

Prof. dr. iur. Maik Wolf
Freie Universität Berlin

DIE FÖRDERUNG ERNEUERBARER ENERGIEN DURCH DIE MITGLIEDSTAATEN DER EU AUS DER SICHT DES EUROPÄISCHEN BEIHILFENRECHTS UND DER GRUNDFREIHEITEN

UDK: 620.9 :504 (4)

620.9 : 34 (4)

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: 15. 12. 2013.

Decentralizirani sustavi za promicanje obnovljivih izvora energije u zemljama članicama Europske unije moraju biti u skladu s odredbama o državnim potporama (čl. 107 UFEU) i slobodnog kretanja robe (članak 34. UFEU-a). Pod određenim ograničenim okolnostima, mogu se primjeniti i pravila o carinama i porezima (članak 30 , 110 UFEU). Prema nadležnosti Europskog suda pravde, decentralizirani sustavi isporuke - u kojima su privatni tržišni sudionici dužni platiti minimalne cijene - ne predstavljaju državnu potporu u smislu članka 107. UFEU. Prednost koju imaju proizvođači energije iz obnovljivih izvora nije dodijeljena putem državnih sredstava, jer nema individualiziranih sredstva koja su stavljena pod raspolaganje državnoj vlasti. Ipak, ukoliko postoji neki posredujuće tijelo koje usmjerava alokaciju sredstava u skladu s specifičnim državnim poravilima, smatra se da je usluga dovoljno individualizirana, a takava se sredstva mogu smatrati državnim resursima . U ovom slučaju nevažno je li agencija javna ili privatna osoba. Čak i onda ukoliko sustav isporuke ne predstavlja državnu potporu, isti još uvijek treba biti u skladu sa slobodnim kretanjem roba . Sustavi isporuke koji imaju za cilj zaštititi okoliš mogu biti u skladu s slobodom kretanja robe, ako oni ne dovode do nerazmjerne podjele unutarnjeg tržišta energije. No, povećanje udjela obnovljivih izvora energije u državi članici u ukupnom energetskom tržištu ,adekvatnost i razmjernost isporuke sustava koji podupire samo nacionalne objekte, može postati nespojiva s temeljnim slobodama unutarnjeg tržišta .

Ključne riječi: *obnovljivi izvori energije decentralizirani sistemi, države članice EU, državna potpora (čl. 107 TFEU), slobodno kretanje rova (čl. 34 TFEU)*

Inhalt: A. Problemstellung; B. Vereinbarkeit von EE-Fördersystemen mit dem Beihilfenrecht; I. Kritische Funktionsmechanismen von EE-Fördersystemen am Beispiel des deutschen Modells; II. Rechtsfolgen einer Einstufung als Beihilfe; III. Dezentrale Fördersysteme als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen; 1. Die Entscheidungspraxis des EuGH und der Kommission seit der PreussenElektra-Entscheidung; 2. Auswertung der Entscheidungspraxis zur Staatlichkeit der Mittel; 3. Schlussfolgerungen für die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf dezentrale Fördersysteme; IV. Materiell-rechtliche Zulässigkeit von Grundsystemen, die eine Beihilfe iS. des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen; V. Beihilfenrechtliche Beurteilung der Privilegierung stromintensiver Industrien; C. Vereinbarkeit von EE-Fördersystemen mit den Grundfreiheiten; I. Grundlagen; II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit; III. Rechtfertigung durch das Ziel des Umweltschutzes; D. Vereinbarkeit von EE-Fördersystemen mit Art. 30, 110 AEUV; E. Zusammenfassung

A. PROBLEMSTELLUNG

Die Förderung erneuerbarer Energien aus B. Wind-, Solar- oder Biomasseanlagen ist ein zentraler Bestandteil der europäischen Energiepolitik. Die Mitgliedstaaten der Union sind verpflichtet, diese Zielvorgaben durch geeignete Fördermaßnahmen umzusetzen.¹ Für die konkrete Ausgestaltung dieser Maßnahmen machen die sekundärrechtlichen Rechtsvorschriften der Union den Mitgliedstaaten allerdings kaum Vorgaben. Ihre Umsetzungsspielräume werden daher vor allem durch das Primärrecht der Unionsverträge begrenzt. In dieser Funktion stehen das europäische Beihilfenrecht (Art. 107 ff. AEUV) und die Grundfreiheiten (Art. 34 ff. AEUV) in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis. Bei ihrer Abgrenzung werden allerdings mehrere kritische Rechtsfragen aufgeworfen, die sowohl den EuGH als auch die Europäische Kommission mehrfach beschäftigten und die Vereinbarkeit verschiedener nationaler Fördersysteme mit dem Unionsrecht in Frage stellen. Vor allem über den Beihilfencharakter dezentraler Fördersysteme bestehen in Folge der PreussenElektra-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2001 erhebliche Unklarheiten.² Es wird daher im Folgenden darum gehen, beide Rechtsbereiche in ihrer Anwendung auf nationale Fördermaßnahmen zugunsten erneuerbarer Energien zu untersuchen. Im Anschluss wird noch ein kurzer Seitenblick auf die für Abgaben geltenden Art. 30, 110 AEUV geworfen.

B. VEREINBARKEIT VON EE-FÖRDERSYSTEMEN MIT DEM BEIHILFENRECHT

I. Kritische Funktionsmechanismen von EE-Fördersystemen am Beispiel des deutschen Modells

Zunächst sind diejenigen Wirkmechanismen von Fördersystemen für erneuerbare Energien (EE) am Beispiel des deutschen Modells zu skizzieren, die zu Zweifeln an der Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilfenrecht und den Grundfreiheiten Anlass geben.³ Schon das Unionsrecht sieht in Art. 16 der Richtlinie über erneuerbare Energien aus dem Jahr 2009 (RL 2009/28/EG, iF. EE-RL) vor, dass Anlage aus erneuerbaren Energien (EE-Anlagen) vorrangig an Elektrizitätsnetze anzuschließen sind (vgl. auch § 5 EEG). Durch diese Regelung wird einerseits der Anschluss und der Zugang neuer Anlagen zum allgemeinen Elektrizitätsversorgungssystem erleichtert. Gleichzeitig werden indirekte Anreize gesetzt, solche Anlagen zu errichten. Diese Anreize werden verstärkt durch nationale Maßnahmen, die – wie in Deutschland – dem Betreiber der EE-Anlagen für die erzeugte Elektrizität eine Abnahmegarantie (§ 8 EEG) und einen

¹ Vgl. Art. 3 RL 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU 2009 Nr. L 140/16.

² EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra.

³ Siehe dazu *Oschmann*, Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, 263.

festen Abnahmepreis (§§ 16 ff. EEG) zusichern. In der Ausgestaltung dieser Abnahme- und Vergütungsgarantie können sich die nationalen Förderprogramme der Mitgliedstaaten deutlich voneinander unterscheiden.⁴ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf solche Fördermodelle, die mit denen in Deutschland vergleichbar sind.

In Deutschland lässt sich das System verkürzt so beschreiben, dass alle Netzbetreiber den an ihr Netz angeschlossenen Betreibern von EE-Anlagen den eingespeisten Strom in Höhe eines gesetzlich festgelegten Entgeltes vergüten (§§ 16 ff. EEG). Diese rechnen diese Strommengen mit dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber ab und erhalten dafür einen finanziellen Ausgleich (§§ 34, 35 EEG). Die Übertragungsnetzbetreiber teilen die aufgenommenen Energiemengen und die durch die Abnahme entstandenen Kosten untereinander auf (§ 36 EEG, „horizontaler Belastungsausgleich“). Die eingespeiste Energie wird von den Übertragungsnetzbetreibern an der Strombörse auf dem vortäglichen (Day Ahead) oder untertäglichen (Intraday) Spotmarkt vermarktet (§ 37 Abs. 1 EEG, § 2 AusglMechV). Eine negative Differenz der Kosten zwischen den Erlösen an der Strombörse und der den Anlagenbetreibern gezahlten Vergütung wird auf alle Endverbraucher umgelegt, indem solchen Energieversorgungsunternehmen, die Elektrizität an Endverbraucher liefern, die entsprechenden Umlagekosten auferlegt werden (§ 37 Abs. 2 EEG, § 3 AusglMechV). Somit trägt der Endverbraucher anteilig die Kosten der Förderung erneuerbarer Energien als Bestandteil seiner Stromrechnung.

Das EU-Beihilfenrecht (Art. 107 ff. AEUV) unterstellt individuelle Fördermaßnahmen zugunsten einzelner Unternehmen einer strengen Überprüfung durch die Europäische Kommission, wenn diese für Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Zwei typische Mechanismen von EE-Fördersystemen können solche wirtschaftliche Vorteile gewähren. Zum einen erhalten die Betreiber der EE-Anlagen den oben dargestellten finanziellen Vorteil in Form einer anreizbedingt hohen, gesetzlich gesicherten Einspeisevergütung. Darüber hinaus sehen nationale Fördersysteme häufig zugunsten einzelner gewerblicher Endverbraucher Ausnahmen von der Kostentragung vor. Privilegiert werden so insbesondere stromintensive Industrien, zB. die Aluminiumindustrie, da diese sonst eine im Verhältnis zu anderen Unternehmen besonders starke Belastung zu tragen haben, die sich auf ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit auswirken kann (§§ 40 ff. EEG).⁵ Diese Befreiung von der Umlage im Verhältnis

⁴ Siehe dazu den Überblick über die verschiedenen Arten von Fördersystemen bei *OPTRES*, Assessment and optimisation of renewable energy support schemes in den European electricity market, Final Report 2007, S. 16 ff.

