

MARTIN NETTESHEIM

## EU-Beihilferecht und EEG-Förderung

### I. Freiheiten und Grenzen mitgliedstaatlicher Energiepolitik

Im energiepolitischen Bereich ist europäisches Bewusstsein weiterhin unterentwickelt. In manchen politischen Kreisen scheint man der Auffassung zu sein, in diesem Bereich ohne Einschränkungen und Bindungen EU-rechtlicher Provenienz operieren zu können. Einem Mitgliedstaat müsse der grundlegende, durch hohe Förderbeträge vorangetriebene Umbau des Energiesektors möglich sein, ohne dass sich EU-Institutionen »einmischen«. In anderen Äußerungen schimmert ein moralischer Unterton durch: Dem Anliegen eines ökologischen Umbaus der Energieversorgung (»Energiewende«) komme ein derartig hoher Stellenwert, eine so große Dringlichkeit und eine so hohe ethische Wertigkeit zu, dass jeder Versuch einer korrigierenden oder auch bremsenden Mitwirkung der EU-Organe verwerflich sei.

Dem ist entgegen zu halten, dass sich die mitgliedstaatliche Energiepolitik heute nicht mehr in einem Umfeld souveräner Autarkie formulieren lässt. Wenn ein Mitgliedstaat in die Produktionsverhältnisse im Energiesektor eingreift, bewegt er sich in einem Bereich unionaler Verantwortung und Zuständigkeit. Dies ergibt sich heute aus Art. 194 AEUV.<sup>1</sup> Er hat die Grenzen, die das EU-Recht setzt, auch dann ernst zu nehmen, wenn der Eingriff von umweltpolitischen Zielen getragen ist. Gute ökologische Absichten können nicht als Trumpf dienen, mit dem sich ein Mitgliedstaat von der Pflicht zur Einhaltung der vertraglichen Versprechungen befreien kann, die er im Integrationsprozess gegeben hat. Die Einbindung in den unionalen Rahmen und die Vorgaben des EU-Rechts ziehen der mitgliedstaatlichen Energiepolitik Grenzen. Allerdings – so ist hervorzuheben – sind die unionsrechtlichen Bindungen weiterhin eher gering. Den Mitgliedstaaten der EU sind bei der regulatorischen bzw. finanziellen Steuerung des Strukturwandels im Energiesektor erhebliche Gestaltungsräume eröffnet.

Zur Erinnerung: Bislang hat die EU ihre energiepolitischen Handlungsmöglichkeiten nur ansatzweise wahrgenommen. Schon vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags bestanden hinreichende vertragliche Möglichkeiten, eine entschiedene und steuerungseffiziente europäische Energiepolitik zu betreiben. Mit der Schaffung von Art. 194 AEUV hat sich das diesbezügliche Potential nochmals vergrößert.<sup>2</sup> Auf mitgliedstaatliche Differenzen und fehlenden politischen Willen ist es zurückzuführen,

<sup>1</sup> Hierzu etwa *M. Nettesheim*, Das Energiekapitel im Vertrag von Lissabon, JZ 2010, 19.

<sup>2</sup> Zur Verfügung stehen nicht nur die energiepolitische Kompetenz des Art. 194 AEUV, sondern auch die Binnenmarktkompetenzen (Art. 114 AEUV) und die Umweltkompetenzen (Art. 191 ff. AEUV).

dass sich die Mitgliedstaaten jenseits der unmittelbaren Energiemarktregulierung weiterhin nur vergleichsweise gering gewichtigen unionalen Bindungen unterworfen sehen. Schon der klima- und energiepolitische *Zielhorizont der EU-Politik* ist vergleichsweise unscharf und befindet sich weiterhin im Fluss. Klar erkennbar ist das Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes, in dem auf den Wertschöpfungsstufen Erzeugung, Handel und Vertrieb gleiche Freiheit (Liberalisierung und Entprivilegierung) herrschen. Zudem ist im ETS-System das Globalziel der Steuerung von CO<sub>2</sub>-Emissionen angelegt. Im Übrigen befindet sich die EU-Politik aber im Fluss. Nachdem man sich in den letzten Jahren an dem Ansatz des »20-20-20«<sup>3</sup> orientiert hat und so eine ökonomisch und politisch wenig effiziente Unentschiedenheit hingenommen hat, zeichnet sich nunmehr ein Umdenken und eine Konzentration auf das Ziel der Verringerung von CO<sub>2</sub>-Emissionen ab.<sup>4</sup>

Auch die *Steuerungsqualität* des inzwischen geschaffenen EU-Energierechts und seine Beschränkungswirkung für mitgliedstaatliche Vorhaben bleiben gering. Die Freiheits- und Gleichheitsgarantien des EU-Binnenmarkts haben nur begrenzte energiepolitische Reichweite: Sie hindern die Mitgliedstaaten weder daran, politisch festzulegen, wer überhaupt Marktakteur werden darf (bzw. aus dem Markt ausscheiden muss), noch schließen sie eine Privilegierung einzelner Akteure (etwa durch technologiespezifische Förderung) aus. Selbst in der Frage, inwieweit binnenmarktrelevante Fördersysteme rein national ausgerichtet sein dürfen, besteht bislang keine Klarheit. Erst schrittweise erschließen die Institutionen der EU-Gerichtbarkeit die energierechtliche Tragweite der Grundfreiheiten;<sup>5</sup> hier besteht weiterhin große Unsicherheit.

Auch sekundärrechtlich hat die EU-Energiepolitik noch keine klare Gestalt gewonnen. Das Ansinnen des EU-Sekundärrechtsgebers, die Mitgliedstaaten auf einen einheitlichen Regelungsansatz<sup>6</sup> zu verpflichten, war in der Vergangenheit angesichts der Unterschiedlichkeit mitgliedstaatlicher Positionen häufig mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert.<sup>7</sup> Vielfach werden daher mitgliedstaatliche Freiräume sekundär-

<sup>3</sup> Gemeint sind damit a) die Senkung des Ausstoßes von Kohlendioxid gegenüber 1990 um 20 %, b) die Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien am Verbrauch auf 20 % und c) die Einsparung von Energie in Höhe von 20 %.

<sup>4</sup> Im ersten Halbjahr 2014 will die Kommission erste Vorschläge für die Richtung ihrer Klima- und Energiepolitik nach 2020 vorlegen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass sich die Kommission auf den Abbau des Treibhausgasausstoßes konzentrieren wird und auf Ökostromziele verzichten wird. In einer Vielzahl von Mitgliedstaaten wären neue und weitergehende Ökostromziele nach 2020 nicht durchsetzbar. Demgegenüber erscheint die Einigung auf CO<sub>2</sub>-Abbauziele denkbar. Über die Höhe des anzustrebenden Ziels besteht dabei noch Unsicherheit. Es wäre ein Ansatz, der die Regelungsphilosophie des ETS-Systems fortsetzte. Es bliebe dem Markt überlassen, über Kostenansätze zu ermitteln, auf welchem Weg die Reduktion am effizientesten erreicht werden sollte. Die politische Steuerung durch einen Normgeber, der durch die Festlegung von Einspeisungspreisen für verschiedene Energieerzeugungsmethoden diese Entscheidung in Anspruch nimmt, entfiel. Bislang herrscht hier aber noch wenig Sicherheit. Angesichts der Laufzeit der erforderlichen Investitionen und der Planungsdauer sind diese Unsicherheiten schwer erträglich.

<sup>5</sup> Hierzu Generalanwalt (GA) Bot, Schlussanträge vom 8. 5. 2013 (Rs. C 204/12 bis C 208/12) Essent Belgium; GA Bot, Schlussanträge vom 28.1.2014, Rs. C-573/12, Ålands Vindkraft AB.

<sup>6</sup> Sei es mit Blick auf die Energiequellen, sei es mit Blick auf die Förderungssysteme.

<sup>7</sup> Teilweise haben sich die Mitgliedstaaten sogar primärrechtlich die Erhaltung ihrer Spielräume gesichert (Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV) – so etwa mit Blick auf die Freiheit, über die Gestaltung ihres Energiemixes zu entscheiden.

rechtlich explizit anerkannt.<sup>8</sup> Um nur ein Beispiel zu nennen: Weiterhin kommt dem ETS-System nur geringe Steuerungswirkung zu – nicht, weil das System nicht funktioniert, sondern weil die politische Entscheidung getroffen wurde, den »cap« auf einem Niveau festzusetzen, von dem eine mehr als geringfügige Wirkung auf den Preis von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten ausgeht. Man könnte sich durchaus vorstellen, in das ETS-System Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlichen Alleingängen (insbesondere eine technologiespezifische Förderung und gegenüber der Festsetzung weitergehender Partialziele [Anteil erneuerbarer Energien]) einzubauen. Das ist aber nicht der Fall.<sup>9</sup> Insofern beansprucht das ETS-System nicht in dem Sinne Ausschließlichkeit, dass die Mitgliedstaaten an zusätzlichen bzw. abweichenden Steuerungsversuchen gehindert wären. Dies gilt selbst dann, wenn sich mit einem Eingriff erhebliche Nachteile für andere Mitgliedstaaten verbinden.

Es ist nicht absehbar, dass sich an der begrenzten Steuerungswirkung des EU-Rechts mittelfristig etwas ändern könnte. In der politischen Praxis scheint die Differenz zwischen dem in Deutschland bislang verfolgten Ansatz einer Förderung des Ausbaus der Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen<sup>10</sup> und den in anderen Mitgliedstaaten beschrittenen Wegen größer denn je zu sein. Die EU-Kommission könnte ihren Anspruch, Ziele einer langfristigen EU-Energieplanung zu formulieren, nur dann durchsetzen, wenn sich die Mitgliedstaaten zur Einschränkung nationaler Souveränitätsansprüche bereit erklärten. Der politische Wille der EU-Mitgliedstaaten, sich einer gesteigerten rechtlichen Steuerungsfähigkeit der EU zu unterwerfen, ist aber weiterhin klein.<sup>11</sup>

Es ist eine Folge dieser Gegebenheiten, dass sich die deutsche »Energiewende« mit europarechtlichen Anfragen vor allem aus einer Richtung konfrontiert sieht, die nicht der unmittelbaren politischen Willensbildung unterliegt. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln ist der insofern genuin supranational wirkenden EU-Kommission übertragen. Dies gilt nicht zuletzt für die Anwendung des Beihilfeaufsichtsrechts (Art. 107 AEUV). Die Energiepolitik der Mitgliedstaaten wird in diesem Bereich vorrangigen, einer eigenen Rationalität entsprechenden und für sie nur begrenzt verfügbaren Handlungsmaßstäben unterworfen. Der EU-Sekundärgesetzgeber könnte zwar jederzeit finanzielle Zuwendungs- und Umlagesysteme legitimieren, die eigentlich vor dem EU-Beihilferecht keinen Bestand haben. Allerdings bedürfte es hierzu

---

<sup>8</sup> So etwa die Freiheit zur Wahl des Energiemixes (Art. 194 AEUV) oder die Freiheit zur Einrichtung national ausgerichteter Förderpolitiken (Art. 3 Abs. 3 EE-Richtlinie).

