeempfängers kann sich mithin aus einer direkten finanziellen Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung (Leistungsbeihilfe) oder aber dadurch ergeben, dass ein Unternehmen von Belastungen befreit wird, die es ohne die staatliche Maßnahme zu tragen hätte („Verschonungssubvention“).³¹

Gegenständlich sollen Pumpspeicherkraftwerksbetreiber (weiterhin) dadurch begünstigt werden, dass sie gewisse Netzentgeltkomponenten³², die andere Energiespeichertechnologien für die Entnahme von Strom aus dem Netz grundsätzlich zu tragen haben, nicht tragen müssen. Diese „Verschonung“ kann uE als **Vorteil** iSd Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden.

In vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen hat der EuGH bzw. das EuG die Frage der **Staatlichkeit der Mittel** anhand der Aufbringung der Netzentgelte bewertet. So stelle etwa „ein nach objektiven Kriterien festgelegter Tarifaufschlag auf übertragenen Strom,

²⁸ EuGH 15.5.2019, C-706/17 (*Achema*) Rn 7-

²⁹ *Streinz*, Europarecht¹¹ (2019) Rz 1116 mVa EuGH C-30/59, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg / Hohe Behörde*.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht³ (2019) Art. 107 Abs. 1 AEUV Rz 1 mwN.

³² Konkret Netznutzungsentgelte und Netzverlustentgelte für den Strombezug.

der den Stromverbrauchern gesetzlich auferlegt und von den Netzbetreibern erhoben wird, eine „Abgabe“ [dar], deren Beträge aus staatlichen Mitteln stammen“.³³

Die Systematik der Erhebung der Systemnutzungsentgelte in Österreich scheint ähnlich gelagert: Nach der Konzeption des EIWOG 2010 (und mutmaßlich auch des EIWG) tragen Entnehmer und Einspeiser, die durch die E-Control in der SNE-VO (und damit „gesetzlich“) festgelegten „Aufschläge“ auf die übertragene Elektrizität. Die Regulierungsbehörde E-Control fungiert als zentrale Stelle für die Festlegung der Systemnutzungsentgelte, die Netzbetreiber heben diese – unter Zuhilfenahme der Lieferanten – ein. Die Höhe der in der SNE-VO festgelegten Systemnutzungsentgelte wird entsprechend der geltenden Regulierungssystematik dabei maßgeblich von den tatsächlichen Kosten der Netzbetreiber bestimmt. Da die durch Pumpspeicherkraftwerke verursachten Netzkosten in Folge der in § 111 Abs. 2 EIWOG 2010 angeordneten Befreiung (zumindest teilweise) von anderen Entnehmern und Einspeisern getragen werden,³⁴ ist nicht auszuschließen, dass dies im Kern als gesetzlich verpflichtende (Pflicht-)Abgabe qualifiziert und in diesem Punkt ein zur EuG-Entscheidung *AZ/EK* vergleichbarer Sachverhalt angenommen würde.³⁵

Um die Staatlichkeit der Mittel zu bejahen, muss zudem staatliche Kontrolle über die Gelder oder über die mittelverwaltenden Netzbetreiber bestehen. Letzteres ist aufgrund der Unabhängigkeit der Netzbetreiber wohl zu verneinen.³⁶ Allerdings spielt, wie ausgeführt, die E-Control eine maßgebliche Rolle bei der Anerkennung von Kosten der Netzbetreiber und – schon qua Verordnungskompetenz – bei der Festlegung der

³³ EuG 17.10.2021, T-196/19 (*AZ/EK*) Rn 60 mit Verweis auf EuGH 17.7.2008, C-206/06 (*Essent Netwerk Noord*) Rn 45 bis 47 und 66.

³⁴ Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die durch Pumpspeicherkraftwerke verursachten Netzkosten nicht durch die reduzierten Netzentgelte gedeckt werden.