⁵ Vgl. Vgl. dazu Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung, 26. Februar 2013; Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), Merkblatt für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, 7. Mai 2013; *Gawel/Klassert*, Probleme der besonderen Ausgleichsregelung im EEG, ZUR 2013, 467; *Poppe*, Begrenzung der EEG-Umlage und Stromnetzentgeltbefreiung für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, ZNER 2012, 47.

zu sonstigen Stromverbrauchern, die durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BaFa) überwacht wird, kann wiederum einen finanziellen Vorteil darstellen. Für eine beihilfenrechtliche Überprüfung in Betracht kommen also einerseits die finanziellen Vorteile für Betreiber von Anlagen erneuerbarer Energien im Verhältnis zu Betreibern konventioneller Anlagen und andererseits die Vorteile für die von der Umlage befreiten Unternehmen, die diese dadurch im Verhältnis zu den nicht befreiten Unternehmen erhalten.

II. Rechtsfolgen einer Einstufung als Beihilfe

Da das Beihilfenregime ein formales Verfahren mit speziellen Aufsichtsinstrumentarien aufstellt, wird zunächst auf die beihilfenrechtlichen Fragestellungen eingegangen, bevor die Bedeutung der Grundfreiheiten für EE-Fördersysteme erläutert wird.⁶ Die Konsequenz der Einstufung eines Fördersystems als Beihilfe ist, dass es bei der Europäischen Kommission gemäß Art. 108 AEUV zu notifizieren ist. Es darf vorher nicht angewendet werden.⁷ Die Kommission überprüft dann, ob es sich um eine gemäß Art. 107 AEUV unzulässige Beihilfe handelt, es sich also zusammengefasst um eine wettbewerbsverzerrende Begünstigung einzelner Unternehmen handelt. Sie hat dabei auch zu prüfen, ob die Beihilfe ausnahmsweise gemäß Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann. Wird ein Fördersystem als Beihilfe qualifiziert, heißt das also nicht, dass es automatisch verboten ist. Allerdings hat der Mitgliedstaat dann die besonderen Verfahrensregeln einzuhalten, insbesondere die vorherige Notifizierung bei der Kommission. Hat ein Mitgliedstaat eine materiell-rechtlich unzulässige Beihilfe erteilt, hat er die bereits gewährten Beihilfen von den Unternehmen zurückzufordern.⁸ Bei einem Verstoß gegen das Notifizierungsgebot kann die Kommission für die Dauer des Prüfungsverfahrens die Rückforderung vorläufig anordnen (Art. 11 Abs. 2 VO (EG) Nr. 659/1999). Die nationale Rechtsordnung kann ebenfalls eine Rückforderung vorsehen, selbst für den Fall, dass die Beihilfe sich nachträglich als materiell-rechtlich rechtmäßig herausstellt.⁹ Bei einer nachträglichen Bestätigung der Beihilfe durch die Kommission sind jedenfalls die durch die zeitlich vorverlagerte Gewährung erlangten (Zins-) Vorteile von den Unternehmen zurückzufordern.¹⁰

⁶ Dazu unten C.

⁷ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 35 – CELF I; EuGH, Urt. v. 15.2.2001, C-99/98, Slg. 2001, I-1101, Rn. 31 f. – Österreich/Kommission.

⁸ EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-24/95, Slg. 1997, I-1591, Rn. 22 ff. – Alcan.

⁹ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 53 – CELF I; EuGH, Urt. v. 11.3.2010, C-1/90, Slg. 2010, I-2099, Rn. 37 – CELF II; BGH, Beschl. v. 13.9.2012, III ZB 3/12, NVwZ-RR 2012, 960.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 12.2.2008, C-199/06, Slg. 2008, I-469, Rn. 38 ff. – CELF I.

III. Dezentrale Fördersysteme als staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

1. Die Entscheidungspraxis des EuGH und der Kommission seit der PreussenElektra-Entscheidung

Hinsichtlich des deutschen Fördersystems wird intensiv darüber gestritten, ob die Fördermaßnahmen als Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV anzusehen ist.¹¹ Grund dafür ist die PreussenElektra-Entscheidung des EuGH vom 13. März 2001.¹² Der EuGH hatte über das damalige deutsche System zur Förderung von aus erneuerbaren Energien in das allgemeine Elektrizitätsnetz eingespeisten Stroms zu befinden. Ebenso wie das jetzige System waren die Netzbetreiber durch Gesetz zur Zahlung einer vorher festgelegten Einspeisevergütung gegenüber den Anlagenbetreibern verpflichtet. Es war in dem Fall unstrittig, dass die Erzeuger erneuerbarer Energien einen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV erhielten, indem sie ihnen ohne jedes Risiko höhere Gewinne sicherte, als sie ohne diese Regelung erzielen konnten.¹³ In dieser Begünstigung sah der EuGH allerdings in Einklang mit den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* keine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe, womit eines der Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt war und auch keine Pflicht zur Notifizierung des Systems bei der Kommission bestand. Zur Begründung führte der EuGH an, dass die Zahlungen weder direkt vom Staat ausgehend noch über eine vom Staat benannte oder errichtete Einrichtung (egal ob öffentlicher oder privater Art) an die Unternehmen geleistet wurden, sondern

¹¹ Vgl. dazu *Behlau*, Die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien auf dem Prüfstand des europäischen Beihilfenrechts, in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 336; *Dederer*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.3.2001, Rs. C-379/98 – PreussenElektra, BayVBl. 2001, 366; *Ekardt/Schmeichel*, Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, 171; *Ekardt/Steffenhagen*, EEG-Ausgleichsmechanismus, stromintensive Unternehmen und das Europarecht, JbUTR 2011, 319; *Gent*, Mindestpreise und Abnahmewang als Beitrag zum Europäischen Umweltschutz? – Deutsches Stromeinspeisungsgesetz und EG-Vertrag, 1999; *Germelmann*, Beihilfenrechtliche Rahmenvorgaben für statliche Umlagesysteme – Neue Konturen für das Kriterium der staatlichen Mittel?, EWS 2013, 161; *Karpenstein/Schneller*, Die Stromeinspeisung im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, 6; *König/Kühling*, Das PreussenElektra-Urteil des EuGH: Freibrief für Abnahme- und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, NVwZ 2001, 768; *Kühling*, Von den Vergütungspflichten des Energieeinspeisungsgesetzes bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes – Die deutsche Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, RdE 2001, 93; *Nagel*, Die Vereinbarkeit des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit dem Beihilferecht der EG, ZNER 2000, 100 u. 161; *Schlacke/Kröger*, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG – Eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40ff. EEG), NVwZ 2013, 313; *Schlacke/Kröger*, Zur Unionsrechtskonformität des EEG bei zunehmender Rekommunalisierung und Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, 401; vgl. auch *Bloch*, Beihilfenrechtliche Aspekte der Befreiung von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV, RdE 2012, 241.

¹² EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra.

¹³ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 54 – PreussenElektra.

direkt zwischen den Privaten umverteilt wurden.¹⁴ Mit der Entscheidung vom 22. Mai 2002 kam die Kommission dementsprechend unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH im Fall *PreussenElektra* zu der Auffassung, dass auch das deutsche Fördersystem für aus Kraft-Wärme-Kopplung-Anlagen erzeugter Energie keine Beihilfe sei.¹⁵

Als Kontrast zur *PreussenElektra*-Entscheidung ist auf die *Essent*-Entscheidung vom 17. Juli 2008 zu verweisen.¹⁶ Darin ging es um ein niederländisches System, mit dem nach der Liberalisierung der Energiemärkte sichergestellt werden sollte, dass in der Vorliberalisierungszeit auf Anregung des Staates getätigte Investitionen weiterhin amortisiert werden können. Einige dieser Investitionen hielt der Gesetzgeber für nicht marktkonform und befürchtete deshalb, dass diese in einem Wettbewerbsumfeld nicht mehr auf die Preise umgelegt werden könnten. Deshalb wurde durch Gesetz eine private Stelle benannt, an die ein gesetzlich bestimmter Betrag abzuführen war. Stromverbraucher zahlten diese Abgabe an den Netzbetreiber und dieser leitete sie an die eingerichtete Stelle weiter, die ihrerseits entsprechend der gesetzlichen Vorgaben die Mittel in einer bestimmten Höhe zur Deckung der früheren nicht-marktkonformen Kosten verwendete. Übersteigende Beträge sollten an das Wirtschaftsministerium abgeführt werden.

Der EuGH sah in dem niederländischen System, in dem durch Gesetz angeordneten Beitragszahlungen an eine separate Stelle zu leisten waren, welche diese dann ihrer Zweckbestimmung gemäß an die begünstigten Unternehmen weiterleitete, ein Beihilfe aus staatlichen Mitteln. Die eingezogenen Beiträge waren nämlich bei der Stelle hinreichend individualisiert und bezifferbar und unterstanden der Kontrolle durch den Staat. Hier konnte der EuGH auf seine Rechtsprechung zurückgreifen, nach der auch Fonds, die durch parafiskalische Abgaben oder Zwangsbeiträge finanziert werden, grundsätzlich als staatliche Mittel anzusehen sind, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut ist.¹⁷ Anders kann dies sein, wenn die Zweckbestimmung der Mitteln nicht durch den Staat festgelegt wird, zB. durch konkrete Verwaltungsanweisungen oder gesetzliche Vorgaben, sondern durch eine private Einrichtung, der bei der konkreten Verwendungsbestimmung ein Spielraum verbleibt.¹⁸

Im Anschluss an die *Essent*-Entscheidung hat die Kommission mit der Entscheidung vom 8. März 2011¹⁹ das österreichische System als Beihilfe

¹⁴ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 57-60 – *PreussenElektra*.