<sup>9</sup> Auch in zeitlicher Hinsicht entfalten die EU-Regelungen keine Sperrwirkung: Der Planungsrythmus der EU (anstehend 2020–2030) hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, selbst längerfristige Bindungen einzugehen.

<sup>10</sup> Nachfolgend: »EE«-Energie.

<sup>11</sup> Dies gilt selbst für die prozedurale Dimension. Der hastige und nach deutschem Verwaltungsrecht rechtswidrige Ausstieg aus der Atomkraft ließe sich als Alleingang, der in erheblichem Umfang Kosten auf EU-Nachbarstaaten externalisiert, unter Verfahrensaspekten durchaus problematisieren. Die insofern einschlägigen Loyalitätspflichten (Art. 4 Abs. 3 EUV) haben in der europäischen Energiepolitik bislang nicht die ihnen zukommende Aufmerksamkeit erfahren (*M. Nettesheim*, Gesetzgebungsverfahren im europäischen Staatenverbund – zwischen Voluntarismus und Loyalitätspflicht, 2014). Und es erscheint fraglich, ob der Europäische Gerichtshof jemals in die Position kommen wird, über die Unionsrechtskonformität energiepolitischer Alleingänge entscheiden zu müssen.

eines von einer hinreichenden Mitgliederzahl im Rat getragenen Rechtsaktes. Alleingänge sind einem Mitgliedstaat versperrt. Die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen für die deutsche »Energiewende« würden damit nicht richtig erfasst, wenn man sie als unüberwindbare Grenzen politischen Handelns zu begreifen sucht. Es geht vor allem um die Frage, wie weit die Freiheit zum Alleingang reicht und wo gemeinschaftliches Handeln erforderlich ist.

Selbst in dieser – relativen Beschränkungswirkung – sind die angesprochenen Bindungen nur von begrenzter Tragweite. Weder das EU-Beihilferecht noch die Grundfreiheiten nehmen den Mitgliedstaaten die Freiheit, das Ziel einer Ökologisierung der Energieproduktion zu verfolgen. In der Entscheidung, wie sich die Energieproduktion langfristig zusammensetzen soll, bleiben die Mitgliedstaaten ebenso frei wie in der grundsätzlichen Finanzierungsentscheidung. Der teleologische Horizont wird nicht verstellt. Eingeschränkt wird lediglich die Freiheit, auf diesem Weg einzelne Akteure in wettbewerbswidriger oder diskriminierender Weise zu bevorzugen. Um mehr als den Gleichbehandlungsaspekt im unionalen Wettbewerb geht es insofern nicht.<sup>12</sup>

## II. Der Rechtsrahmen des EU-Beihilferechts

Diese These soll im Folgenden im Wege einer Analyse des EU-Beihilferechts begründet werden.

### 1. Die Entwicklung der Rechtsposition der EU-Kommission

Die beihilferechtliche Einordnung der Fördermaßnahmen des Stromeinspeisegesetzes (1990–2000) sowie der Nachfolgeregelungen im Gesetz über den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG) (seit 2000) wird schon seit mehr als einem Jahrzehnt kontrovers diskutiert.<sup>13</sup> In den 1990er Jahren ging die Bundesregierung davon aus, dass eine Förderung der EE-Produzenten Beihilfecharakter habe; sie notifizierte daher die Bestimmungen des Stromeinspeisegesetzes beihilferechtlich bei der EU-Kommission. In der »PreussenElektra«-Entscheidung vom 13. März 2001 ging der EuGH dann davon aus, dass die Vergütung für die Stromeinspeisung keine Beihilfe nach Art. 92 EGV (heute: Art. 107 AEUV) darstelle.<sup>14</sup> Die beihilferechtliche Entscheidungspraxis der EU-Kommission zeichnete sich in den Folgejahren durch erhebliche Unsicherheit und das Bemühen um Gewinnung eines neuen Standpunkts aus. Gegen das EEG 2000 erhob

---

<sup>12</sup> Es sei daran erinnert, dass die grundgesetzliche Ordnung auf dem Prinzip beruht, Verteilungsfragen über die allgemeine Finanzverfassung und die Fiskalpolitik zu entscheiden. Die EEG-Umlage beruht demgegenüber auf der Entscheidung, ökonomische Renten an diesem System vorbei einzelnen Interessengruppen zuzuteilen und die hieraus erwachsenden Lasten nach politischen Ad-hoc-Prinzipien zu verteilen.

<sup>13</sup> S. von *Kielmansegg*, Erneuerbare Energien und europäisches Beihilferecht, *Wirtschaft und Verwaltung* 2014, 58; J. *Bloch*, Die Befreiung von der EEG-Umlage als staatliche Beihilfe, *RdE* 2014, 14; S. von *Schweinitz*, Energiewende und Belastungskumulation am Beispiel von EEG-Umlage, besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen und Eigenstromregelung, *FS Klöpfer* 2013, 505.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 13. 3. 2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, *Slg.* 2001, I-2099.

die EU-Kommission keine Einwendungen, nachdem sie dieses – ohne entsprechende Notifikation der Bundesrepublik – im Jahr 2002 geprüft hatte.<sup>15</sup> Später nahm die Kommission (etwa in dem Verfahren »WienStrom«<sup>16</sup>) die Position ein, dass Umlagesysteme Beihilfequalität aufweisen können.<sup>17</sup> Erst durch die 2008 ergangene »Essent«-Entscheidung,<sup>18</sup> in der der EuGH einem Umlagemechanismus die Beihilfequalität zuerkannte, gewann die Praxis der EU-Kommission an Kontinuität und innerer Sicherheit. In der Folge erging eine Reihe von Entscheidungen, in denen die energiepolitischen Fördersysteme und Steuerungsmechanismen einer Reihe von EU-Mitgliedstaaten einer beihilferechtlichen Bewertung unterworfen wurden.

Naturgemäß sind auch die Fördermechanismen des deutschen Rechts in den Blick der EU-Kommission gerückt.<sup>19</sup> Im März 2013 hat sie ein Verfahren gegen die Regelungen über die Befreiung vom Netzentgelt nach § 19 StromNEV eingeleitet.<sup>20</sup> Am 18. Dezember 2013 kam es zudem zur Einleitung eines Beihilfeverfahrens, in dessen Rahmen die Kommission die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien nach dem EEG und die Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen prüfen wird.<sup>21</sup> Den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses vom 18. Dezember 2013 bildet das EEG in der Fassung, in der es zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist.<sup>22</sup> Den Entscheidungen der EU-Kommission ist zu entnehmen, dass sich ihr Rechtsverständnis eng an die inzwischen deutlich auskonturierte EuGH-Rechtsprechung zur Beihilfequalität von Fonds und Umlagesystemen anlehnt, die durch staatliches Recht eingerichtet und auf der Grundlage dieses Rechts von staatlichen oder privaten Akteuren verwaltet werden. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass sowohl die Einspeisevergütung<sup>23</sup> als auch die Grünstromregelung<sup>24</sup> sowie die besondere Ausgleichsregelung zugunsten energieintensiver Unternehmen<sup>25</sup> Beihilfen

<sup>15</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 22. 5. 2002, Beihilfe-Nr. NN 27, 2000, Abl. C 164/5 v. 10. 7. 2000. Die Kommission stellt fest: »Die Kommission ist daher der Auffassung, dass das Gesetz [EEG] keinen Transfer staatlicher Mittel einschließt. Da ein solcher Transfer bei einer staatlichen Beihilfe gegeben sein muss, betrachtet die Kommission das Gesetz nicht als staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag.«

<sup>16</sup> Europäische Kommission, Beihilfe N317A/2006, Rn. 48-53.

<sup>17</sup> Gegen die Kommissionsentscheidung hat Österreich geklagt (EuG, Rs. T-251/11, bislang nicht entschieden).

<sup>18</sup> EuGH, Urt. vom 17. 7. 2008, Rs. C-206/06, Essent, Slg. 2008, I-5497.

<sup>19</sup> Zu der Netzentgeltbefreiung: S. Beste/J. Kuck, Zur Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen, EnWZ 2013, 195. Zum haftungsrechtlichen Belastungsausgleich: J. Kübling/C.C. Klein, Der Belastungsausgleich für Haftungen bei der Offshore-Windenergie, DÖV 2014, 103.

<sup>20</sup> Europäische Kommission, Entscheidung vom 6. 3. 2013, Beihilfe SA.34045 (2013/C) (ex 2012/NN) – Deutschland. Den Hintergrund bildete die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV (2011), durch die verbrauchsintensive Unternehmen ab einer Abnahme von 10 Gigawattstunden und mindestens 7000 Benutzungsstunden im Jahr an einer Abnahmestelle von der Pflicht zur Zahlung der Netzentgelte vollständig befreit wurden. § 19 Abs. 2 S. 6 f. StromNEV legte fest, dass die so entgangenen Erlöse über eine Umlage auf die Gesamtheit der Nutzer des Netzes umgelegt werden. Am 22. 8. 2013 trat eine erneute Änderung von § 19 Abs. 2 StromNEV in Kraft.

<sup>21</sup> Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, Abl. C 37 v. 7. 2. 2014, 74.

<sup>22</sup> Eröffnungsbeschluss der Kommission v. 18. 12. 2014, Abl. v. 7. 2. 2014, Nr. C 37/73, Rn. 150.

<sup>23</sup> Einspeisevergütung und Marktprämie nach §§ 16 ff., 33a ff. EEG.

<sup>24</sup> Grünstromprivileg nach § 39 EEG.

<sup>25</sup> Besondere Ausgleichsregelung nach §§ 40 ff. EEG.

im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen könnten. Während die Kommission andeutet, dass sie die erstgenannte Begünstigung für rechtfertigungsfähig hält, äußert sie mit Blick auf die beiden anderen Regelungen Zweifel. Die Bundesrepublik Deutschland erhob gegen den Eröffnungsbeschluss zur Fristwahrung am 28. Februar 2014 Klage. Erste Reaktionen aus der Wissenschaft fallen sehr kritisch aus.<sup>26</sup>

In dem Verhalten der EU-Kommission spiegelt sich eine schrittweise Veränderung des beihilferechtlichen Blicks auf Umlagesysteme wider.