³⁵ Der Charakter einer parafiskalischen Abgabe hinsichtlich derer die Netzbetreiber keine Kontrolle hat, ist in der Rs *AZ/EK* allerdings signifikant deutlicher erkennbar: So wurde in Deutschland vom Übertragungsnetzbetreiber eine spezielle Abgabe eingehoben, welche die bei den Verteilernetzbetreibern anfallenden Kosten der Befreiung von „Bandlastverbrauchern“ deckt. In Österreich ergibt sich mE diese Folge mittelbar, weil die Entnehmer/Einspeiser, die nicht Pumpspeicherkraftwerke sind, höhere Netzgebühren zu zahlen haben, um die Befreiung der Pumpspeicherkraftwerke von dem Nutzungsentgelt und Netzverlustentgelt respektive die daraus resultierenden Verluste der Netzbetreiber zu finanzieren. EuG 6.10.2021, T-196/19 (*AZ/EK*) Rn 69 ff. Siehe auch zum selben Beschluss der Kommission: EuG 6.10.2021, T-745/18 (*Covestro Deutschland AG/EK*).

³⁶ EuG 6.10.2021, T-196/19 (*AZ/EK*) Rn 99.

Systemnutzungsentgelte. Mithin spricht *prima vista* viel dafür, dass mit der E-Control eine staatliche Stelle erheblichen Einfluss auf die Gestaltung und Abwicklung (auch) jener Systemnutzungsentgelte ausübt, welche die durch die teilweise Befreiung der Pumpspeicherkraftwerke entstandenen Mehrkosten³⁷ ausgleichen soll.³⁸

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass – wenngleich aufgrund der Komplexität der gegenständlichen Konstellation und aufgrund des Fehlens direkt vergleichbarer Rechtsprechung gewisse Spielräume für eine anderslautende Auslegung der Rechtslage verbleiben – ein erhebliches Risiko besteht, dass die Pumpspeicherkraftwerken gewährte Begünstigung (Ausnahme vom Netznutzungsentgelt und Netzverlustentgelt, soweit der Strombezug betroffen ist) als ein **aus staatlichen Mitteln stammender Vorteil** qualifiziert werden könnte.

4.3 Vorliegen eines *selektiven Vorteils*

Eine staatliche Begünstigung stellt nur dann eine (verbotene) Beihilfe dar, wenn sie nicht auf alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen anwendbar ist, sondern selektiv bestimmte Unternehmen, Gruppen von Unternehmen oder bestimmte Wirtschaftszweige bevorteilt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Wirtschaftsteilnehmer *de jure* (also sich unmittelbar aus den rechtlichen Kriterien ergebend) oder *de facto* (allgemein gültige Kriterien, die aber faktisch eine bestimmte Gruppe von Unternehmen begünstigt) unterschiedlich behandelt werden.³⁹ *De jure* selektiv sind Beihilfen, die nach rechtlich definierten Kriterien differenziert gewährt werden und deshalb bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen vorbehalten sind; die Maßnahme knüpft etwa explizit an Größe, Tätigkeitsgebiet oder wirtschaftlicher Situation eines Unternehmens an und zielt in

³⁷ Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die durch Pumpspeicherkraftwerke verursachten Netzkosten nicht durch die reduzierten Netzentgelte gedeckt werden.

³⁸ Vgl. *Kommission*, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe gem Art. 107 Abs. 1 AEUV (im Folgenden „Bekanntmachung zum Beihilfebegriff“) Rn 54.

³⁹ *Kommission*, Bekanntmachung zum Beihilfebegriff Rn 122.

diesem Sinne intentional auf die Bevorzugung eines normativ vordefinierten Kreises von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen ab.⁴⁰

Die materielle Selektivität einer Beihilfenmaßnahme wird in der Entscheidungspraxis regelmäßig in drei Schritten geprüft:⁴¹

- Zunächst ist das relevante Bezugssystem als „Benchmark der Selektivität“ zu bestimmen (i);
- in einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob Unternehmen, die sich faktisch wie rechtlich in vergleichbaren Situationen befinden, gegenüber den Beihilfenempfängern ungleich behandelt werden, mithin eine Abweichung im Bezugssystem vorliegt (ii);
- wird dies bejaht, ist schließlich zu untersuchen, ob eine derartige Ungleichbehandlung durch das Wesen und die Struktur des Systems gerechtfertigt ist (iii).