¹⁵ Kommission, 22.5.2002, C (2002) 1889, Beihilfe NN 68/2000 – Deutschland.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497 – *Essent*.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 2.7.1974, 173/73, Slg. 1974, 709, Rn. 35, Italien/Kommission; vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.3.1977, 78/76, Slg. 1977, 595 – *Steinike & Weinlig/Deutschland*; dazu GA *Mengozzi*, Schlussanträge v. 24.1.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 107 – *Essent*.

¹⁸ Dazu GA *Mengozzi*, Schlussanträge v. 24.1.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 110 – *Essent*, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139 – *Pearle*.

¹⁹ Kommission, 8.3.2011, C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42.

eingestuft und damit seine Entscheidungspraxis aus dem Jahre 2006 bestätigt.²⁰ Danach waren die Stromversorgungsunternehmen zur Abnahme eines bestimmten Anteils an Elektrizität aus erneuerbaren Energien verpflichtet. Die Entgelte wurden aber im Gegensatz zum deutschen System an eine private Stelle gezahlt, die als mit einer Dienstleistung im wirtschaftlichen Interesse beauftragte Einrichtung die Mittel zur Finanzierung von eingespeistem Ökostrom verwendet.²¹ Mit einer vergleichbaren Argumentation bewertete die Kommission das italienische Fördersystem als Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV.²²

2. Auswertung der Entscheidungspraxis zur Staatlichkeit der Mittel

Die Entscheidungen in den Fällen PreussenElektra und Essent unterscheiden sich im Wesentlichen dadurch, dass nach dem der Essent-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt die Mittel, die den begünstigten Unternehmen zufließen sollten, zunächst bei einer speziell eingerichteten Stelle zusammenliefen, während in der PreussenElektra-Entscheidung die Mittel über ein verzweigtes System direkt zwischen den Marktteilnehmern ausgetauscht wurden.²³ Um festzustellen, ob der Vorteil aus einem EE-Fördersystem in Form einer Begünstigung aus staatlichen Mitteln gewährt wird, ist daher zu fragen, ob die letztlich den Begünstigten zukommenden Mittel zu irgend einem Zeitpunkt hinreichend individualisiert waren und in ihrer Gesamtheit unter der Kontrolle des Staates standen. An dieser Voraussetzung scheiterte die Bejahung der Staatlichkeit des deutschen Fördersystems in der PreussenElektra-Entscheidung. In seiner späteren Entscheidungspraxis machte der EuGH nochmals deutlich, dass nicht nur das aktive Weggeben von Mitteln, sondern auch der Verzicht auf hinreichend individualisierte Mittel als staatliche Leistung angesehen werden kann. Entscheidend ist aber, dass von einem bezifferbaren „Verlust“ auf Seiten des Staates gesprochen werden kann. Unerheblich ist hingegen, wo die Mittel ursprünglich herkommen, also auch, dass von der EE-Förderung teilweise die gleichen Unternehmen profitieren, die neben ihrer Erzeugertätigkeit auch als Strom an Letztverbraucher liefern und damit gleichzeitig mit der Umlage der Förderkosten belastet sind.²⁴ Die Anforderungen werden durch die weitere Rechtsprechung des EuGH konkretisiert.

Der Verlust auf Seiten des Staates und der Vorteil auf Seiten eines Unternehmens müssen nicht deckungsgleich sein. Der Vorteil kann sowohl in quantitativer als

²⁰ Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2955 – Österreich Einspeisetarife; vgl. auch Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2964 – Österreich Förderung KWK (Unterstützungstarif).

²¹ Kommission, Beschl. v. 8.3.2011, C 24/09, ABl. 2011 Nr. L 235/42 Rn. 60-86 – Ökostromgesetz Österreich.

²² Kommission, Beschl. v. 23.2.2011, C 38/B/04 (ex NN 58/04) und C 13/06 (ex N 587/05), ABl. EU Nr. L 309/1 – Italien.

²³ Diese Differenzierung danach, ob eine zwischengeschaltete Stelle eingerichtet wurde, ist allerdings ebenfalls nicht ganz eindeutig. Nach der Rechtsprechung des EuGH können nämlich auch die Mittel privater Stellen, die gesetzlich zu einer Leistung an einen Dritten verpflichtet sind, bereits dem Staat zugerechnet werden, wenn die Leistungsverpflichtung hinreichend konkret ausgestaltet wird. Siehe dazu die Nachweise unten in Fn. 29.

²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 22.3.1977, 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 22 – Steinike & Weinlig.

auch qualitativer Hinsicht vom Verlust des Staates abweichen. Deshalb kann der Vorteil eines Unternehmens in Form einer erleichterten Kreditbeschaffung auf die Belastung des Staates durch Eingehen einer rechtlich bindenden Garantiezusage zurückgeführt werden.²⁵ Allerdings darf der Zusammenhang zwischen beiden Seiten nicht zu locker sein. Ein zu lange, durch viele nur potentielle Zwischenschritte geprägte Kausalkette reicht nicht. In der PreussenElektra-Entscheidung hielt es der EuGH so zB. nicht für ausreichend, dass sich durch die Fördermaßnahmen letztlich die Steuereinnahmen des Staates verringern könnten, weil das wirtschaftliche Ergebnis der abnahmepflichtigen Netzbetreiber reduziert würde.²⁶

Die „Seite des Staates“, also letztlich der Umfang seines „Portemonnaies“, aus dem die Mittel stammen und als Verlust beziffert werden können müssen, definiert sich nicht nur durch die direkten „Haushaltsmittel“ des Staates, die er zB. über Abgaben oder Steuern angehäuft hat. Hinzuzurechnen sind auch solche Mittel, die sich in der Hand organisatorisch verselbständigter Rechtssubjekte befinden, vorausgesetzt der Staat kann die Mittelverwendung hinreichend kontrollieren. Unerheblich ist dabei, woher diese verselbständigten Rechtssubjekte die Mittel haben.²⁷ Verluste auf Seiten des Staates sind so zB. Leistungen durch öffentliche Unternehmen, soweit sie bei der Vorteilsgewährung unter der Kontrolle des Staates stehen. Der EuGH verlangt in diesen Fällen 1) die Staatlichkeit des Unternehmens, die durch die mehrheitliche Kapitalbeteiligung des Staates sichergestellt wird, wenn diese eine Kontrollmöglichkeit eröffnet, und 2) eine Zurechnung der konkreten Vorteilsgewährung im Einzelfall, was nach Auffassung des EuGH eine jeweils tatsächlich ausgeübte Kontrolle über die Mittelverwendung verlangt.²⁸ Aber auch rein private Einrichtungen können im Einzelfall der staatlichen Seite zugezählt werden, so dass die Weggabe derer Mittel sich als Verlust auf Seiten des Staates beziffern lässt.²⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass die private Stelle praktisch als Gehilfe des Staates auftritt, weil die konkreten,

²⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 8.12.2011, C-275/10, Rn. 39 – Residex.

²⁶ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 62 – PreussenElektra.

²⁷ In den Urteilen *Ladbroke-Racing* (EuGH, Urt. v. 16.5.2000, C-83/98, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50) und *Stardust* (EuGH, Urt. v. 16.5.2002, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37) hat der Gerichtshof ausdrücklich bekräftigt, dass der Begriff staatlicher Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV „alle Geldmittel erfasst, auf die der öffentliche Sektor tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören“. Auch wenn die der betreffenden Maßnahme gewidmeten Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören, genügt der Umstand, „dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit zur Verfügung der zuständigen nationalen Behörden stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden können“.

²⁸ EuGH, Urt. v. 16.5.2002, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 52 ff. – Frankreich/Kommission (*Stardust Marine*), mit einem Indizienkatalog, aus dem die Einzelfallkontrolle abgeleitet werden kann; siehe auch EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, Slg. 2009, I-1407, Rn. 46 – UTECA; EuGH, Urt. v. 2.2.1988, 70/85 ua., Slg. 1988, 219, Rn. 37 – van der Kooy.

²⁹ EuGH, Urt. v. 22.3.1977, 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 21 – Steinike & Weinlig; EuGH, Urt. v. 30.1.1985, 290/83, Slg. 1985, 439, Rn. 14 – Kommission/Frankreich.

für die Begünstigung genutzten Mittel durch eine staatliche Maßnahme für einen bestimmten Zweck gewidmet sind und dem Unternehmen bei der Verfügung darüber kein Verhaltensspielraum verbleibt.³⁰ Bei dieser Konstellation laufen die beiden Kriterien der Staatlichkeit und der Zurechnung, zwischen denen der EuGH bei öffentlichen Stellen unterscheidet, zusammen. Nicht ausreichend ist jedoch, dass Private aufgrund einer allgemeinen gesetzlichen Regelung zur Verwendung von Mitteln auf einen bestimmten Zweck verpflichtet werden, auch wenn dieser in einem Vorteil zugunsten bestimmter Unternehmen liegt.³¹ Die Kontrollintensität muss über die allgemein Pflicht der Privaten, Gesetze zu befolgen, hinausgehen.