## 2. Die beihilferechtliche Einordnung von Umlagesystemen

Die rechtliche Einordnung von Umlagesystemen, wie sie das EEG enthält, bereitet dem EU-Recht seit längerem<sup>27</sup> Schwierigkeiten.<sup>28</sup> Der Versuch, mit den gefestigten Strukturen des EU-Beihilferechts diese eher untypischen Formen eines staatlich orchestrierten Mittelflusses zu beurteilen, bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil es an dem für den EU-Beihilfegriff grundsätzlich notwendigen Element der Haushaltswirksamkeit fehlt [nachfolgend a)]. Umlagesysteme, die nicht eine Belastung des staatlichen Haushalts mit sich bringen, lassen sich damit in die grundsätzliche Dogmatik des EU-Beihilferechts nicht ohne Anpassungen einfügen [nachfolgend b)]. Die Schwierigkeiten werden dadurch verschärft, dass sich die Vielgestaltigkeit der verschiedenen Gestaltungsformen einer verallgemeinernden Beurteilung entzieht. Die EU-Institutionen mahnen immer wieder die Notwendigkeit an, konkrete Fälle im Lichte der jeweiligen Besonderheiten einzelfallorientiert zu analysieren.<sup>29</sup>

### a) Das grundsätzliche Erfordernis der Haushaltswirksamkeit

Der Vertragsgeber zielt mit der Formulierung in Art. 107 Abs. 1 AEUV zunächst und vor allem auf den klassischen Fall der staatlichen Beihilfegewährung ab: die finanzielle Begünstigung eines Unternehmens durch den Staat (»staatliche Beihilfen«). Mit der Erweiterung der Formulierung in Art. 107 Abs. 1 AEUV auf »aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen« sollte der Gefahr einer Umgehung entgegen gewirkt werden.<sup>30</sup> Man wollte der Möglichkeit begegnen, dass die Mitgliedstaaten öffentliche

<sup>26</sup> Chr. Palme, EEG und EU-Beihilfeaufsicht, NVwZ 2014, 559; N. Grabmar/A. Stehle/F. Pause, Th. Müller, Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012, Stiftung Umweltenergie-recht, Februar 2014.

<sup>27</sup> Frühe Analyse bei: K. Gent, Beihilferechtliche Anforderungen an das EEG, ET 2000, 600; P. Maurer, Umweltbeihilfen und Europarecht, 2006.

<sup>28</sup> Auch finanzverfassungsrechtlich bestehen Zweifel: G. Manssen, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, DÖV 2012, 499; G. Manssen, Die Verfassungsmäßigkeit von EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im EEG, Wirtschaft und Verwaltung 2012, 170; E. Gawel, EEG-Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe? DVBl. 2013, 409; E. Gawel, EEG-Umlage: Auch weiterhin keine verfassungswidrige Finanzierungs-Sonderabgabe, ET 2013, 25; E. Brandt, EEG und Finanzverfassungsrecht: Zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der besonderen Ausgleichsregelung, Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis, Bd. 2 (2013), 91.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 1. 12. 1998 in der Rs. C-200/97 (Ecotrade, Slg. 1998, I-7907, Rn. 37).

<sup>30</sup> Deutliche Betonung der Idee des Umgehungsschutzes bei: EuGH, Urteile vom 7.6.1988 in der Rs. 57/86, Griechenland/Kommission, Slg. 1988, 2855, Rn. 12; EuGH, PreussenElektra (oben Fn. 14), Rn. 58; EuGH, Urte. vom 20. 11. 2003, Rs. C-126/01, GEMO, Slg. 2003, I-13769, Rn. 23.

oder private Einrichtungen zwischenschalten, über die die Vergünstigung an ein Unternehmen fließt.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund ist anerkannt, dass sich das EU-Beihilferecht in seiner grundsätzlichen Zielrichtung gegen die Begünstigung von Unternehmen richtet, die der Staat unmittelbar oder mittelbar zu Lasten des staatlichen Haushalts bewirkt. Dabei legen die EU-Institutionen ein weites Verständnis an. Die Abgabe von Gütern mit Marktwert (wie etwa CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikaten) ohne angemessene Gegenleistung<sup>32</sup> ist danach ebenfalls beihilferelevant wie die Reduzierung einer an und für sich bestehenden Leistungspflicht. Selbst staatliche Erklärungen sind jüngst als Maßnahmen im Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen worden.<sup>33</sup>

*aa) Teleologische Restriktion: Keine Erstreckung auf bloß regulatorische Maßnahmen*

Vom Wortlaut her hätte man dem Beihilfeaufsichtsrecht der EU ohne weiteres einen Anwendungsbereich zuschreiben können, der neben haushaltswirksamen Vorzügen auch andere Begünstigungen erfasst. Der Vertrag spricht in Art. 107 Abs. 1 AEUV alternativ von »staatliche Beihilfen« und »aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen«. Jede staatliche Maßnahme mit Begünstigungswirkung könnte insofern als »staatliche Beihilfe« angesehen werden.<sup>34</sup> In der Tat wurde und wird ein derartiges Verständnis seit langem in Kreisen der rechtswissenschaftlichen Literatur<sup>35</sup> und aus der Mitte des Europäischen Gerichtshofs<sup>36</sup> zur Diskussion gestellt. Der ungeschützte Wettbewerb lasse sich nur dadurch schützen, dass auch andere staatliche Maßnahmen mit Begünstigungswirkung an Art. 107 Abs. 1 AEUV gemessen werden.

Der EuGH ist diesem Verständnis letztlich aber nie gefolgt.<sup>37</sup> Bekanntlich entschied der EuGH bereits in der frühen Entscheidung »van Tiggele«,<sup>38</sup> dass ein staatlicher Eingriff in das Wirtschaftsgeschehen nicht schon deshalb an Art. 107 Abs. 1 AEUV zu messen ist, weil er sich auf die Marktstellung einzelner Unternehmen begünstigend auswirkt. Während er diese Feststellung damals noch nicht am Merkmal des Erforder-

<sup>31</sup> So zuletzt EuGH, Urt. vom 30. 5. 2013, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Slg. 2013, I-0000, Rn. 26.

<sup>32</sup> Zu Gewinnneinbußen öffentlicher Einrichtungen als Beihilfe: EuGH, Urteil vom 1. 12. 1998 in der Rs. C-200/97 (*Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907, Rn. 37; EuGH, verb. Rs. 67, 68 und 70/85 *Van der Kooy*, Slg. 1988, 219).

<sup>33</sup> EuGH, Urt. vom 3. 4. 2014, Rs. C-559/12 P, *Frankreich/Kommission (La Poste)*.

<sup>34</sup> In diese Richtung etwa der »Spaak Report«: *Rapport des Chefs de Délégation Aux Ministres des Affaires Etrangères, Comité Intergouvernemental créé par la Conférence de Messine*, Brussels, 21. 4. 1956, 57. Auch die erste Entscheidung des EuGH zum Beihilferecht war von erheblicher Offenheit gekennzeichnet: EuGH, Rs. 30/59 *Steenkolenmijnen/Hohe Behörde*, Slg. 1961, S. 19.

<sup>35</sup> Z. B. *M. Slotboom*, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?* *European Law Review* 1995, 289; *M. Ross*, *State Aids: Maturing into a Constitutional Problem*, *Yearbook of European Law* 1995, 79; *K. Bacon*, *State Aids and General Measures*, *Yearbook of European Law* 1997, 269.

<sup>36</sup> Schlussanträge *GA Capotorti*, Rs. 82/77 *Van Tiggele*; *GA Darmon*, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 *Slovan Netptun* und Rs. C-189/91 *Kirsammer Hack*. [1993] ECR I-887; Schlussanträge *GA Maduro*, Rs. C-237/04, *Enirisorse v Sotacarbo ('Enirisorse II')*, Slg. 2006, I-2843, Rn. 43 ff.

<sup>37</sup> Vgl. etwa: EuGH, Rs. C-21/88, *Du Pont de Nemours*, Slg. 1990, I-88 (Einkaufsverpflichtung von 30 % im italienischen Mezzogiorno). Ausführliche Diskussion bei *GA Jacobs*, Schlussanträge in der Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 24. 1. 1978 in der Rs. 82/77 (*Niederländische Staatsanwaltschaft/Van Tiggele*), Slg. 1978, 25, Rn. 24-25.

nisses »staatlicher Mittel« festmachte, wurde dieses jedenfalls<sup>39</sup> mit der Entscheidung »Sloman Neptun«<sup>40</sup> zum zentralen dogmatischen Baustein und gewann dadurch eine Abgrenzungsfunktion.<sup>41</sup> Beihilferechtliches Denken wird seither wesentlich von haushaltsfokussierten Überlegungen getragen (Erfordernis der Gewährung von »state resources«).<sup>42</sup> Der Fluss »staatlicher Mittel« ist zu einer *conditio sine qua non* für die Anwendung des Art. 107 AEUV geworden.<sup>43</sup> »Die staatliche Maßnahme muss daher zu einer Belastung der öffentlichen Finanzen, sei es in Form einer Ausgabe oder in Form einer verringerten Einnahme, führen.«<sup>44</sup>

An dieser restriktiven, das Erfordernis eines »Mittelflusses« zu Lasten des staatlichen Haushalts betonenden Sichtweise hat der EuGH auch in den sich anschließenden Entscheidungen grundsätzlich festgehalten.<sup>45</sup> Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass der Begriff des »Mittelflusses« weit verstanden und auch auf Fälle erstreckt wird, in denen ein Mitgliedstaat einen ihm grundsätzlich zustehenden Anspruch nicht erhebt. Zuletzt wurde diese Frage in dem »PreussenElektra«-Fall ausführlich diskutiert. Auch hier entschied sich der EuGH dazu, an dem Erfordernis eines Flusses staatlicher Mittel festzuhalten.<sup>46</sup> Getragen wird die Entscheidung vor allem von der Sorge, dass eine Erweiterung auf allgemeine regulatorische Maßnahmen eine unabsehbare Weiterung

<sup>39</sup> Unsicherheiten z. B. im Urteil verb. Rs. 213 to 215/81 Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor v BALM, [1982] ECR 3583 und im Urteil vom 30. 1. 1985 in der Rs. 290/83, Caisse nationale de crédit agricole, Slg. 1985, 439. Ebenso EuGH, verb. Rs. 67, 68 und 70/85 Van der Kooy, 1988 ECR 219; EuGH, Rs. 57/86 Griechenland/Commission, 1988 ECR 2855.

<sup>40</sup> EuGH, verbundene Rs. C-72/91 und C-73/91, Sloman Neptun, [1993] ECR I-887.

<sup>41</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-189/91 Kirsammer-Hack, 1993 ECR I-6185, Joined C-52/97 Viscido v Ente Poste Italiane, [1998] ECR I-2629, Rs. C-200/97 Ecotrade, [1998] ECR I-7907, Rs. C-295/97 Piaggio, [1999] ECR I-3735, Rs. C-379/98 PreussenElektra; Rs. C-59/03 Cigliola v Ferrovie dello Stato.

<sup>42</sup> Insofern ergeben sich Überschneidungen zu Art. 110 AEUV (EuGH, Urteil vom 27. 10. 1993 in der Rs. C-72/92 (Herbert Scharbatke/Deutschland, Slg. 1993, I-5509, Rn. 18).

<sup>43</sup> Zustimmend etwa R. Plender, Definition of Aid, in: A. Biondi/P. Eeckhout/J. Flynn (Hrsg.), The Law of State Aid in the European Union (Oxford: Oxford University Press, 2004) 3; A. Biondi, Some Reflections on the Notion of »State Resources« in European Community State Aid Law, Fordham International Law Journal 2007, 1426; P. Kirch/O. d'Ormesson/J.W. Rodriguez Curiel, Transfer of State Resources, in: J. Derenne/M. Merola (Hrsg.), Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits (Berlin: Lexxion, 2007), 105.

<sup>44</sup> GA Wathelet, Schlussanträge vom 31. 1. 2013, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 37, in einer Beschreibung von PreussenElektra.