(i) *Festlegung des relevanten Bezugsrahmens*

Nach dem OE-Vorschlag soll § 111 Abs. 2 EIWOG 2010 inhaltlich fortgeführt werden, mithin die Ausnahme vom Netznutzungsentgelt und Netzverlustentgelt für den Strombezug nur für Pumpspeicherkraftwerke und PtG-Anlagen gelten. Andere Formen der Energiespeicherung, wie etwa Batteriespeicheranlagen, sollen hingegen nicht begünstigt werden; mithin würde eine *de jure* Selektivität vorliegen.

Im gegenständlichen Fall erfolgt allerdings keine direkte Leistung finanzieller Mittel, sondern werden Pumpspeicherkraftwerke bei den Systemnutzungsentgelten in einem geringeren Ausmaß belastet als andere, vergleichbare Energiespeicherformen. Der relevante Bezugsrahmen ergibt sich im Fall von Verschonungssubventionen aus jener

⁴⁰ Demgegenüber knüpfen *de facto* selektive Beihilfemaßnahmen an allgemeine Kriterien an, die (zumindest auf dem Papier) für alle Unternehmen bzw Produktionszweige in gleicher Weise gelten; faktisch ist die Maßnahme aber so ausgestaltet, dass ihre Auswirkung eine bestimmte Gruppe von Unternehmen begünstigt. Siehe dazu *Kommission*, Bekanntmachung zum Beihilfiebegriff Rz 122.

⁴¹ Vgl *Bartosch*, Beihilferecht Art 107 Abs 1 AEUV Rz 106 ff.

(finanziell belastenden) Regelung, von der Unternehmen eine Ausnahme oder Erleichterung gewährt wird.⁴² Wie sich aus dem Kommissions-Beschluss in der Rs AZ/EK⁴³ zwanglos auch für Österreich ableiten lässt, ist das relevante Bezugssystem gegenständlich das **Netzentgeltsystem**.

(ii) *Abweichung im Bezugsrahmen*

Gemäß § 51 Abs. 1 EIWOG 2010 hat das Systemnutzungsentgelt – und damit auch die Berechnung des Netznutzungs- und Netzverlustentgelts – „*dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Systembenutzer, der **Kostenorientierung** und weitestgehenden **Verursachungsgerechtigkeit** zu entsprechen und zu gewährleisten, dass **elektrische Energie effizient genutzt wird** und das Volumen verteilter oder übertragener elektrischer Energie nicht unnötig erhöht wird*“ (eigene Hervorhebung). Die § 51 Abs. 1 EIWOG 2010 zugrunde gelegten Vorgaben der Systemnutzungsentgelte determinieren den anzuwendenden Bezugsrahmen.

Insbesondere im Lichte der Kostenorientierung und Verursachergerechtigkeit scheint die teilweise Befreiung von Pumpspeicheranlagen **außerhalb des Bezugsrahmens zu liegen bzw. von diesem abzuweichen** – dies jedenfalls dann, wenn die Netzentgeltsbefreiung dazu führt, dass Pumpspeicher nicht die durch sie verursachten Netzkosten decken.⁴⁴ Ob dies der Fall ist, kann zumindest den Materialien des § 111 Abs. 3 EIWOG 2010 nicht entnommen werden. Zu der ursprünglichen Fassung (BGBl I Nr 174/2013) sind keine Gesetzesmaterialien vorhanden; die Änderung der Bestimmung im Zuge des Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzpakets (BGBl. I Nr. 150/202) führt nur begründend an, dass Pumpspeicher wie auch PtG-Anlagen „*Flexibilität in einem von volatilen erneuerbaren Energieträgern geprägten Strommarkt*“ bereitstellen und sich insofern

⁴² Vgl Kommission, Bekanntmachung zum Beihilfebegriff Rn 134: Im Falle von Steuern wären das insbesondere Steuerbemessungsgrundlage, Steuerpflichtige, Steuertatbestand und Steuersätze.

⁴³ Kommission, Beschluss (EU) 2019/56 (AZ) vom 28.5.2018, Rn 104. Die Ausführungen der Kommission hat das EuG in der Entscheidung vom 6.10.2021, T-196/19 (AZ/EK) Rn 125 ff, bestätigt.