3. Schlussfolgerungen für die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts auf dezentrale Fördersysteme

Im Lichte der dargestellten Entscheidungspraxis ist bei dezentralen Fördermaßnahmen das Merkmal der Staatlichkeit der kritische Punkt. Dieses wird vom EuGH formal danach bestimmt, ob die betroffenen finanziellen Mittel der Verfügungsfreiheit der Unternehmen entzogen und der Verfügungsmacht des Staates unterstellt sind, bevor sie dem Begünstigten zukommen.³² Diese formale Betrachtungsweise wurde in der Literatur mehrfach kritisiert.³³ Allerdings ging diese Kritik kaum über das hinaus, was Generalanwalt *Jacobs* in seinen bemerkenswert ausführlichen Schlussanträgen zur PreussenElektra-Entscheidung bereits diskutiert hatte.³⁴ Es stellt sich daher auch die Frage, ob der EuGH bereit sein wird, seine Rechtsprechung im Angesicht der geäußerten Kritik zu ändern, wenn er doch schon trotz deren Kenntnis sehenden Auges die PreussenElektra-Entscheidung erließ.

Ausgehend von den Schlussanträgen von Generalanwalt *Jacobs* hatte der EuGH ging zu verhindern, dass der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts uferlos wird. Der EuGH konnte insoweit an seine frühere Rechtsprechung zu Mindestpreisregeln anknüpfen, in denen er ebenfalls keine staatlichen Beihilfen erblickte.³⁵ Letztlich kann nämlich jedes Gesetz, welches einzelne Unternehmen belastet, zu Vorteilen bei anderen Unternehmen führen.³⁶ Das Beihilfenregime mit dem förmlichen Notifizierungsverfahren ist aber für eine allgemeine Gesetzeskontrolle ungeeignet. Zwar ist eine Überprüfung durch die Europäische Kommission ein effektives Mittel, die Ziele des Unionsrechts auch in den nationalen Rechtsordnungen durchzusetzen. Allerdings sind die Kapazitäten

³⁰ Vgl. *W. Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 Rn. 29.

³¹ EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, Slg. 2009, I-1407, Rn. 45 – UTECA.

³² EuG, Urt. v. 11.2.2009, T-25/07, Slg. 2009, II-245, Rn 27 f. – Iride/Kommission, spricht von einem „Sonderkonto“.

³³ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 11.

³⁴ *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 106 ff. – PreussenElektra.

³⁵ EuGH, Urt. v. 24.1.1978, 82/77, Slg. 1978, 25, Rn. 23-25 – van Tiggele.

³⁶ *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 166 – PreussenElektra; *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171, 209.

der Kommission naturgemäß beschränkt. Außerdem soll nicht durch das Beihilfenregime die Kommission praktisch als ständiges Aufsichtsorgan neben die Parlamentsgesetzgeber in nationale Gesetzgebungsverfahren eingebunden werden.³⁷

Gleichwohl ist auch die Kritik an dieser Rechtsprechung berechtigt. Sie gibt den Mitgliedstaaten ein hohes Umgehungspotential in die Hand. Der nationale Gesetzgeber hat es dadurch in der Hand, ob er dem Regime des Beihilfenrechts unterfällt oder nicht, indem er die belasteten Privaten durch Gesetz entweder zur direkten Zahlung an den Begünstigten verpflichtet oder zur Zahlung an eine zwischengeschaltete Vermittlerstelle. Die wettbewerblichen Auswirkungen sind identisch, wie ein Vergleich zwischen dem österreichischen und dem deutschen Fördersystem zeigt.³⁸ In einem Spannungsverhältnis zu dieser Konsequenz steht – worauf der EuGH selbst in ständiger Rechtsprechung hinweist –, dass für die Auslegung und Anwendung des Beihilfenrechts die konkreten Wirkungen einer Maßnahme und nicht die damit verfolgten Zwecke entscheidend sind.³⁹ Auch umgekehrt reicht die Zweckbestimmung durch Gesetz nicht aus, um die Staatlichkeit von Mitteln zu begründen.⁴⁰ Kritikwürdig erscheint bei näherer Betrachtung auch, dass das Verlustkriterium, welches eine der Rechtssicherheit dienende formale Betrachtung erlauben soll, selbst nicht ganz eindeutig ist. Wird eine vermittelnde Stelle eingeschaltet und hat diese bei der Mittelverwendung aufgrund detaillierter gesetzlicher Verwendungsbestimmungen keinen Spielraum mehr, dann liegt zwar der notwendige Grad an Kontrolle für eine Zurechnung der Mittel zum Staat vor. Allerdings unterliegen diese Mittel schon mit ihrem Abgang von den belasteten Privaten einer konkreten Zweckbestimmung. Es kann also nicht wirklich davon gesprochen werden, dass dem Staat diese Mittel ab diesem Zeitpunkt zur Verfügung stehen und die Weitergabe durch die zwischengeschaltete Stelle zu einer Belastung des Staates führt.⁴¹

Ob die vom EuGH entwickelten Kriterien ihre Aufgabe alternativlos gut erfüllen, mag man durchaus bezweifeln. Bei aller Kritik ist allerdings zu bedenken, dass eine

³⁷ Ebenso *Behlau*, aaO. (Fn. 11), S. 353 f.; *Kühling*, RdE 201, 93, 98, der jedoch iE. trotzdem von der PreussenElektra-Rechtsprechung auf der Grundlage einer vermittelnden Ansicht abweichen will.

³⁸ Vgl. zum österreichischen Kommission, 8.2.2013, C (2013) 565 – Österreich Ökostromgesetz 2012; siehe auch zum System in Großbritannien Kommission, 14.4.2010, C (2010) 244 – UK Feed in Tariffs renewable electricity.

³⁹ EuGH, Urt. v. 12. 12. 2002, C-5/01, Slg. 2002, I-11 991, Rn. 44–48 – Belgien/Kommission (Cockerill); in diesem Sinne auch EuGH, Urt. v. 2. 7. 1974, 173/73, Slg. 1974, 709, Rn. 27 – Italien/Kommission; EuGH, Urt. v. 26. 9. 1996, C-241/94, Slg. 1996, I-4551, Rn. 20 – Frankreich/Kommission (Kimberly Clark); EuGH, Urt. v. 12. 10. 2000, C-480/98, Slg. 1998, I-8717, Rn. 16 – Spanien/Kommission.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra. Dies erscheint auch nachvollziehbar, vor allem soweit man auch im Verzicht auf eine Einziehung einen Verlust auf Seiten des Staates sieht. Anderenfalls könnten alle nicht durch potentiell zulässige Abgaben oder Steuern von Privaten eingezogene Vermögenswerte als Beihilfe anzusehen sein.

⁴¹ So ausdrücklich in EuGH, Urt. v. 15.7.2004, C-345/02, Slg. 2004, I-7139 – Pearle; kritisch auch *GA Mengozzi*, Schlussanträge v. 24.1.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 108 – Essent

Aufweichung dieser Rechtsprechung, die nicht auf den Energiesektor beschränkt ist, die Frage nach alternativen Kriterien zur Begrenzung des Anwendungsbereichs des Beihilfenregimes aufwirft. Solche Lösungsvorschläge sollten nicht eine völlige Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung verlangen, sondern daran anschlussfähig sein. Nur eine solche funktionsadäquate „Feinjustierung“ hat unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis des EuGH Aussichten auf Eingang in seine Rechtsprechung. Das vom EuGH verfolgte Ziel, durch eine sinnvolle Interpretation der Beihilfenregelungen die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts zu begrenzen, bleibt jedenfalls aktuell. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Maßnahmen, die nicht dem Beihilfenregime unterfallen, unter anderem an den Grundfreiheiten zu messen sind.⁴² Auch diese wirken direkt und unmittelbar. Verstößt eine gesetzliche Förderregelung gegen die Grundfreiheiten, darf sie nicht angewendet werden.⁴³

Bleibt man bei der durch die PreussenElektra-Entscheidung maßgeblich geprägten formalen Betrachtungsweise, so stellt sich gleichwohl die Frage, wann eine Förderung von erneuerbaren Energien auch ohne Einrichtung einer separaten Stelle, die mit der Einziehung und Verteilung der Mittel beauftragte wird, dem Beihilfenbegriff unterfällt. Nach der Rechtsprechung ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass auch Private dem Staat zuzurechnen sein können.⁴⁴ Folglich kann eine gesetzliche Regelung, mit der lediglich die Zahlungsströme zwischen Privaten gelenkt werden, im Einzelfall den hinreichenden Grad an Staatlichkeit der so übertragenen Mittel begründen, wenn der Private einem hinreichenden Grad an Kontrolle unterliegt.⁴⁵ Nicht ausreichend ist eine allgemeine gesetzliche Regelung, die eine Vielzahl von Privaten verpflichtet.⁴⁶ In Deutschland nehmen die Netzbetreiber, insbesondere die Übertragungsnetzbetreiber eine zentrale Stellung innerhalb des Fördersystems ein. Sie verschaffen den Anlagenbetreibern den wirtschaftlichen Vorteil in Form der gesetzlich vorgesehenen Vergütung für den eingespeisten EE-Strom. Sie legen die Förderkosten auf die Stromversorgungsunternehmen um (§ 37 Abs. 2 EEG). Anders als nach der für die PreussenElektra-Entscheidung maßgeblichen Rechtslage wird heute die Stellung

⁴² Es fehlt neben der obligatorischen Ex-ante-Aufsicht der Kommission über das Notifizierungsverfahren des Art. 108 AEUV. Stattdessen kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH einleiten und jedes nationale Gericht kann dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV vorlegen, um Klarheit über die Auslegung der Grundfreiheiten zu bekommen, wenn es in einem Rechtsstreit auf die unionsrechtliche Zulässigkeit eines nationalen Fördersystems ankommt. Näher dazu unten C.

⁴³ Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1978, 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 21 – Simmenthal; EuGH, Urt. v. 13.3.1997, C-358/95, Slg. 1997, I-1431, Rn. 18 – Morellato.