<sup>45</sup> EuGH, Urteile vom 17. 3. 1993 in den verbundenen Rs. C-72/91 und C-73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Rn. 19; EuGH, Urt. vom 30. 11. 1993 in der Rs. C-189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Rn. 16; EuGH, Urt. vom 7. 5. 1998 in den verbundenen Rs. C-52/97 bis C-54/97, Viscido u. a., Slg. 1998, I-2629, Rn. 13; EuGH, Urt. vom 1. 12. 1998 in der Rs. C-200/97, Ecotrade, Slg. 1998, I-7907, Rn. 35; EuGH, Urt. vom 17. 6. 1999 in der Rs. C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Rn. 35; EuGH, Urt. vom 13. 3. 2001 in der Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58. Jedenfalls in der Formulierung nunmehr aber anders EuGH, Urt. vom 19. 12. 2013, Rs. C-262/12, Vent de Colère, Rn. 19. Die Qualität des Verweises ist insofern zweifelhaft, als in Rs. C-387/92, Rn. 14 und C-6/97, Rn. 16, lediglich gesagt wird, dass die Befreiung von staatlichen Abgaben eine Beihilfe sein kann. Das ist selbstverständlich (Kehrseitentheorie).

<sup>46</sup> EuGH, Urt. vom 13. 3. 2001 in der Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099. Bestätigend EuGH, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 26. Kritik der PreussenElektra-Entscheidung bei M. Bronckers/R. van der Vlies, The European Court's PreussenElektra Judgment: tensions between EU Principles and National Renewable Energy Initiatives, European Competition Law Review 2001, 458; J. Basquero Cruz/F. Castillo de la Torre, A Note on PreussenElektra, European Law Review 2001, 489; A. Goossens/S. Emmerechts, Note on Rs. C-379/98 PreussenElektra AG v Schlesweg AG, Common Market Law Review 2001, 991.

des Anwendungsbereichs des EU-Beihilferechts mit sich bringen könnte. Ersichtlich wollen die EU-Institutionen der Gefahr einer übermäßigen Ausweitung des Beihilfegriffs entgegenwirken.<sup>47</sup>

*bb) Teleologische Extension: Erstreckung auf staatliche, durch parafiskalische Abgaben finanzierte Begünstigung*

Zugleich bildete sich schon in den 1970er Jahren eine Ausnahme heraus. Erstmals in der Entscheidung »Steinike« ging der EuGH davon aus, dass es der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV auf eine staatlich bewirkte Begünstigung nicht entgegenstehe, wenn diese nicht aus dem staatlichen Haushalt, sondern aus einem durch parafiskalische Abgaben gespeisten Fonds finanziert wird. »Eine staatliche Maßnahme, die bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse begünstigt, verliert die Eigenschaft eines unentgeltlichen Vorteils nicht dadurch, dass sie ganz oder teilweise durch Beiträge finanziert wird, die von Staats wegen von den betreffenden Unternehmen erhoben werden.«<sup>48</sup> Der Entscheidung liegt die zutreffende Einschätzung zugrunde, dass es für den Kampf gegen staatlich bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen irrelevant ist, ob eine Begünstigung aus dem staatlichen Haushalt oder einem abgabengespeisten »Nebenhaushalt« gewährt wird. Staatliche Haushalte und Fonds werden insofern gleichgestellt, zwischen der Finanzierung der mit einer Begünstigung verbundenen Lasten aus dem staatlichen Haushalt oder jener über eine parafiskalische Abgabe wird kein Unterschied gemacht.<sup>49</sup> Man kann diesbezüglich von einer funktionalen Gleichwertigkeit ausgehen. Würde man dies nicht so sehen, lägen die Umgehungsmöglichkeiten greifbar auf der Hand.

Nicht jede von einer öffentlichen Einrichtung erhobene Zwangsabgabe zur Finanzierung begünstigender Maßnahmen wird aber als Beihilfe eingeordnet.<sup>50</sup> Für die Anwendbarkeit von Art. 107 Abs. 1 AEUV thematisiert der EuGH insbesondere,<sup>51</sup> ob der Fonds einer vom Staat inhaltlich festgelegten Politik dient<sup>52</sup>, auf Betreiben des Staats eingerichtet ist, ob keine rein gruppennützige Verwendung der Mittel vorgesehen ist, ob die die Mittel verwaltende Institution mit den erhobenen Mitteln auch andere Zwecke verfolgen kann und wie sich die staatlichen Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten darstellen. Die Vielschichtigkeit und Unschärfe dieser Maßstäbe erzeugt Rechtsunsicherheit. Eine Vorhersage, wie die EU-Gerichte entscheiden werden, ist nicht immer ohne weiteres möglich. Der EuGH schrieb in »Pearl« einer parafiskali-

<sup>47</sup> GA *Capotorti*, Schlussanträge in der Rechtssache van Tiggele (Rs. 82/77, Slg. 1978, 25, Nr. 8), Schlussanträge von GA *Jacobs* in den Rechtssachen PreussenElektra und Stardust Marine (Rnn. 150 bis 159 bzw. 53 bis 55) und Schlussanträge von GA *Poiães Maduro* in der Rechtssache Enirisorse (Urteil vom 23. 3. 2006, C-237/04, Slg. 2006, I-2843, Rnn. 44 bis 46); GA *Wathelet*, Schlussanträge, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Slg. 2013, I-0000, Rn. 97 ff.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil vom 22. 3. 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 22). Entsprechend EuGH, Urt. vom 11. 11. 1987, Frankreich/Kommission, Rs. 259/85, Slg. 1987, 4393, Rn. 23.

<sup>49</sup> Zur Rechtsprechung: *M. Meyer*, Die Bewertung parafiskalischer Abgaben aus der Sicht des europäischen Beihilferechts, 2007.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139.

<sup>51</sup> Hierauf abstellend etwa EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139, Rn. 23.

<sup>52</sup> Dass im Fall »Steinike« der Staat zusätzliche Subventionen einfließen ließ, verstärkt nur die Einschlägigkeit von Art. 107 Abs. 1 AEUV.

schen Belastung keine Beihilfequalität nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zu. Demgegenüber ging das EuG in »EARL Salvat«<sup>53</sup> davon aus, dass ein über Branchenbeiträge finanzierter Mechanismus zur Durchführung von Werbekampagnen Beihilfeelemente enthalten kann.

### b) Beihilfe bei Ankauf durch staatliche Einrichtungen

Die Umlagesysteme, die im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien eingerichtet worden sind, beinhalten typischerweise zunächst und vor allem ein regulatorisches Element:<sup>54</sup> Sie verpflichten ein Unternehmen, die von EE-Erzeugern produzierte Energie zu einem über dem Marktwert liegenden Preis abzunehmen. Wird diese Verpflichtung einer staatlichen Behörde auferlegt, liegt ohne Zweifel eine staatliche Beihilfe vor. Derartige Ankaufspflichten sind dem Staat zurechenbar; zudem fließen in diesem Fall ohne weiteres »staatliche Mittel«. Auf der anderen Seite hat der EuGH in »PreussenElektra« festgestellt, dass eine Ankaufverpflichtung, die einen oder eine Gruppe privater Marktakteure trifft, alleine noch keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV beinhaltet.

Diese Differenz gibt Anlass, darüber nachzudenken, wie eine staatliche Regelung gefasst sein muss, damit sie als allgemeine Regulierungsregelung (im Sinne von »PreussenElektra«) nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt. Man wird davon ausgehen können, dass es zunächst auf die Fassung der Bestimmung ankommt, die die Abnahmepflicht begründet. Je allgemeiner sie gefasst ist, desto eher ist sie als Teil der allgemeinen Marktordnung anzusehen.<sup>55</sup> Je spezifischer sie an staatliche Akteure gerichtet ist, desto eher fällt sie unter Art. 107 Abs. 1 AEUV. Zudem wird man die Marktstrukturen in den Blick nehmen müssen: Je größer die Gruppe privater Unternehmen ist, die von der Regelung erfasst wird, desto eher finden die »PreussenElektra«-Kriterien Anwendung. Findet die Regelung demgegenüber – ungeachtet einer allgemeinen Formulierung – faktisch nur auf staatliche Institutionen Anwendung, dann wird Art. 107 Abs. 1 AEUV berührt. Schließlich dürfte auch von Belang sein, wie groß die Unabhängigkeit etwaig erfasster staatlicher Unternehmen ist: Je weniger diese Unternehmen einer Steuerung durch Staatsorgane unterliegen, desto eher findet die »PreussenElektra«-Doktrin Anwendung.<sup>56</sup>

### c) Die Finanzierungsseite: Finanzierung durch »staatliche Mittel«

Die Begründung einer allgemeinen (regulatorischen) Abnahmepflicht ist nur grundsätzlich beihilferechtlich unproblematisch. Sie kann nach der Rechtsprechung des EuGH unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen, wenn sie dem Staat »zuzurechnen« ist und »aus staatlichen Mitteln« finanziert wird. Dieser Ansatz wird von der – nicht unprob-

<sup>53</sup> EuG, Rs. T-136/05, EARL Salvat, Slg. 2007, II-4063.

<sup>54</sup> Zur Unterscheidung von »regulation« und »subsidization«: *L. Rubini*, The »elusive frontier«: Regulation under EC State Aid Law, *European State Aid Law Quarterly* 2009, 277.

<sup>55</sup> Siehe in diese Richtung: EuGH, Rs. C-222/07, UTECA, Slg. 2008, I-1407, Rn. 44 f.

<sup>56</sup> In diese Richtung *GA Kokott*, Schlussanträge vom 4. 9. 2008, Rs. C-222/07, UTECA, Slg. 2008, I-1407, Rn. 133.

lematischen – These getragen, dass die beihilferechtliche Qualifikation einer Begünstigung von der Art der Refinanzierung abhängt. Bei der Beurteilung von Umlagesystemen ist danach zwischen dem Element der Begünstigung und dem Element der (Re-)Finanzierung konzeptionell zu unterscheiden. Für die Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV kommt es danach nicht nur »auf die Ausgabenseite des [vom Staat eingeführten] Systems, sondern auf die Finanzierungsseite«<sup>57</sup> an.

*aa) Zurechenbarkeit: Von der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle bis zur gesetzlichen Steuerung*

Die in einem Umlagesystem gewährte Begünstigung kann nur dann als Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV eingeordnet werden, wenn der Mittelfluss dem Staat zugerechnet werden kann.<sup>58</sup> Wenn eine öffentliche Einrichtung aus eigenem Antrieb begünstigend in den Markt eingreift, kann die Anwendung dieses Kriteriums durchaus Schwierigkeiten bereiten.<sup>59</sup> In »Stardust Marine« betonte der EuGH, dass es in diesem Fall einer einzelfallbezogenen Prüfung bedürfe, ob hinreichende Kriterien die Annahme stützen, dass die Gestaltungsentscheidung dem Staat zugerechnet werden kann.<sup>60</sup> Im Bereich gesetzlich eingerichteter Umlagesysteme bereitet das Merkmal allerdings keine Schwierigkeiten. Der EuGH geht hier von einer unproblematischen Zurechenbarkeit aus. In der jüngst ergangenen Entscheidung »Vent de Colère« stellte der EuGH mit Blick auf ein französisches Umlagesystem fest: »Insoweit ist festzustellen, dass der im Ausgangsverfahren fragliche Ausgleichsmechanismus durch das Gesetz ... eingeführt wurde und daher dem Staat zurechenbar ist.«<sup>61</sup> Wie gering die Anforderungen sind, macht sich nicht zuletzt darin bemerkbar, dass der EuGH es ausreichen lässt, wenn staatliche Stellen »am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren«.<sup>62</sup> Inwieweit dies sich noch auf der Linie von »Stardust Marine« bewegt, ist nicht ganz klar. Man könnte geneigt sein, eine Absenkung der Anforderungen an die Zurechenbarkeit zu erkennen.