⁴⁴ Vgl Kommission, Beschluss (EU) 2019/56 (AZ) vom 28.5.2018, Rn 113. Kommt man hingegen zum Ergebnis, dass die Nichtberücksichtigung anderer Energiespeicherformen als Teil des Bezugsrahmens zu qualifizieren ist, ließe sich im Lichte der EuGH Rsp in den Rs C-106/09 P und C-107/09 P (EK/Gibraltar) hinterfragen, ob ein solcher – unsachlich differenzierender und Pumpspeicherkraftwerke bevorzugender – Bezugsrahmen überhaupt zur Anwendung komme; vgl. auch Kommission Bekanntmachung zum Beihilfebegriff Rn 130.

„von anderen Endverbrauchern“ unterscheiden.⁴⁵ Im Verhältnis zu den verursachten Netzkosten finden sich ebenso wenig Angaben, wie zu dem Umstand, dass sich diese Speichertechnologien zwar von Erzeuger-Einspeisern unterscheiden mögen, aber nicht von anderen Speichertechnologien.

(iii) *Systemimmanente Rechtfertigung*

Ein selektiver Vorteil würde dann nicht vorliegen, wenn die (teilweise) Befreiung der Pumpspeicherkraftwerke von den Systemnutzungsentgelten durch die Natur und den Aufbau des Netzentgeltsystems in Österreich **gerechtfertigt** wäre. Der Beihilfebegriff erfasst nämlich keine Maßnahmen, „die eine Differenzierung zwischen Unternehmen bei Belastungen vornehmen, wenn diese Differenzierung aus der Natur oder dem Aufbau der fraglichen Lastenregelung folgt“⁴⁶, wobei die diesbezügliche **Beweislast** beim potentiell beihilfegewährenden Mitgliedstaat liegt. Wie bereits erwähnt, ist nicht ersichtlich, inwieweit sich Pumpspeicherkraftwerke in Bezug auf Netzdienlichkeit bzw. die von dieser Technologie zu verantwortenden Netzkosten von anderen Speichertechnologien, wie insbesondere Batteriespeichern, unterscheidet, stellen doch auch letztere dem Strommarkt Flexibilität bereit und das Ein- und Ausspeiseverhalten dürfte ähnlich wie bei Pumpspeicherkraftwerken sein. Da mithin aus Perspektive des Bezugssystems keine sachliche Rechtfertigung für die differenzierte Behandlung der unterschiedlichen Speichertechnologien vorzuliegen scheint, sprechen valide Gründe dafür, dass die systemnutzungsentgeltbezogene Bevorteilung von Pumpspeicherkraftwerken beihilfenrechtlich als **selektiver Vorteil** qualifiziert werden könnte.

4.4 Weitere Tatbestandselemente des Beihilfebegriffs

Ob die teilweise Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken von Systemnutzungsentgelten den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen drohen und geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wird an dieser Stelle nicht im Einzelnen

⁴⁵ EBRV 733 der Beilagen XXVII. GP, 34.

⁴⁶ *Kommission*, Beschluss (EU) 2019/56 (AZ) Rn 118 mit weiteren Nachweisen zur Rsp des EuGH.

geprüft. In aller Regel liegen diese Elemente des Beihilfetatbestands bei großvolumigeren finanziellen Vorteilen (wie den gegenständlichen) vor.

4.5 Ergebnis und mögliche Strategien zur Risikominimierung

Aus vorgenannten Gründen ist das **Risiko**, dass eine inhaltsgleiche Weiterführung der Befreiung von Pumpspeicherkraftwerken und PtG-Anlagen von gewissen Systemnutzungsentgeltsbestandteilen als grundsätzlich verbotene Beihilfe qualifiziert werden könnte, als hoch einzustufen. Dies insbesondere im Lichte dessen, dass inzwischen vergleichbare Energiespeichertechnologien (allen voran Batteriespeicheranlagen) am Markt angeboten werden, die nicht im gleichen Maße von der Systementgeltsbefreiung profitieren.

Konsequenz des Vorliegens einer Beihilfe wäre, dass eine entsprechende Bestimmung im EIWG – so nicht die De-minimis-Schwelle unterschritten oder die AGVO anzuwenden wäre – nur nach Durchführung eines Notifikationsverfahrens und der beihilferechtlichen Genehmigung in Kraft treten könnte.