⁴⁴ Bei der Beteiligung öffentlicher Unternehmen ohne relevanten Entscheidungsspielraum geht die Kommission regelmäßig von der Staatlichkeit derer Mittel aus. Vgl. Kommission, 12.6.2012, C (2012) 2559, Beih. C 17/07, ABl. EU 2013 Nr. C 398/10, Rn. 123 ff. – Regulierte Stromtarife in Frankreich.

⁴⁵ Kommission, 23.2.2011, K (2011) 956, Beih. C 38/B/04 u. C 13/06, ABl. 2011 Nr. L 309/1 Rn. 129 – Italien – Portovesme ua.; Kommission, K (2011) 1363, Beih. C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42, Rn. 80 – Beihilfe für energieintensive Unternehmen (Österreich).

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, Slg. 2009, I-1407, Rn. 45 – UTECA.

der privaten Netzbetreiber in der Funktion als Vermittler durch ein dichtes Netz an gesetzlichen Regelungen umzäunt. Die Zuwendung der Mittel an die EE-Erzeuger ist in Form einer gesetzlich vorgeschriebenen Einspeisevergütung für den Einzelfall vorgegeben (§§ 16 ff. EEG). Darüber hinaus ist die Verwertung dieser Strommengen durch Verordnung (AusglMechV) klar geregelt. Vor allem aber ist auch die Mittelaufbringung über das Umlagesystem staatlich gelenkt. Die Netzentgelte unterliegen einer umfassenden Regulierung. Schon bei der Mittelaufbringung durch das Umlageverfahren haben die Netzbetreiber daher keinen Spielraum.⁴⁷ Es bestehen also gute Gründe, jedenfalls die vier großen Verteilnetzbetreiber in ihrer Funktion als Verwalter des EE-Stroms auch als diejenigen Stellen anzusehen, deren Mittel, die letztlich den geförderten Stromerzeugern als Vorteil zufließen, den hinreichenden Grad an Staatlichkeit im Sinne der PreussenElektra-Entscheidung haben.⁴⁸ Diese Ergebnisse gelten erst Recht für diejenigen Übertragungsnetzbetreiber, die aufgrund der überwiegenden Beteiligung der öffentlichen Hand als öffentliche Unternehmen einzustufen sind.⁴⁹

IV. Materiell-rechtliche Zulässigkeit von Grundsystemen, die eine Beihilfe iS. des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen

Wird ein System zur Förderung erneuerbarer Energien als Beihilfe aus staatlichen Mitteln qualifiziert, so sind die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV regelmäßig erfüllt. Das Vorliegen einer Begünstigung der Erzeuger erneuerbarer Energien kann regelmäßig auch nicht unter Verweis auf die Altmark-Trans-Rechtsprechung abgelehnt werden. Danach fällt eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, „soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“⁵⁰ Es müssen dazu vier Kriterien erfüllt sein.⁵¹ Es wird insoweit regelmäßig bereits am ersten

⁴⁷ Zwar bestimmt § 37 Abs. 2 EEG, dass die Übertragungsnetzbetreiber die Kosten auf die Energieversorger umlegen „können“. Da allerdings die Netzentgelte als einzige Einnahmequelle der Regulierung unterliegen, die am Unterhaltungs- und Investitionsbedarf sowie unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns ermittelt wird, ist eine entsprechende Weitergabe ohne Reduzierung der eigenen Gewinnspanne aus betriebswirtschaftlich-rationalen Gründen praktisch zwingend.

⁴⁸ Ebenso Bloch, RdE 2012, 241, 244 ff.; aA. Germelmann, EWS 2013, 161, 165 f.; Behlau, aaO. (Fn. 11), S. 362 f.; Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2011, 319, 340 ff.

⁴⁹ AA. Schlacke/Kröger, DVBl. 2013, 401.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 24. 7. 2003, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 83 ff. – Altmark Trans.

⁵¹ EuGH, Urteil v. 24.7.2003, C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89 ff. – Altmark Trans. 1) Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. 2) Zweitens sind die Parameter, anhand

Kriterium fahlen, wonach es eines expliziten Betrauungsaktes der betroffenen Unternehmen bedarf.⁵² Jedenfalls die dritte und die vierte Voraussetzung, welche die Begünstigung auf das unter effizienten Handlungsbedingungen erforderliche Maß beschränken sollen, scheinen durch das pauschale Anreizsystem nicht erfüllt. Es kommt daher im Wesentlichen darauf an, ob es gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV vom Verbot der Gewährung von Beihilfen freigestellt werden kann. Alternativ kommt eine Freistellung gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV in Betracht, die allerdings bei allgemeinen Fördersystemen ebenfalls häufig am fehlenden Betrauungsakt scheitern wird.

Nach der bisherigen Entscheidungspraxis sind die Grundsysteme, mit denen die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien begünstigt werden, regelmäßig freistellungsfähig.⁵³ Die Freistellung wird gestützt auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, wonach insbesondere im Unionsinteresse liegende Umweltschutzbeihilfen freigestellt werden können. Da der Umweltschutz und insbesondere die Förderung erneuerbarer Energien ein ausdrücklich im Sekundärrecht verankertes Allgemeininteresse der Union ist, kommt es darauf an, ob ein solches System zur Erreichung des Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen ist. Die Kommission greift dazu insbesondere auf die in den Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen erarbeiteten Grundsätze zurück.⁵⁴ Dass durch eine gesetzlich festgelegte Abnahmevergütung, die über dem Marktpreis liegt, Anreize zur Installation von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien erzeugt werden, wird von der Kommission vorausgesetzt. Allerdings darf die Förderung nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Amortisationskosten dieser Anlagen zu amortisieren und eine angemessene

deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. 3) Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken. 4) Wenn viertens die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

⁵² Ebenso *Germelmann*, EWS 2013, 161, 167; *Behlau*, aaO. (Fn. 11), S. 348 f.

⁵³ Vgl. Kommission, 22.7.2009, C 24/2009, K (2009) 3548, ABl. EU 2009 Nr. C 217/12, Rn. 50 ff. – Österreichisches Ökostromgesetz; Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2964, Rn. 44 ff. – Österreich Förderung KWK (Unterstützungstarif); Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2955, Rn. 64 ff. – Österreich Einspeisetarife; Kommission, 8.2.2013, C (2013) 565, Rn. 81 ff. – Österreich Ökostromgesetz 2012; Kommission, 14.4.2010, C (2010) 244 – UK Feed in Tariffs renewable electricity.

⁵⁴ ABl. EU 2008 Nr. C 82/1.

Rendite zu gewährleisten. Dazu hat der Staat im Vorfeld der Regelung durch empirische Studien festzustellen, welche Amortisationszeiträume bestehen. Die Förderung darf über diesen Zeitraum nicht hinausgehen. Die gesetzlichen Regelungen können aber verallgemeinern, so dass es nicht darauf ankommt, ob in jedem Einzelfall eine Förderung den danach erforderlichen Betrag minimal übersteigt.⁵⁵

V. Beihilfenrechtliche Beurteilung der Privilegierung stromintensiver Industrien

Beihilfenrechtlich problematischer ist die Privilegierung bestimmter Unternehmen, die von den Belastungen der EE-Förderung ganz oder teilweise befreit werden. Solche Maßnahmen können isoliert eine selektiv begünstigende Beihilfe darstellen.⁵⁶ Auch insoweit kommt es für die Beihilfenqualität darauf an, ob die Befreiung ein Verzicht des Staates auf staatliche Mittel ist.⁵⁷ Wird dies bejaht, ist eine Privilegierung einzelner Verbraucher nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich.

Eine Freistellung kann nach der Entscheidungspraxis der Kommission jedenfalls nicht generell mit dem Ziel der Förderung erneuerbarer Energien oder dem Umweltschutz begründet werden. Insbesondere wenn zugunsten der Unternehmen ein Kappungsgrenze besteht, wobei die die Grenze überschreitenden Energieverbrauchsmengen von der Belastung der EE-Förderung freigestellt sind, besteht nach Auffassung der Kommission ein Anreiz für die Unternehmen zum Mehrverbrauch. Dies laufe aber dem Ziel des Umweltschutzes diametral entgegen. Deshalb hält die Kommission das Argument, dass mit der zusätzlichen Belastung der sonstigen Verbraucher zumindest deren Anreize zum Energiesparen steigen würden, nicht für stichhaltig.⁵⁸

Außerdem darf eine Förderung grundsätzlich nicht der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen gegenüber Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten dienen. Doch genau das ist regelmäßig der Zweck solcher Maßnahmen. Zwar werden unter engen Voraussetzungen von diesem Grundsatz

⁵⁵ Kommission, 22.7.2009, C 24/2009, K (2009) 3548, ABl. EU 2009 Nr. C 217/12, Rn. 50 ff. – Österreichisches Ökostromgesetz; Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2955, Rn. 64 ff. – Österreich Einspeisetarife; Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2964, Rn. 44 ff. – Österreich Förderung KWK (Unterstützungstarif).

⁵⁶ Vgl. EuGH, Ur. v. 2.2.1988, 67/85 ua., Slg. 1988, 219, Rn. 28 – van der Kooy (Lieferung von Gas zum Vorzugstarif); *Germelmann*, EWS 2013, 161, 166; *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313, 315 f.; kritisch dazu *Ekarde/Steffenhagen*, JbUTR 2011, 319, 332 u. 349 ff.; einen selektiven Vorteil nach dem neuen österreichischen Ökostromgesetz von 2012 ablehnend Kommission, 8.2.2012, C (2012) 565, Rn. 71 ff. – Österreich Ökostromgesetz 2012.