*bb) Staatlichkeit der Mittel: Der parallele Gebrauch verschiedener Kriterien*

Die beihilferechtliche Beurteilung typischer – gesetzlich eingerichteter – Umlage-mechanismen steht und fällt mit der Handhabung des Kriteriums »staatlicher Mittel«. In »PreussenElektra« blieb die Frage offen, welche Anforderungen ein Finanzierungsmechanismus aufweisen muss, um die dadurch ermöglichte Vergünstigung zur Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zu machen. In den Entscheidungen, die seit »PreussenElektra« ergangen sind, entwickelte der EuGH diesbezügliche Abgren-

<sup>57</sup> GA Jacobs, Schlussanträge Rechtssache van Calster u. a. (Urteil vom 21. 10. 2003, C- 261/01 und C- 262/01, Slg. 2003, I- 12249, Rn. 27).

<sup>58</sup> EuGH, Urteile Van der Kooy u. a./Kommission, Rn. 35, vom 21. 3. 1991 in der Rs. C-303/88, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Rn. 11; EuGH, Rs. C-305/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1603, Rn. 13.

<sup>59</sup> Zur Idee der Kontrolle eines öffentlichen Unternehmens als »Werkzeug« des Staats (»imputability«) bzw. zur Steuerung über die internen Möglichkeiten des Eigentümers: EuGH, Rs. C-482/99, Stardust Marine, Slg. 2002, I-4397.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-482/99 Stardust Marine, [2002] ECR I-4397, Rn. 54 ff.

<sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 19. 12. 2013, Rs. C-262/12, Vent de Colère, Rn. 18.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. vom 19. 12. 2013, Rs. C-262/12, Vent de Colère, Rn. 17 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16. 5. 2002, Frankreich/Kommission, C- 482/99, Slg. 2002, I- 4397, Rn. 52.

zungskriterien.<sup>63</sup> Die Beurteilung, ob ein Refinanzierungsmechanismus eine eigentlich nicht beihilferechtlich relevante Regulierungsregelung (ausnahmsweise) in den Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV rücken lässt, lässt sich danach nur im Zusammenspiel eines ganzen Maßstäbgebündels vornehmen.<sup>64</sup> Vor diesem Hintergrund steht fest: Das dogmatische Umfeld, in dem sich die Beurteilung von Umlagemechanismen bewegt, die dem unmittelbar zum Ankauf verpflichteten Unternehmen eine Weitergabe der Last an private Dritte ermöglichen, hat sich seit »PreussenElektra« deutlich gewandelt.

(1) *Öffentlichkeit einer Institution reicht nicht per se aus*

Der Umstand, dass die in einem Umlagemechanismus fließenden Mittel durch die Bücher einer öffentlich-rechtlich organisierten Institution fließen, macht sie nicht notwendig zu staatlichen Mitteln.<sup>65</sup> Der EuGH hat inzwischen mehrfach mit Fällen zu tun gehabt, in denen öffentlich-rechtlich verfasste Berufsorganisationen Mittel einsetzen, die über Umlagemechanismen erhoben wurden, ohne dies allein zum Anlass zu nehmen, von Beihilfen zu sprechen. Die juristische Verfasstheit einer in den Umlageprozess eingeschalteten Institution ist weder hinreichendes noch notwendiges Merkmal, um von der Staatlichkeit der Mittel auszugehen. Dies bedeutet zugleich aber auch, dass auch in einem Umlagesystem privater Institutionen »staatliche Mittel« fließen können

(2) *Staatlichkeit durch Qualifikation als Abgabe nach Art. 110 AEUV*

Eine »Intervention des Staats oder aus staatlichen Mitteln«<sup>66</sup> liegt immer dann vor, wenn die Finanzierung unter Einsatz von Mitteln erfolgt, die in den Anwendungsbereich von Art. 110 AEUV (steuerliche Abgabe) oder Art. 30 AEUV (zollgleiche Abgaben) fällt. Dies ergibt sich aus der Entscheidung im Fall »Essent«.<sup>67</sup> Dort ging es um die Erhebung einer Abgabe, die die Netzbetreiber von ihren Elektrizitätskunden in Form eines Tarifaufschlags erhoben und an eine (private) gemeinsame Tochtergesellschaft der Erzeugungsunternehmen (SEP) abführten. Diese Gesellschaft war gesetzlich verpflichtet, das Aufkommen in einer bestimmten Höhe dafür zu verwenden, den Betreibern von Kohlevergasungsanlagen und anderen energiewirtschaftlichen Einrichtungen einen Zuschuss zukommen zu lassen. Damit sollte der Betrieb von Anlagen gesichert werden, die nach der Liberalisierung des Energiemarktes nicht mehr wirt-

<sup>63</sup> EuGH, Urteil vom 21. 10. 2003 in den Rs. C-261/01 und C-262/01, Van Calster u. a., Slg. 2003, I-12249, Rn. 49; EuGH, Urt. vom 27. 11. 2003 in den Rs. C-34/01 bis C-38/01, Enirisorse, Slg. 2003, I-14243, Rn. 44. Zu dieser Ebenenverschiebung: M.-A. Mamut/L. Paterno, The Wienstrom-Judgment: Some Further Reflections on the Standstill Obligation, EStAL 2009, 343.

<sup>64</sup> GA Wathelet hat den Versuch unternommen, die Kriterien in einen systematischen Zusammenhang zu bringen (Schlussanträge, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000). Der EuGH folgt dem nicht und geht eher eklektizistisch vor (vgl. etwa EuGH, Urt. vom 19. 12. 2013, Rs. C-262/12, Vent de Colère: einerseits Verweis auf Fonds-Rechtsprechung [Rn. 25]; andererseits Verwendung des Kontrollkriteriums [Rn. 33]).

<sup>65</sup> Auch bei öffentlichen Einrichtungen und staatlicher Ordnung eines Zwangsbeitrags ist Art 107 AEUV nicht notwendig erfüllt (so ausdrücklich GA Wathelet, Schlussanträge, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 96).

<sup>66</sup> Schon diese Formulierung (aus GA Wathelet, Schlussanträge vom 31. 1. 2013, C-677/11, Rn. 34) lässt aufhorchen.

<sup>67</sup> EuGH, Urt. vom 17. 7. 2008, Rs. C-206/06, Essent, Slg. 2008, I-5497.

schaftlich betrieben werden konnten. Die vereinnahmten Beträge, die über diese Summe hinausgingen, waren an den Staat abzuführen. Der EuGH ging davon aus, dass die eingeforderten Mittel eine Abgabe im Sinne von Art. 110 und Art. 30 AEUV darstellten. Es seien damit »staatliche Mittel«, die über SEP an die begünstigten Unternehmen gereicht würden und als Beihilfe anzusehen seien.<sup>68</sup>

### (3) *Staatlichkeit durch Ergänzung um Haushaltsmittel*

Der EuGH-Rechtsprechung lässt sich ferner entnehmen, dass die in einem Umlagesystem fließenden Mittel als »staatlich« angesehen werden können, wenn sie (ganz oder auch nur teilweise) aus dem staatlichen Haushalt stammen. Offenkundig geht es um »staatliche Mittel«, wenn der Staat die Lasten der Erfüllung einer regulatorischen Pflicht umfassend trägt. Von staatlichen Mitteln ist aber auch dann zu sprechen, wenn die Umlagefinanzierung durch staatliche Mittel aus dem Haushalt ergänzt wird, ohne dass eine buchhalterisch getrennte Mittelführung vorgesehen ist. In diesem Fall können alle in dem System fließenden Mittel Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sein.<sup>69</sup>

In »Stardust Marine« legte der EuGH dabei einen sehr weiten Beihilfebegriff zugrunde. Er ging davon aus, dass ein nach Art. 107 Abs. 1 AEUV relevanter Vorteil nicht notwendig den tatsächlichen Fluss staatlicher Mittel voraussetzt. Es reicht danach aus, dass der Staat für die von der ankaufenden Institution getragenen Lasten nur potentiell (als Eigentümer oder aufgrund vertraglicher Regelungen) haftet. Gibt die Institution die Lasten im Markt an die Kunden weiter, realisiert sich zwar keine Belastung des staatlichen Haushalts. Gleichwohl kann in der Übernahme staatlicher Verantwortung eine Maßnahme liegen, die die in dem Mechanismus fließenden Mittel zu »staatlichen Mitteln« werden lässt.

### (4) *Staatlichkeit durch Kontrolle*

Im Zentrum der jüngeren Rechtsprechung zu Umlagesystemen steht das Kriterium hinreichender staatlicher Steuerung des Mittelflusses. Dieses Kriterium stellt nicht auf den Lauf des Mittelflusses selbst ab. Vielmehr werden die staatlichen Regeln, die den Fluss der Mittel steuern, in den Blick genommen und auf ihre Eigenarten untersucht. Hinter diesem Kontrollkriterium steht eine deutliche Ausweitung der Reichweite des Beihilferechts. Der EuGH nimmt die Rechtsprechung, die er zur Erfassung eines mittelbaren Subventionsflusses über eine vom Staat »zur Durchführung der Beihilferegelung errichtete oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen«<sup>70</sup> entwickelt hat, und wendet sie auf Mittelflüsse an, die von einem Privaten zu einem Privaten führen.

<sup>68</sup> Subsidiär wird in der Entscheidung auf ein weiteres Kriterium rekurriert: Mittel würden dadurch zu »staatlichen«, dass sie unter der Kontrolle des Staates flössen.

<sup>69</sup> So ausdrücklich GA *Wathelet*, Schlussanträge Rs. *Doux Élevage*, Rn. 55-56.

<sup>70</sup> EuGH, *Vent de Colère*, Rn. 20 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 22. 3. 1977, *Steinike und Weinlig*, 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 21, EuGH, *Slooman Neptun*, Rn. 19, sowie EuGH, *Doux Élevage und Coopérative agricole UKL-ARREE*, Rn. 26.