Um das Risiko einer Qualifikation als Beihilfe zu minimieren und den unionsrechtlichen Vorgaben zur diskriminierungsfreien Netzentgeltsgestaltung (siehe dazu oben Pkt. 2) besser zu entsprechen, könnten folgende Maßnahmen erwogen werden:

- **Gleichstellung der Energiespeichertechnologien:** Auch andere Speichertechnologien, wie etwa Batteriespeicheranlagen, sollten – da aus Netzkostensicht kein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung ersichtlich ist – den Pumpspeicherkraftwerken gleichgestellt werden.
- **Verursachergerechtigkeit:** Es sollte erhoben werden, in welchem Ausmaß die begünstigten Energiespeicher zu den Netzkosten beitragen. Entspräche das Ausmaß der vorgeschriebenen (wenn auch reduzierten) Systemnutzungsentgelte den verursachten Kosten für die Netze, könnte dies als kohärent mit dem Bezugssystem „Systemnutzungsentgelte“ betrachtet werden.

- **Dokumentation:** Die entsprechenden Grundlagen für individuelle Netzentgelte für Energiespeicher zur Vermeidung von „Doppelbelastungen“ sollte auf fachlichen Erhebungen fußen und entsprechend dokumentiert werden. Zudem scheint eine laufende Evaluierung angezeigt.

5. Anmerkung zur praktischen Umsetzung

Aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 2.9.2021, C-718/18 (*EK/Deutschland*)⁴⁷ zur Unabhängigkeit der (hier: deutschen) Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Netzentgelten ist nicht gesichert, ob und wenn ja, inwieweit der parlamentarische Gesetzgeber befugt ist, die durch das Unionsrecht vordeterminierten und in der Umsetzung den unabhängigen Regulierungsbehörden zugewiesenen Vorgaben zur Gestaltung von Netzentgelten zu spezifizieren.

Wenngleich die BNetzA-Entscheidung des EuGH mE nicht so zu lesen ist, dass dem Gesetzgeber jedwede Anleitungsbefugnis im Zusammenhang mit der Netzentgeltgestaltung genommen ist, erscheint es im gegenständlichen Fall aber sowohl rechtlich opportun als auch zweckmäßig, eine nähere Ausführung der Befreiungen von Energiespeichertechnologien in Österreich der Regulierungsbehörde zu übertragen, welche diese Kompetenz unter Berücksichtigung der unter Pkt. 4.5 genannten Prämissen – etwa im Rahmen der SNE-VO – selbständig ausübt.

Der Gesetzgeber müsste diesfalls im EIWG eine entsprechende Verordnungsermächtigung schaffen und könnte – mE ohne mit der BNetzA-

⁴⁷ In der Entscheidung hat der EuGH festgehalten, dass Deutschland insoweit ihre Pflichten nach der RL 2009/72/EG verletzt habe, als die Bundesregierung der Regulierungsbehörde durch Rechtsverordnung (die vom Bundesrat zu genehmigen ist) Vorgaben zur Gestaltung der Übertragungs- und Verteilungstarife machen konnte. Diese „Leitkompetenz“ verstoße gegen die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde, welche der EuGH als Stellung definiert, die garantiert, dass die Regulierungsbehörde völlig frei handeln kann und dabei vor jeder Einflussnahme von außen geschützt ist (Rz 108 (mit Verweis auf das Urteil *Prezident Slovenskej republiky* vom 11.6.2020, C-378/19)). Die Regulierungsbehörde müsse ihre Entscheidungen selbständig und alleine auf Grundlage des öffentlichen Interesses treffen können, ohne externen Weisungen zu unterliegen (Rn 109). Eine völlige Trennung von der politischen Macht sei hierfür erforderlich (Rn 112). Die RL 2009/72/EG sowie die ergänzend hierzu zu lesende VO (EG) 714/2009 gäben einen „detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene“, sodass es für die Umsetzung der RL nicht erforderlich sei, „Kriterien für die Berechnung der Tarife auf nationaler Ebene aufzustellen“ (Rn 123).

Entscheidung in Widerspruch zu stehen – dem Unionsrecht entsprechende, anleitende Vorgaben machen.

Mit freundlichen Grüßen
Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH

m.p. RA Dr. Florian Stangl, LL.M.