⁵⁷ Kommission, 8.3.2011, K (2011) 1363, Beih. C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42, Rn. 60 ff. – Beihilfe für energieintensive Unternehmen (Österreich); differenzierend zwischen dem Grundsystem und der Befreiung *Germelmann*, EWS 2013, 161, 166.

⁵⁸ Kommission, 8.3.2011, K (2011) 1363, Beih. C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42, Rn. 122-125 – Beihilfe für energieintensive Unternehmen (Österreich).

für die Reduzierung von Umweltsteuern Ausnahmen gemacht. Allerdings muss die Steuerbelastung in diesem Fall trotzdem mit jeder verbrauchten Einheit weiter ansteigen, so dass eine komplette Befreiung oder eine pauschale Deckelung nicht in Betracht kommen.⁵⁹ Außerdem handelt es sich bei den im Rahmen dezentraler Fördersysteme erhobenen Belastungen wegen der Gebundenheit der Mittel an den Förderzweck regelmäßig nicht um Steuern, sondern allenfalls parafiskalische Abgaben, für welche die Kommission bisher nicht bereit ist, Ausnahmen von jenem Grundsatz zuzulassen.⁶⁰ Das Argument, es soll ein Auswandern der Unternehmen verhindert werden, lässt die Kommission mangels Umweltbezuges ebenfalls nicht zu.⁶¹

C. VEREINBARKEIT VON EE-FÖRDERSYSTEMEN MIT DEN GRUNDFREIHEITEN

I. Grundlagen

Neben dem EU-Beihilfenrecht setzen die Grundfreiheiten dem Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer EE-Fördersysteme Grenzen. Aufgrund des weiten Verständnisses des EuGH von beschränkenden Maßnahmen gleicher Wirkung lässt sich die Begünstigung einzelner Unternehmen regelmäßig nicht nur als Beihilfe, sondern auch als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit erfassen.⁶² Umstritten ist das Verhältnis zwischen den Grundfreiheiten und dem Beihilfenrecht, soweit eine Maßnahme als Beihilfe iS. des Art. 107 AEUV einzustufen ist. Nach Auffassung des EuGH besteht insoweit jedenfalls eine Pflicht der Kommission, bei Rechtsbereiche jedenfalls im Wege der harmonisierenden Auslegung aufeinander abzustimmen.⁶³ Insoweit ist regelmäßig davon auszugehen, dass bei einer genehmigenden Entscheidung der Kommission ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten der Art. 34 ff. AEUV ausscheidet. Soweit man eine Beihilfe im Lichte der PreussenElektra-Entscheidung verneint, stellen sich dagegen keine Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen.⁶⁴ Folglich schwebt über einem Fördersystem, welches nicht dem Beihilfenregime unterfällt, stets das

⁵⁹ Kommission, 8.3.2011, K (2011) 1363, Beih. C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42, Rn. 151-155 – Beihilfe für energieintensive Unternehmen (Österreich).

⁶⁰ Kommission, 8.3.2011, K (2011) 1363, Beih. C 24/09, ABl. EU 2011 Nr. L 235/42, Rn. 160 – Beihilfe für energieintensive Unternehmen (Österreich); vgl. dagegen Kommission, 13.6.2007, K (2007) 2416, Beih. N 775/2006 – Steuerbegünstigung energieintensiver Abnehmer.

⁶¹ Kommission, Beschl. v. 23.2.2011, C 38/B/04 (ex NN 58/04) und C 13/06 (ex N 587/05), ABl. EU Nr. L 309/1, Rn. 190 f. – Italien.

⁶² *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 42 Rn. 21.

⁶³ Ausführlich dazu *Cremer*, Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, 225.

⁶⁴ *Ekardt/Schmeichel*, Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, 171, 188.

Damoklesschwert einer Feststellung der Unvereinbarkeit mit den Grundfreiheiten durch den EuGH. Diese Befassung durch den EuGH mit einem mitgliedstaatlichen Fördersystem kann nicht nur durch ein von der EU-Kommission oder einen anderen Mitgliedstaat eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 f. AEUV, sondern auch durch eine Vorlage jedes nationalen Gerichts gemäß Art. 267 AEUV eingeleitet werden.

II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

Gemäß Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Bei Elektrizität handelt es sich um eine Ware im Sinne der Warenverkehrsfreiheiten.⁶⁵ Ein Fördersystem, kann – wie der EuGH in der PreussenElektra-Entscheidung verdeutlichte – eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen, wenn sie den zwischenstaatlichen Handel behindert. Sieht ein solches System eine Verpflichtung zur Abnahme eines bestimmten Anteils von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vor, so sind die Abnehmer bzw. Versorgungsunternehmen daran gehindert, Elektrizität aus anderen Mitgliedstaaten abzunehmen, so dass letztlich eine Behinderung des freien Warenverkehr vorliegen kann.⁶⁶ In Deutschland wird nach dem heutigen System keine solche direkte Verpflichtung mehr vorgesehen, weil der Strom an der Börse verkauft wird und nur die nicht gedeckten Kosten umgelegt werden.⁶⁷ Allerdings werden nach einem System, welches den jeweiligen Netzbetreiber zur Abnahme der Energie verpflichtet, die durch an sein Netz

⁶⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 68 ff. – PreussenElektra; EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 43 – Essent, dort allerdings (nur) in der deutschen Version mit einem bedauerlichen Übersetzungsfehler, wonach Elektrizität keine Ware sei.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 70 – PreussenElektra; vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.3.2009, C-222/07, Slg. 2009, I-1407, Rn. 24 – UTECA; vgl. zur Vereinbarkeit von EE-Fördersystemen mit der Warenverkehrsfreiheit *Apfelstedt*, Ökoenergie-Pflichtbenutzung und Warenverkehrsrecht, ZNER 2001, 2; *Cremer*, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht – Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1. 7. 2007 gemeinschaftsrechtswidrig?, EuZW 2007, 591; *Gebauer/Wollenteit/Hack*, Der EuGH und das Stromeinspeisungsgesetz: Ein neues Paradigma zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Umweltschutz?, ZNER 2001, 12; *Gent*, Mindestpreise und Abnahmewang als Beitrag zum Europäischen Umweltschutz? – Deutsches Stromeinspeisungsgesetz und EG-Vertrag, 1999; *Gündisch*, NJW 2001, 3686; *Karpenstein/Schneller*, Die Stromeinspeisung im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, 6; *Klinski*, EEG und Binnenmarkt: Zur Vereinbarkeit des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) mit den aktuellen Bestimmungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt und mit der Warenverkehrsfreiheit, Gutachterliche Stellungnahme, 24. August 2005, vorgelegt im Rahmen des BMU-Projekts „Rechtliche und administrative Hemmnisse für den Ausbau erneuerbarer Energien in Deutschland“; *Ekardt/Schmeichel*, Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, 171; *Ekardt/Steffenhagen*, EEG-Ausgleichsmechanismus, stromintensive Unternehmen und das Europarecht, JbUTR 2011, 319; *Schlacke/Kröger*, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG – Eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40ff. EEG), NVwZ 2013, 313.

⁶⁷ § 37 Abs. 1, 2 EEG, §§ 2, 3 AusglMechV.

angeschlossene Anlagen erzeugt werden, nur inländische Erzeuger bevorteilt, was eine diskriminierende Behinderung ausländischer Anlagenbetreiber darstellen kann.⁶⁸ Eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit kann auch in der Bevorzugung energieintensiver Unternehmen liegen, wenn diese Vorteile im Verhältnis zu vergleichbaren Unternehmen erhalten, die in anderen Mitgliedstaaten tätig sind, was den zwischenstaatlichen Handel und Wettbewerb verfälscht.⁶⁹

III. Rechtfertigung durch das Ziel des Umweltschutzes

Behinderungen der Warenverkehrsfreiheit können durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden, zu denen insbesondere auch der Umweltschutz gehört.⁷⁰ Art. 36 AEUV enthält insoweit keinen ausdrücklichen Rechtfertigungstatbestand.⁷¹ Gleiches gilt nach der neueren Rechtsprechung des EuGH für die solchen EE-Fördersystemen immanente Diskriminierungswirkung, die aus der Beschränkung auf solche Strommengen folgt, die von im Inland an das Netz angeschlossenen Anlagen eingespeist werden.⁷² Die Maßnahmen müssen allerdings erforderlich und angemessen sein, um diese Ziele zu erreichen. Während

⁶⁸ Cremer, EuZW 2007, 591, 592; Ekaradt/Schmeichel, ZEuS 2009, 171, 184; einschränkend Klinski, aaO. (Fn. 66), S. 6, 25 f.; ablehnend Nagel, ZNER 2000, 3, 5; vgl. auch EuGH, Urt. v. 9.7.1992, C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 34-36 – Kommission/Belgien.

⁶⁹ Generell verneinend mit beachtlichen Argumenten Schlacke/Kröger, NVwZ 2013, 313, 317 f.; Ekaradt/Steffenhagen, JbUTR 2011, 319, 355 ff.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 73 ff. – PreussenElektra. Schon in der ADBHU-Entscheidung wies der EuGH darauf hin, dass der Umweltschutz ein wesentliches Ziel der Gemeinschaft sei (EuGH, Urt. v. 7.2.1985, 240/83, Slg. 1985, 531, Rn. 13). Eine nachhaltige Entwicklung fällt nunmehr unter die Ziele der Union nach Art. 3 EUV, dessen Abs. 3 bestimmt, dass die Union „... auf die nachhaltige Entwicklung Europas ... sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin[wirkt]“. Im Übrigen ist das Streben nach einem hohen Niveau des Umweltschutzes in Art. 191 AEUV, dem Art. 174 EG entspricht, und Art. 37 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als Ziel der Union verankert worden. Außerdem müssen nach Art. 11 AEUV, dem Art. 6 EG entspricht, „[d]ie Erfordernisse des Umweltschutzes ... bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden“. Vgl. dazu GA Bot, Schlussanträge v. 8.5.2013, C-204/12 ua., Rn. 95 – Essent II; Zuleeg, Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1993, 31.