Dass der EuGH für die Identifizierung »staatlicher Mittel« auch auf ein »Kontrollkriterium« zurückgreift, ist an und für sich nichts Neues.<sup>71</sup> Die Anforderungen, die die staatliche Einflussnahme auf die Entscheidungen über den Mittelfluss und die Mittelverwendung haben muss, haben in den letzten Jahren allerdings klarere Konturen gewonnen. Inzwischen sind die folgenden Aspekte vom EuGH thematisiert worden.<sup>72</sup>

#### (a) Initiative der Einrichtung

Der EuGH geht davon aus, dass die Staatlichkeit von Mitteln umso eher anzunehmen ist, je mehr die Einrichtung des Umlagemechanismus auf eine staatliche Entscheidung (sei es des Gesetzgebers, sei es der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung) zurückzuführen ist. In Umlagesystemen, die auf die Initiative Privater zurückgehen, ist grundsätzlich kein Fluss »staatlicher Mittel« zu beobachten, auch wenn sie in einer öffentlich-rechtlich organisierten Berufsorganisation realisiert werden.<sup>73</sup>

#### (b) Zwecksetzung, Zugriffsmöglichkeiten und Nutzen

Für die Einordnung der Mittel kommt es ferner darauf an, ob der Staat auf die Mittelverteilung Einfluss nimmt oder die Träger des Mechanismus eigenverantwortlich und in Verfolgung eigener Zwecke entscheiden.<sup>74</sup> Gleiches gilt für die Frage, welche sonstigen Steuerungsmöglichkeiten die staatlichen Stellen haben.<sup>75</sup> In diesem Zusammenhang ist auch von Belang, ob staatliche Institutionen<sup>76</sup> auf die Mittel zugreifen können. Der EuGH stellte etwa mit Blick auf eine Branchenumlage jüngst fest: »Es steht fest, dass die nationalen Behörden auf die Mittel, die aus den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Beiträgen fließen, tatsächlich nicht zurückgreifen können, um bestimmte Unternehmen zu unterstützen. Die betreffende Branchenorganisation entscheidet über die Verwendung dieser Mittel, die ausschließlich den von ihr selbst

<sup>71</sup> EuGH, Urteil vom 16. 5. 2000 in der Rs. C-83/98 P, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50; EuGH, Stardust Marine, Rn. 37; EuGH, Rs. C-345/02, Pearle, Slg. 2004, I-7139, Rn. 36; EuGH, EuGH, Urt. vom 17. 7. 2008, Rs. C-206/06, Essent, Slg. 2008, I-5497, Rn. 72. Vgl. auch Schlussanträge von GA Mengozzi in der Rechtssache Essent Network Noord u. a., Rn. 109, und Schlussanträge von GA Kokott in der Rechtssache UTECA (Urteil vom 5. 3. 2009, C-222/07, Slg. 2009, I-1407, Rnn. 128 und 129).

<sup>72</sup> Das Kontrollkriterium, das bei der Prüfung der Staatlichkeit der Mittel angewandt wird, darf nicht mit dem Betrauungskriterium nach »Altmark« gleichgesetzt werden (vgl. S. Schlacke/J. Kröger, Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, 401 [407]).

<sup>73</sup> EuGH, Rs. C-345/02, Pearle, Slg. 2004, I-7139; EuGH, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 40.

<sup>74</sup> EuGH, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 30: EuGH kommt bei der »Prüfung der von einem Berufsverband seinen Mitgliedern zur Finanzierung einer Werbekampagne auferlegten Abgaben zu demselben Ergebnis und hat u. a. festgestellt, dass die Aufwendungen der öffentlichen Einrichtung für die Zwecke dieser Kampagne durch die bei den Unternehmen erhobenen Abgaben, die diesen zugutekamen, vollständig gedeckt wurden, so dass ihr Tätigwerden nicht die Schaffung eines Vorteils bezweckte.«

<sup>75</sup> Der Generalanwalt hebt heraus, dass von einer staatlichen Kontrolle gesprochen werden könnte, wenn der Staat die Berufsorganisation bei der Erhebung und Verwendung der Beiträge konkret (!) steuern könnte (EuGH, Rs. C-677/11, Doux Élevage, Slg. 2013, I-0000, Rn. 69).

<sup>76</sup> Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst eine Institution der unmittelbaren Staatsverwaltung ebenso wie eine Institution mittelbarer Verwaltung. Funktional äquivalent ist es auch, wenn sich der Staat einer privaten Institution bedient, die er über eine Aufsichts- oder Gesellschafterstellung kontrolliert und die ihrerseits wiederum den Umlagemechanismus gestaltend kontrolliert.

bestimmten Zielen gewidmet sind.«<sup>77</sup> Danach ist den Anforderungen des Kontrollkriteriums nicht entsprochen, wenn die dem Mechanismus zugrunde liegenden Regelungen<sup>78</sup> den Staat nicht in die Lage versetzen, die Zuweisung der Gelder zu lenken. Es bedarf jeweils der Klärung, ob die öffentlichen Stellen die mittelverwaltende Stelle als einen verlängerten Arm oder als ein Instrument zur Durchführung ihrer Politiken ansehen können.

Ebenfalls ist es nach Auffassung des EuGH von Bedeutung, ob der Umlagemechanismus gruppennützigen Zwecken dient oder zur Realisierung eines übergreifenden Gemeinwohlzwecks eingerichtet worden ist.<sup>79</sup>

Für die Anwendung des Kontrollkriteriums kommt es ferner darauf an, ob der Mechanismus Umverteilungswirkung nur innerhalb der Mitglieder einer geschlossenen Gruppe hat oder Mittel zwischen verschiedenen Gruppen verschiebt. Im erstgenannten Fall<sup>80</sup> ist prima facie vom Fehlen einer »Staatlichkeit« auszugehen. Demgegenüber gehen die Institutionen der europäischen Gerichtsbarkeit bei Mechanismen, die dem Zweck dienen, eine Gruppe zu Lasten einer anderen Gruppe zu fördern, eher von der Staatlichkeit aus.

Kein Erfordernis für das Vorliegen staatlicher Mittel ist es, dass die Mittel in das staatliche Eigentum gelangen oder Vermögen des Staates bilden.<sup>81</sup> Ebenfalls muss auch keine dauerhafte Kontrolle erlangt werden. Ebenso wenig verlangt die Rechtsprechung einen durchgehenden Mittelfluss von der Belastung der Endabnehmer zu der Begünstigung bestimmter Unternehmer. Maßgeblich kommt es auf eine wirtschaftliche Betrachtung an, die zu dem Ergebnis führen muss, dass der Staat die Weitergabe der aus der Ankaufsverpflichtung folgenden Belastung hinreichend steuert. Man wird dem nicht gerecht, wenn man versucht, zwischen den verschiedenen Teilabschnitten einer Lastenweitergabe künstliche oder formale Differenzen aufzuziehen.<sup>82</sup>

### (c) Ausgestaltung der Lastenweitergabe

Wenn in einem Mechanismus nach den vorstehenden Kriterien keine »staatlichen Mittel« fließen, kommt es nicht darauf an, ob der Mitgliedstaat die zunächst vertraglich begründete Pflicht zur Abgabenleistung durch Hoheitsakt auf Dritte erstreckt. Nach den Ausführungen des EuGH im Fall »Doux Élevage« spielt es keine Rolle, ob Dritte zwangsweise zur Beteiligung an einem nicht beihilferechtlich relevanten Umlagemechanismus verpflichtet werden.

Den umgekehrten Fall hatte der EuGH bislang nicht zu entscheiden. Hierum geht es bei den Regelungen des EEG 2012, das die EVU nicht dazu verpflichtet, die End-

---

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Slg. 2013, I-0000, Rn. 36.

<sup>78</sup> Regelmäßig wird es sich (mit Blick auf das Zurechnungskriterium) um Regelungen des staatlichen Rechts handeln.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Slg. 2013, I-0000, Rn. 66.

<sup>80</sup> GA *Wathelet* spricht von einem »geschlossenen System« (Schlussanträge, Rs. C-677/11, *Doux Élevage*, Slg. 2013, I-0000, Rn. 66).

<sup>81</sup> EuG, Urt. v. 12. 12. 1996, Rs. T-358/09 (*Air France/Kommission*), Slg. 1996, I-2109, Rnn. 63 bis 65.

<sup>82</sup> Zwischen der Rechtsprechung zum Beihilfecharakter von parafiskalischen Abgaben (vgl. etwa EuGH, Rs. C-175/02, *Pape*, Slg. 2005, I-127) und dem Beihilfecharakter von Umlagesystemen bestehen insofern Unterschiede.

kunden mit der Umlage zu belasten. Man wird davon ausgehen müssen, dass dieses Element für die Anwendung des Kontrollkriteriums keine entscheidende Bedeutung hat. Fließen durch einen Mechanismus – nach den oben entwickelten Kriterien – staatliche Mittel, bleibt es aber den Mechanismus tragenden Unternehmen frei, die Belastung weiterzugeben, dürfte dies an der Staatlichkeit nichts ändern.<sup>83</sup> Dies lässt sich mit einer Analogie zu »Doux Elevage« begründen. Im Lichte der beihilferechtlich gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung kommt es auch weniger auf den Weitergabenzwang als darauf an, ob faktisch eine Weitergabe zu beobachten ist. Ohne eine Marktanalyse lassen sich diesbezüglich keine gesicherten Aussagen treffen. In vielen Märkten werden die belasteten Unternehmen ohne weiteres in der Lage sein, die ihnen im Mechanismus auferlegte Belastung an die Endverbraucher weiterzugeben.<sup>84</sup>

### 3. Die begünstigenden Regelungen des EEG

Die vorstehend entwickelten Kriterien lassen sich nicht zu einem quasi-mathematisch anwendbaren Prüfungsmaßstab zusammenführen. Es bedarf vielmehr der einzelfallbezogenen Bewertung der konkreten Umstände des Sachverhalts.

Aus dieser Perspektive sprechen gewichtige Gründe für die Annahme, dass die im EEG-Umlagemechanismus fließenden Mittel als staatliche Mittel anzusehen sind. Dies legt nicht nur die gesetzliche Begründung des Mechanismus und die engmaschige gesetzliche Ausgestaltung nahe. Die Steuerungsintensität der gesetzlichen Vorgaben ist ungemein hoch. Die staatliche Kontrolle wird dadurch verstärkt, dass staatliche Behörden mit der Kontrolle der Berechtigung zur Inanspruchnahme einzelner Regelungen beauftragt sind. Es geht hier nicht um eine private Initiative der EVU, sondern um staatliche Politik zur Förderung eines bestimmten Unternehmenszweigs. Begünstigte und Belastete sind auch nicht gruppenidentisch. Die Vorgaben der gesetzlichen Regelung geben den EVU keinen wesentlichen Spielraum, eigene gestalterische Elemente zum Tragen zu bringen. Das EEG sieht eine abgesonderte Bewirtschaftung der Mittel vor und schützt so den Umlagemechanismus. Dass die Versorgungsnetzbetreiber nicht gesetzlich dazu verpflichtet sind, die Belastungen an die Endkunden weiterzugeben, steht nach dem Gesagten der Einordnung als Beihilfe nicht entgegen. Aufgrund der Marktstrukturen ist eine jedenfalls teilweise Überwälzung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 18. Dezember 2013 vorläufig davon ausgeht, dass die Begünstigung von EE-Produzenten durch die EEG-Förderung eine rechtfertigungsbedürftige Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Die Kommission trifft hier eine Festlegung, die sie aller Voraussicht nach auch in ihrer Endentscheidung nicht ändern

<sup>83</sup> Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. 10. 2010, NoYN 94/2010, UK Feed-in Tariff, Rn. 51, 68.