⁷¹ In der PreussenElektra-Entscheidung wies der EuGH auch darauf hin, dass die Politik zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen bezweckt, was eine Rechtfertigung gemäß Art. 36 AEUV impliziert. In seiner neueren Rechtsprechung hat er den Gesundheitsschutz als isolierten Rechtfertigungsgrund nicht mehr anerkannt, soweit er über den Weg des Umweltschutzes realisiert werden soll, EuGH, Urt. v. 11.12.2008, C-524/07, Rn. 56 – Kommission/Österreich.

⁷² Klinski, aaO. (Fn. 66), S. 6, 26 f.; Cremer, EuZW 2007, 591, 593; GA Jacobs, Schlussanträge v. 26.10.2000, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 226 ff. – PreussenElektra; iE. dem folgend EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 70 ff. – PreussenElektra; vgl. zur früheren Rechtsprechung, wonach eine unterschiedliche Behandlung nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden konnte EuGH, Urt. v. 17.6.1981, 113/80, Slg. 1981, 1625, Rn. 10 f. – Kommission/Irland; EuGH, Urt. v. 9.7.1992, C-2/90, Slg. 1992, I-4431, Rn. 34 – Kommission/Belgien.

der EuGH in der PreussenElektra-Entscheidung die Verhältnismäßigkeit nur sporadisch prüfte und dem Vorschlag des Generalanwalts zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung⁷³ in diesem Punkt nicht folgte, nimmt der EuGH in seiner neueren Rechtsprechung eine weitaus intensivere Prüfung vor. So verlangt er explizit den Nachweis, dass keine weniger einschränkenden und weniger diskriminierenden Maßnahmen geeignet sind, die angestrebten Ziele zu erreichen.⁷⁴ Insoweit entsprechen sich die Überlegungen mit denen zur Rechtfertigung von Umweltschutzbeihilfen gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.⁷⁵ Die Entlastung energieintensiver Unternehmen kann jedenfalls – ebenso wie bei der Prüfung von Art. 107 Abs. 3 AEUV – nicht ohne Weiteres als eine Regelung angesehen werden, die dem Umweltschutz dient.⁷⁶

Bei der Erforderlichkeit des Inlandsbezuges ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit bei dem jetzigen Grad der Öffnung des Energiebinnenmarktes nicht auch eine Förderung ausländischer Energieanlagen zur Förderung der Umweltschutzziele ausreichend ist, zumal durch die EE-Richtlinie bereits ein unionsweiter Strategierahmen geschaffen wurde.⁷⁷ Selbst wenn ein Inlandsbezug im Grundsatz erforderlich sein kann, darf dieser in seinen Auswirkungen nicht zu einer Abschottung der mitgliedstaatlichen Energiemärkte führen. Die Angemessenheit eines solchen Fördersystems kann daher entfallen, wenn – zB. mit dem Ziel der nahezu ausschließlichen Versorgung aus erneuerbaren Energien – letztlich ausländischer Strom praktisch aus dem Markt ausgeschlossen wird. Bei dem geringen Anteil erneuerbarer Energien im Jahre 2001 von deutlich unter 10 % hielt der EuGH das deutsche System noch mit den Grundfreiheiten für vereinbar. Diese Beurteilung kann aber in Anbetracht der Zielsetzungen Deutschlands (Anteil von 80 % bis zum Jahre 2050, siehe § 1 Abs. 2 EEG) zukünftig kippen, zumal dann bereits die Erforderlichkeit einer weiteren Förderung zweifelhaft erscheint. Selbst wenn es dem Interesse der Versorgungssicherheit dient, lässt zB. Art. 15 Abs. 4 RL 2009/72/EG über den Elektrizitätsbinnenmarkt eine Bevorzugung einheimischer Erzeugungsanlagen nur bis zu einer Bedarfsdeckung von 15 % zu. Die Abschottungswirkung steigt zudem, wenn zukünftig verstärkt die Vorhaltung von Ausgleichskapazitäten durch konventionelle Kraftwerke, mit denen die Schwankungen der erzeugten EE-Energiemengen ausgeglichen werden sollen, gefördert wird und hierbei statt eines unionsweiten wiederum nationale Lösungsmodelle eingeführt werden.

Ob ein hoher Anteil an der Stromerzeugung zu einer Marktabschottung führt, hängt dabei auch von der Ausgestaltung des Fördersystems ab. Diese

⁷³ *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 196 – PreussenElektra.

⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2008, C-524/07, Rn. 61 – Kommission/Österreich; dazu *Ekar dt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171, 190 ff.

⁷⁵ Ebenso *Ekar dt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171, 218.

⁷⁶ Vgl. auch *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313, 319.

⁷⁷ Vgl. bereits *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 236 – PreussenElektra; für eine Neubewertung nunmehr ausdrücklich *GA Bot*, Schlussanträge v. 8.5.2013, C-204/12 ua., Rn. 100 ff. – Essent II.

Wirkungen können durch ein System wie in Deutschland, bei dem die erzeugten Energiemengen an der Strombörse veräußert werden, abgemildert werden.⁷⁸ Wenn jedoch die geförderten Mengen praktisch stets günstiger zu haben sind als ausländisch produzierte Elektrizität, kann es trotzdem zu einer spürbaren Marktabschottung kommen. Dem könnte zB. durch eine Deckelung oder eine Öffnungsklausel für ausländischen Strom entgegengewirkt werden.

Allerdings ist zugunsten nationaler Fördersysteme zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit nationaler Fördermaßnahmen vom europäischen Gesetzgeber auch in durch Art. 3 Abs. 3 RL 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Energien anerkannt wird.⁷⁹ Auch wenn Sekundärrecht das Primärrecht der Unionsverträge nicht aushebeln kann, so besteht dennoch zunächst eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit, da der EuGH dem Sekundärrecht eine das Primärrecht konkretisierende Funktion beimisst.⁸⁰

D. VEREINBARKEIT VON EE-FÖRDESYSTEMEN MIT ART. 30, 110 AEUV

Neben einem Verstoß gegen das Beihilfenrecht⁸¹ und die Grundfreiheiten⁸² hat EuGH auch die Vereinbarkeit solcher Systeme mit Art. 30 und Art. 110 AEUV

⁷⁸ Siehe oben B. I.

⁷⁹ Vgl. auch Erw. 25 RL 2009/28/EG: „Um die Wirksamkeit der beiden Maßnahmen zur Zielerfüllung, also der nationalen Förderregelungen und der Mechanismen der Zusammenarbeit, zu gewährleisten, ist es unbedingt notwendig, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ihre nationalen Förderregelungen für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gelten, und sich durch die Anwendung der in der vorliegenden Richtlinie vorgesehenen Mechanismen der Zusammenarbeit darüber zu einigen.“ Siehe auch *Cremer*, EuZW 2007, 591, 595 f.

⁸⁰ So ausdrücklich EuG, Urt. v. 30.5.2006, T-198/03, Slg. 2006, II-1429, Rn. 72 – Bank Austria Creditanstalt/Kommission; *Richter Kirschner*, Schlussanträge in Wahrnehmung der Aufgaben des Generalanwalts v. 21.2.1990, T-51/89, Slg. 1990, II-309, Rn. 34 – Tetra Pak/Kommission; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.4.1989, 66/86, Slg. 1989, 803, Rn. 43 – Ahmed Saeed Flugreisen, der aus der Richtlinie 87/601/EG über Fluglinientarife Kriterien für die Missbräuchlichkeit einer Tarifgestaltung nach Art. 102 AEUV ableitet; *Cremer*, EuZW 2007, 591, 594.

⁸¹ Die Kommission verweigert einem gegen diese Vorschriften verstoßenden Abgabensystem, dass aufgrund seiner spezifischen Mittelverwendung eine Beihilfe darstellt, die Freistellung gemäß Art. 107 AEUV. Siehe Kommission, Kommission, 20.7.2010, K (2010) 4891, Beih. C 43/04, ABl. EU 2001 Nr. L 5/11 Rn. 108 ff. – Parafiskalische Abgabe zur Förderung des Weinabsatzes (Portugal); dazu *Gundel*, Quersubventionierung durch parafiskalische Abgaben und EG-Beihilfenrecht – Klärungen zu prozessualen und materiellen Fragen, EWS 2009, 350, 354 ff.

⁸² Beide Regelungen sind für Abgaben im Verhältnis zur Warenverkehrsfreiheit vorrangig (EuGH, Urt. v. 2.8.1993, C-266/91, Slg. 1993, I-4337, Rn. 26 – Celulose Beira Industrial/Fazenda Pública). Allerdings kann die Abgabe vorliegend in der Belastung der Stromversorgungsunternehmen durch das Umlagesystem gesehen werden, während die Behinderung des Warenverkehrs in der Förderung der Anlagenbetreiber lag. Deshalb würde die Anwendbarkeit der Art. 30, 110 AEUV im vorliegenden Fall nichts an der Beurteilung der Fördersysteme nach Art. 34 AEUV ändern.

problematisiert. Die darin enthaltenen Verbote von Zöllen und Abgaben gleicher Wirkung und diskriminierender inländischer Abgaben, verfolgen mit einander ergänzenden Funktionen das Ziel, jede innerstaatliche Abgabenerhebung zu verhindern, die geeignet wäre, Erzeugnisse aus anderen oder für andere Mitgliedstaaten zu diskriminieren und damit deren freien Verkehr innerhalb der Union unter normalen Wettbewerbsbedingungen zu behindern.⁸³ Der Unterschied zwischen Abgaben zollgleicher Wirkung iS. des Art. 30 AEUV und innerstaatlichen Abgaben iS. des Art. 110 AEUV sieht der EuGH darin, dass die Erstgenannten nur ein- oder ausgeführte Erzeugnisse und nicht ähnliche oder konkurrierende inländische Erzeugnisse treffen, während die Zweitgenannten sowohl die einen als auch die anderen treffen.⁸⁴ Bei Fördersystemen, die die Kosten der Förderung auf die Energieversorgungsunternehmen umlegen, kann diese Belastung nur insoweit gegen die Art. 30 oder 110 AEUV verstoßen, als sie auf eingeführte Elektrizität erhoben worden ist.⁸⁵ Wird ein Verstoß gegen diese Normen festgestellt, so ist die unzulässig erhobene Abgabe nach innerstaatlichem Recht zu erstatten.⁸⁶

Ob ein Verstoß gegen Art. 30 AEUV oder gegen Art. 110 AEUV vorliegt, die beide in einem Alternativverhältnis stehen,⁸⁷ hängt letztlich von der konkreten Ausgestaltung des Fördersystems ab. Als fragliche (parafiskalische) Abgabe kommt dabei diejenige finanzielle Belastung in Betracht, die den Elektrizitätsversorgern zum Ausgleich der Förderkosten auferlegt werden. Fraglich ist zunächst, ob es sich überhaupt um eine Abgabe iS. des AEUV handelt, wenn ein System wie in Deutschland die Weiterwälzung der Förderkosten von den Netzbetreibern auf die Stromlieferanten in das privatvertragliche Verhältnis einbindet.⁸⁸ Allerdings kann ein hinreichend staatlicher Bezug gegeben sein, wenn diese Umwälzung Bestandteil eines umfassenden Systems zur staatlichen Regulierung der Netzentgelte ist.⁸⁹ Insoweit ist es unerheblich, ob die Belastung letztlich durch Private eingezogen wird.⁹⁰ Soweit die Belastung die Unternehmen unabhängig von der Herkunft der Erzeugnisse, hier also der angebotenen Strommengen, trifft, liegt der Knackpunkt der Regelung im Verwendungszweck dieser Abgaben.⁹¹ Unerheblich ist hingegen, inwieweit die Kosten über die Strompreise letztlich auf die Endverbraucher überwält werden.⁹²

⁸³ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 40 – Essent.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 41 – Essent.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 56 – Essent.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 27.3.1980, 61/79, Slg. 1980, 1205, Rn. 25 f. – Denkvit italiana.

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 15.6.2006, C-393/04 u. C-41/05, Slg. 2006, I-5293, Rn. 50 – Air Liquide Industries Belgium ua.; EuGH, Urt. v. 11.3.1992, C-78/90 ua., Slg. 1992, I-1847, Rn. 22 – Compagnie Commerciale de l'Ouest ua.

⁸⁸ Dazu oben B. I.

⁸⁹ AA. Kröger, Die EEG-Umlage ist keine Sonderabgabe, ZUR 2013, 480.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 45 f. – Essent.

⁹¹ Vgl. Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2955, Rn. 73 f. – Österreich Einspeisetarife; EuGH, Urt. v. 11.3.1992, C-78/90 ua., Slg. 1992, I-1847, Rn. 26 – Compagnie Commerciale de l'Ouest ua.

⁹² EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 48 f. – Essent.

Ein Verstoß gegen Art. 30 AEUV ist regelmäßig abzulehnen, wenn – wie in Deutschland – allen Stromversorgungsunternehmen unabhängig von der Herkunft ihrer Strommengen die gleichen Kosten auferlegt werden.⁹³ Zwar kann, wenn die Abgabeneinnahmen nur die Kosten des inländisch erzeugten Strom vollständig ausgleichen ebenfalls eine Abgabe gleicher Wirkung iS. des Art. 30 AEUV anzusehen sein.⁹⁴ Allerdings sind in Deutschland die Begünstigten die Erzeuger erneuerbarer Energien, die Belasteten hingegen die Unternehmen, die Endverbraucher beliefern. Schon weil beide Personenkreise nicht zwingend identisch sind, scheidet die Anwendung des Art. 30 AEUV. Ein Verstoß gegen Art. 110 AEUV kommt vor diesem Hintergrund noch dann in Betracht, wenn die Verwendung der Abgaben einen Teil der auf der übertragenen inländischen Elektrizität ruhenden Belastung ausgleicht.⁹⁵ Da aber auch insoweit die Erzeugung und die Lieferung an Endverbraucher zwei deutlich voneinander unterscheidbare relevante Märkte und Personengruppen betrifft, ist das in Art. 110 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot regelmäßig nicht verletzt, weil es an der finanziellen Gleichwertigkeit zwischen den insgesamt auf die inländischen Erzeugnisse an Abgaben erhobenen Beträgen und den Vorteilen, die diesen Erzeugnissen ausschließlich zugute kommen, fehlt.⁹⁶

E. ZUSAMMENFASSUNG

1) Die Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit dezentraler Systeme zur Förderung erneuerbarer Energien in den Mitgliedstaaten der Union werden maßgeblich durch das Primärrecht der Unionsverträge bestimmt. Hierbei sind insbesondere das Beihilfenrecht (Art. 107 AEUV) und die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) heranzuziehen, die in einem wechselseitigen Ergänzungsverhältnis stehen. Unter bestimmten, engen Voraussetzungen kommen auch die Vorschriften über staatliche Zölle und Abgaben (Art. 30, 110 AEUV) zur Anwendung.

2) Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH sind dezentrale Fördersysteme, in denen über Mindestpreisvorgaben private Marktteilnehmer zur direkten Zahlung an die Begünstigten verpflichtet werden, nicht als Beihilfen gemäß Art. 107 AEUV einzustufen. Es fehlt an der Staatlichkeit dieser Zahlungsströme, weil keine individualisierten Mittel der zumindest temporären Verfügungsgewalt

⁹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.6.2006, C-393/04 u. C-41/05, Slg. 2006, I-5293, Rn. 51 ff. – *Air Liquide Industries Belgium ua.*; EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 50 f. – *Essent*.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 42 – *Essent*.

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 42 – *Essent*; EuGH, Urt. v. 11.3.1992, C-78/90 ua., Slg. 1992, I-1847, Rn. 26 f. – *Compagnie Commerciale de l'Ouest ua.*

⁹⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.6.2006, C-393/04 u. C-41/05, Slg. 2006, I-5293, Rn. 58 f. – *Air Liquide Industries Belgium ua.*; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, C-266/91, Slg. 1993, I-4337, Rn. 17 f. – *Celulose Beira Industrial/Fazenda Pública*; EuGH, Urt. v. 25.5.1977, 77/76, Slg. 1977, 987 Rn. 17 – *Cucchi*; strenger scheinbar die Kommission, 4.7.2006, C (2006) 2955, Rn. 73 f. – *Österreich Einspeisetarife*; iE. ebenfalls gegen die Annahme eines Verstoßes *Ekardt/Steffenhagen*, JbUTR 2011, 319, 361 f.

des Staates unterstellt wurden. Wurde hingegen eine Zwischenstelle eingerichtet, die nach konkreten staatlichen Vorgaben die Mittelverwendung lenkt, sind die von dort an die Begünstigten abfließenden Leistungen so hinreichend individualisiert, dass sie als staatliche Mittel qualifiziert werden können. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die eingesetzte Stelle öffentlicher oder privater Natur ist.

3) Ist ein Fördersystem nicht an den Beihilfenvorschriften zu messen, hat es gleichwohl die durch die Warenverkehrsfreiheit gezogenen Grenzen zu beachten. Zum Schutze der Umwelt erforderliche Fördersysteme können danach mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar sein, wenn sie zu keiner unangemessenen Abschottung des Energiebinnenmarktes führen. Mit steigendem Anteil erneuerbarer Energien am Gesamtverbrauch eines Mitgliedstaates wird die Angemessenheit eines auf nationale Erzeugungsanlagen beschränkten Fördersystems zunehmend in Frage gestellt.

THE PROMOTION OF RENEWABLE ENERGY SOURCES IN THE EU MEMBER STATES

Decentralized systems to promote renewable energy sources in the member states of the European Union have to comply with the provisions on state aid (Article 107 TFEU) and the free movement of goods (Article 34 TFEU). Under certain limited circumstances, the rules on customs duties and taxes (Article 30, 110 TFEU) can be applied as well. According to the jurisdiction of the ECJ, decentralized delivery systems – whereby private market participants are obliged to pay minimum prices – do not constitute state aid in the meaning of Article 107 TFEU. The advantage the producers of renewable energies get is not granted through state resources because no individualized funds are placed under the state's power of disposal. If, however, an intermediate body has been established that directs the allocation of funds in accordance with specific state regulations, the service is sufficiently individualized and these funds can be deemed state resources. In this case it is irrelevant whether the agency is a public or a private entity. Even if a delivery system does not constitute a state aid, it still has to comply with the free movement of goods. Delivery systems that aim to protect the environment may be compatible with the free movement of goods if they do not lead to a disproportionate partitioning of the internal energy market. With the increasing share of renewable energies in a member state's overall energy market, the adequacy and proportionality of delivery systems that only fosters national generation facilities, can become incompatible with the fundamental freedoms of the internal market.

Key words: *renewable energy sources, decentralized systems to promote member states of the European Union state aid (Article 107 TFEU) free movement of goods (Article 34 TFEU).*