<sup>84</sup> Regelungen, die privaten Abnehmern einen Anspruch auf Weitergabe der Belastung an ihre Kunden geben, wurden von der Kommission in »Northern Ireland Electricity« (Entscheidung vom 27. 2. 2002, No. N 661/99) nicht als Beihilfe eingestuft. In der Entscheidung zum Österreichischen Ökostromgesetz (Entscheidung vom 8. 3. 2011, No. C 24/09) ging die Kommission dann von der Staatlichkeit der Mittel aus (Rn. 60-86).

wird. Mit den Einwänden Deutschlands setzt sich die Kommission in dem Eröffnungsbeschluss schon so ausführlich auseinander, dass eine rechtliche Neubewertung nicht zu erwarten ist.

### a) Produktionsförderung

#### aa) Vorliegen staatlicher Mittel

Im Zentrum der Ausführungen der Kommission zu Art. 107 Abs. 1 AEUV steht die Einordnung der vom EEG veranlassten Finanzströme als »staatliche Mittel«. Die Kommission deutet den EEG-Fördermechanismus als Finanzierungsinstrument, das von den Übertragungsnetzbetreibern unter strikter und enger Bindung an staatliches Recht und unter dauernder Kontrolle verwaltet wird. Die Kommission stützt sich diesbezüglich auf eine Analyse vor allem der dritten, vierten und fünften Stufe des Wälzungsmechanismus. Die Übertragungsnetzbetreiber werden als verwaltende Stellen angesehen, die weder Handlungs- noch Entscheidungsspielräume innehaben. Staatliches Recht steuere die Mittelaufbringung und -verwendung bis in Einzelheiten. Die Mittel seien auch – fondsartig – auf getrennten Konten zu führen. Der Mechanismus unterstehe der Kontrolle und Aufsicht der Bundesnetzagentur.

Für die Kommission stellt sich die EEG-Förderung damit als ein von der konkreten Stromlieferbeziehung entkoppeltes Finanzierungsinstrument dar. Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang explizit darauf, dass nach § 37 Abs. 6 EEG auch Verbraucher herangezogen werden, die von Dritten Strom beziehen. Es fällt in der Tat schwer, den Mechanismus der EEG-Umlage als Ausdruck einer bilateralen Leistungsbeziehung anzusehen, wenn er auch den Bezug von Strom von nichtbegünstigten ausländischen Produzenten umfasst.

Entgegen einer vereinzelt in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>85</sup> geht die Kommission zu Recht nicht davon aus, dass die Vorteile, die den Erzeugern von EE-Strom gewährt werden, nach den Prinzipien der »Altmark«-Rechtsprechung als bloße Gegenleistung für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag angesehen werden können. Die Regelungen des EEG über die Abnahme und Vergütung von EE-Strom genügen offenkundig und zweifelsfrei nicht den Anforderungen, die an einen Dienstleistungsauftrag im Sinne der »Altmark«-Entscheidung<sup>86</sup> zu richten sind.

Dies führt die Kommission zu der Schlussfolgerung, dass die Eigenheiten des Finanzierungsmechanismus der EEG-Regelungen den verwalteten Mitteln die Qualität »staatlicher Mittel« im Sinne von Art. 107 AEUV verleihe. Aufgrund dessen ist nicht nur die – in der öffentlichen Diskussion so bedeutsame – besondere Ausgleichsregelung nach §§ 40 ff. EEG Kontrollgegenstand, sondern das gesamte Fördersystem des EEG, insbesondere auch im Hinblick auf die Begünstigung von Produzenten von EE-Strom und von Strom aus Grubengas. Die anschließende Prüfung beschränkt die Kommission auf die Regelungen des EEG 2012. Damit sind Mittelflüsse unter dem EEG vor dem Inkrafttreten der Änderungen durch das EEG 2012 nicht Gegenstand

<sup>85</sup> R. Ismer/A. Karch, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht, ZUR 2013, 526 (530).

<sup>86</sup> EuGH, Rs. C-280/00 (Altmark Trans), Slg. 2003, I-7747.

des beihilferechtlichen Aufsichtsverfahrens. Die Befürchtung, dass die Kommission einen weit zurückreichenden Angriff auf das EEG-Fördersystem unternehmen könnte, ist damit hinfällig. Etwaige Rückforderungspflichten würden sich nur auf einen vergleichsweise kurzen Zeitraum erstrecken.

#### *bb) Rechtfertigung der Förderung*

Die Europäische Kommission lässt eine grundsätzliche Bereitschaft erkennen, der durch das EEG gewährten Produktionsförderung zu attestieren, nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV gerechtfertigt zu sein. Dies gilt sowohl für die Gewährung von Einspeisevergütungen oberhalb des Marktpreises als auch für die sonstigen privilegierenden Bestimmungen (Marktzprämie, Flexibilitätsprämie, Grünstromprivileg). Die Kommission rekurriert in diesem Zusammenhang auf Maßstäbe, die noch nicht vollständig ausgereift sind. Das Vorgehen ist tastend und vorsichtig. Die Leitlinien der EU für staatliche Umweltschutzbeihilfen aus dem Jahr 2008 (Environmental Aid Guidelines / EAG<sup>87</sup>) werden erwähnt. Aber auch die in der Beratung befindlichen künftigen Guidelines<sup>88</sup> werden angesprochen. Verlangt wird im Übrigen, dass sich die Förderung als verhältnismäßig erweist, dass also Überkompensationen vermieden werden. Die Kommission verlangt zur Vermeidung von Überkompensationen insbesondere eine beständige Überprüfung der Entwicklung der Produktionskosten von EE-Strom. Sie lässt erkennen, dass sie geneigt ist, die – politisch gesteuerte und eher unsystematische – sporadische Neufestsetzung von Vergütungssätzen im Zuge der Entwicklung des EEG-Systems als ausreichend anzusehen.<sup>89</sup>

Das vorsichtige Vorgehen der Kommission eröffnet den Mitgliedstaaten insofern ein weit gespanntes Handlungsfeld. Die grundsätzliche Entscheidung, in den Markt für Stromerzeugung einzugreifen, Marktstrukturen politischen Zielen zu unterwerfen und so bestimmte Produzenten gegenüber anderen zu bevorzugen, wird anerkannt. Keine Bedeutung misst die Kommission der Relation von Produktionskosten und Strompreis zu; sie begreift das EU-Beihilferecht nicht als Instrument zur Effizienzbewertung mitgliedstaatlicher Entscheidungen.

#### **b) »Besondere Ausgleichsregelung«**

##### *aa) Die Befreiung als Förderung durch »staatliche Mittel«*

Rechtliche Bedenken äußert die Kommission demgegenüber hinsichtlich der Befreiung besonders verbrauchsintensiver Unternehmen nach §§ 40-44 EEG. Sie deutet die Befreiung von den Lasten einer Umlage als eine eigenständige Beihilferegelung. Die Regelungen des EEG würden den begünstigten Unternehmen einen finanziellen Vorteil zukommen lassen, der seine Quelle im Verzicht auf die Erhebung »staatlicher Mittel« habe. Die Kommissionsentscheidung impliziert eine Gleichbe-

<sup>87</sup> Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008 C 82/1.

<sup>88</sup> Vgl. nunmehr: Communication from the Commission, Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy 2014-2020, C(2014) 2322 vom 9. 4. 2014.

<sup>89</sup> Diese Feststellung trifft die Kommission im Übrigen auch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des EEG 2012. Dies macht es mehr als unwahrscheinlich, dass die Kommission die zuvor gewährten Einspeisevergütungen künftig als unzulässige Beihilfe ansehen könnte.

handlungspflicht: Ein Mitgliedstaat, der die Last der Finanzierung besonderer EE-Erzeugungskosten den Stromverbrauchern zuweist, darf keine Privilegien gewähren. Die beihilferechtlich maßgebliche Perspektive ist dabei nicht die Rechtsstellung von Unternehmen im internationalen Wettbewerb, sondern die von einem Mitgliedstaat herbeigeführte (allgemeine) Belastungssituation der Stromverbraucher. Die Belastung mit der EEG-Umlage ist ein Standortfaktor, dessen Einführung *prima facie* nicht differenzierend und selektiv erfolgen darf. Aus Sicht des Beihilferechts lässt sich das Vorgehen des EE-Gesetzgebers damit nicht als wettbewerbsneutraler »Verzicht auf eine Schlechterstellung« deuten. Einen Dienstleistungsauftrag, als dessen Vergütung die Befreiung angesehen werden könnte, erbringen verbrauchsintensive Unternehmen offenkundig nicht.

*bb) Bislang kein Nachweis des Nichtvorliegens einer Überkompensation*

In der vorläufigen Entscheidung weist die Kommission darauf hin, dass die Bundesrepublik Deutschland bislang nicht den – von ihr zu erbringenden – Nachweis geliefert habe, dass die Privilegierung sachlich gerechtfertigt ist.<sup>90</sup> Sie macht einerseits geltend, dass die Freistellung nicht der Förderung eines Vorhabens von gemeinsamem europäischen Interesse (Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV) diene. Weder handele es sich dabei um ein hinreichend konkret umrissenes Projekt, noch sei ein gemeinsames europäisches Interesse zu erkennen. Eine Förderung nationaler Industrien liegt nicht ohne weiteres im EU-Interesse. Sähe man dies anders, wäre in der Tat dem Protektionismus Tür und Tor geöffnet. Die Kommission weist zudem darauf hin, dass die Befreiung keinen Anreiz zum Ausbau der Erzeugung erneuerbarer Energie erzeuge (Kohärenzargument).

Auch den Nachweis einer Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV hält die Kommission nicht für erbracht. Die Leitlinien der Kommission über staatliche Umweltschutzbeihilfen 2008<sup>91</sup> seien für die Befreiung von einer Umlage nicht einschlägig; auch eine Umweltsteuer liege nicht vor. Dies schließt nach Auffassung der Kommission eine Rechtfertigung allerdings nicht aus. Die Kommission wendet auch hier den Verhältnismäßigkeitsmaßstab an, verbunden mit der Anforderung, dass es nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten komme. Sie erklärt das Ziel, durch eine Befreiungsregelung Unternehmen von der Abwanderung in Drittstaaten mit niedrigeren Umweltschutzstandards abzuhalten, nicht per se für unionsrechtlich unstatthaft. Sie orientiert sich damit an einer Position, die sich auch in ihrem Konsultationspapier vom 11. März 2013 über die Neufassung der Leitlinien für Umwelt und Energiebeihilfen 2014–2020<sup>92</sup> findet. Dort weist die Kommission zwar

---

<sup>90</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich im Vorfeld der Eröffnungsentscheidung damit begnügt, darzulegen, dass die EEG-Regelungen nicht als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen seien. Sie hatte in diesem Verfahrensabschnitt nicht den Versuch unternommen, eine umfassende beihilferechtliche Rechtfertigung der besonderen Ausgleichsregelung zu versuchen.

<sup>91</sup> Europäische Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008 C 82/1.

<sup>92</sup> Europäische Kommission, Environmental and Energy Aid Guidelines 2014 - 2020, Consultation Paper vom 11. März 2013, [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/environmental\\_aid\\_issues\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/environmental_aid_issues_paper_en.pdf).

auf das große Potential von »competitiveness aid« hin, den Wettbewerb zu stören, ohne Förderung eines nachhaltigen Wachstums zu verpuffen und die effektive Nutzung von Ressourcen zu behindern.<sup>93</sup> Auch auf das Prinzip der Gleichbehandlung und das Ziel, Subventionswettläufe zu verhindern, wird hingewiesen.<sup>94</sup> Sie zeigt sich dort aber auch bereit, über Maßstäbe nachzudenken, mit denen die Wettbewerbsrelevanz von Standortfaktoren gemessen werden kann, etwa durch Bestimmung der Fähigkeit von Unternehmen zur Weitergabe der damit verbundenen Kosten.

In der Entscheidung vom 18. Dezember 2013 kommt die Kommission diesbezüglich noch nicht zu einem abschließenden Ergebnis. Ein Mitgliedstaat dürfe dieses Ziel jedenfalls nur mit Regelungen verfolgen, die nicht die Gefahr in sich trügen, dass sich die Mitgliedstaaten zur Erhöhung der Standortattraktivität gegenseitig »unterbieten«. Zudem müsste die Befreiung so ausgestaltet sein, dass sie die größtmögliche Effizienz in Bezug auf die Förderung erneuerbarer Energien besitze.

Zweifel äußert die Kommission ferner an der Verhältnismäßigkeit. Sie weist darauf hin, dass es im Interesse der Mitgliedstaaten – nicht aber im Unionsinteresse – liege, standortbezogene Lasten für die ansässigen Unternehmen zu beseitigen.<sup>95</sup> Die Ausführungen der Kommission zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Ausgleichsregelung lassen bereits erkennen, welchen Anforderungen eine Neuregelung von §§ 40 ff. EEG zu entsprechen hätte, wenn die bisherige Regelung mit Art. 107 AEUV unvereinbar wäre. Die Kommission fordert die Bundesrepublik Deutschland auf, durch Vorlage sektorbezogener Beschreibungen der betroffenen Märkte (einschließlich der Darstellung der Wettbewerbs- und Preisfaktoren) nachzuweisen, dass die Befreiung wirklich angemessen ist und keine sachlich ungerechtfertigte Privilegierung beinhaltet.<sup>96</sup> Sie mahnt in diesem Zusammenhang auch an, aufzuzeigen, welchen Anteil die EEG-Umlage an der Bruttowertschöpfung ausmachen würde, wenn sie in voller Höhe bezahlt werden müsste. Verlangt werden auch Ausführungen zum Grad der Wettbewerbsintensität in betroffenen Sektoren, aus denen sich Erkenntnisse darüber gewinnen lassen, ob und wie Belastungen aus der Förderung erneuerbarer Energien an die Kunden weitergegeben werden können. Die Erforderlichkeit der Maßnahme hängt nach Auffassung der Kommission auch davon ab, ob nicht auch eine geringere Befreiung den Schutz vor Abwanderung gewährleisten würde.

Die Ausführungen der Kommission lassen erkennen, dass es der Bundesrepublik Deutschland schwer fallen wird, die Verhältnismäßigkeit der konkreten Ausgestaltung der besonderen Ausgleichsregelung nach §§ 40 ff. EEG zu rechtfertigen. Wenn diese Einschätzung zutrifft, dann wird es zu einer Neuregelung kommen müssen, in deren Rahmen die konkrete Wettbewerbssituation einzelner Branchen ermittelt und differenzierte Lösungen gefunden werden müssen. Die Faktoren Stromverbrauch und

<sup>93</sup> Europäische Kommission (oben Fn. 21), Rn. 68.

<sup>94</sup> Europäische Kommission (oben Fn. 21), Rn. 69.

<sup>95</sup> Es liegt in der Freiheit und in der politischen Verantwortung eines Mitgliedstaats, standortbezogene Lasten zu begründen. Deren Aufhebung (für eine Teilgruppe der Betroffenen) kann konsequenterweise auch nicht im Unionsinteresse sein.

<sup>96</sup> Die Erwartung eines derartigen Nachweises findet sich auch in: Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008 C 82/1, Rnn. 151 ff.

Bezugsdauer werden dann um weitere Faktoren zu ergänzen sein. Man könnte sich eine Regelung vorstellen, die sich an die Bestimmungen der ETS-Richtlinie über die Wettbewerbsintensität einzelner Sektoren oder Teilspektoren anlehnt (Art. 10 ETS-Richtlinie). Das gegenwärtige Regelungssystem ist insofern normativ zu offen angelegt.

Insofern ist als Fazit festzuhalten: Der Bundesrepublik Deutschland ist es durchaus gestattet, in die Regelung des EEG das (heteronome) Ziel der Verhinderung der Abwanderung von Industrie einzubauen. Die Kommission verlangt in diesem Kontext allerdings den Nachweis konkreter und verhältnismäßiger Ziel-Mittel-Relationen.

#### 4. Exkurs: Befreiung von den Netzentgelten

Die Entscheidung der Kommission vom 18. Dezember 2013 schreibt einen Standpunkt fort, den die Kommission schon in ihrer Entscheidung vom 6. März 2013 über die Einleitung eines Verfahrens zur Überprüfung der Netzentgeltbefreiung verbrauchsintensiver Unternehmen nach § 19 StromNEV eingenommen hatte.<sup>97</sup> Die Gegenüberstellung der beiden Entscheidungen macht nicht nur deutlich, dass sich der Standpunkt der Kommission inzwischen verfestigt hat. Sie weckt zudem die Erwartung, dass die Kommission die nach § 19 Abs. 2 S. 2 ff. StromNEV a.F. vorgesehene vollständige Befreiung von verbrauchsintensiven Unternehmen auch in ihrer Hauptsachenentscheidung als unzulässige Beihilfe einordnen wird.

Im Lichte der EuGH-Entscheidungen »Essent« und »Vent de Colère« bewegt sich die Kommission auf gefestigtem Grund, wenn sie davon ausgeht, dass den Unternehmen durch die Befreiung ein finanzieller Vorteil gewährt wird (»entgangene Erlöse«), der aus »staatlichen Mitteln« im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV gespeist wird. Der Mechanismus der Weitergabe der Belastung an die übrigen Stromverbraucher nach § 19 Abs. 2 StromNEV ist von staatlicher Seite so ausgestaltet, dass eigenständige Entscheidungsspielräume und unternehmerische Wahlfreiheiten nicht existieren. Die Weitergabe der Belastung über die Übertragungsnetzbetreiber und die Verteilungsnetzbetreiber auf die Verbraucher wird zudem verwaltungstechnisch von der BNetzA unmittelbar gesteuert und kontrolliert.<sup>98</sup>

Mit Blick auf eine mögliche Rechtfertigung bestehen für die bis Ende 2013 geltende Regelung des § 19 Abs. 2 S. 2 ff. StromNEV a.F. jene Bedenken, die die Kommission auch in der Entscheidung vom 18. Dezember 2013 geäußert hat. In dieser Regelung werden keine Ziel-Mittel-Relationen abgebildet, die das ergriffene Mittel eines konkreten Nachweises der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit unterwirft. Vielmehr verfolgt der Normgeber das – als solches legitime – Ziel einer Förderung der Netzstabilität mit einer Pauschallösung, die weder abstrakt noch mit Blick auf die konkret Begünstigten zu erkennen gibt, dass die Befreiung für die Sicherung der Netzstabilität überhaupt erforderlich ist. Zwar stellt es einen Beitrag zur Förderung der

<sup>97</sup> Europäische Kommission, Bekanntmachung v. 6. 3. 2013 – SA. 34045, ABl. 2013 C 128/42.

<sup>98</sup> Vgl. § 19 Abs. 2 S. 12 ff. StromNEV, § 9 KWKG-Gesetz.

netzstabilisierenden Wirkung verbrauchsintensiver Netznutzer dar, wenn diese von Umlagen befreit werden und so Strom zu einem Preis beziehen können, der unter dem an und für sich zu zahlenden Preis liegt. Unmittelbar wird so ein Anreiz gesetzt, auf Verbrauchsreduktionen zu verzichten. Mittelbar geht es um die Verhinderung von Abwanderungstendenzen. Ohne eine konkrete Untersuchung von Ziel-Mittel-Relationen wird die pauschale Berufung auf das Ziel der Sicherung der Netzstabilität der Kommission aber nicht genügen. Es bedürfte der konkreten und spezifischen Darlegung, inwieweit das Nutzungs- und Investitionsverhalten eines konkreten Unternehmens die erwartete und durch die Vergünstigung prämierte stabilisierende Wirkung hat. Zur Darlegung der Erforderlichkeit bedürfte es des Nachweises, dass die gleiche Stabilisierungswirkung nicht durch mildere Mittel (Teilbefreiung bzw. Stabilisierung des Nutzungsverhaltens von Stromverbrauchern durch andere Maßnahmen) erreicht werden könnte. Schließlich bedarf es der Darlegung, dass sich die Befreiung auf den innerunionalen Wettbewerb nicht so schädigend auswirkt, dass daran die Angemessenheit der Maßnahme scheitert.

Die seit 1. Januar 2014 geltende Neuregelung von § 19 Abs. 2 StromNEV<sup>99</sup> sieht nunmehr vor, dass die »Bemessung des nach den Sätzen 2 und 3 gebildeten individuellen Netzentgeltes (...) den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die der Letztverbraucher angeschlossen ist, wider zu spiegeln« hat. Im Übrigen legt der Normgeber gestufte Mindestsätze für das von einem Großverbraucher zu erhebende Netzentgelt fest (§ 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV). Damit stellt die Neuregelung nunmehr die vom Unionsrechts verlangte konkrete Ziel-Mittel-Relation her. Auf normgeberischer Ebene sind die Bedenken der EU-Kommission damit meiner Einschätzung zufolge behoben. Offenkundig bedarf es einer Anwendung der Regelung des § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV, die verhindert, dass es zu Überkompensationen kommt.

### III. Rechtswirkungen einer Kommissionsentscheidung

Die Kommission nimmt in der Entscheidung vom 18. Dezember 2013 die Position ein, dass es sich bei der EEG-Förderung und der Befreiung nach den §§ 40 ff. EEG um notifizierungspflichtige Maßnahmen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handele. Sie verzichtet darauf, gegenüber der Bundesrepublik Deutschland anzuordnen, dass die Gewährung der Beihilfe bis zum Abschluss des Prüfungsverfahrens eingestellt oder gewährte Beträge zurückgefordert werden. Die einschränkenden Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 der beihilferechtlichen Verfahrensverordnung liegen eindeutig nicht

---

<sup>99</sup> Die von der Kommission angegriffene Fassung von § 19 Abs. 2 StromNEV sah eine grundsätzliche Befreiung von Unternehmen ab einer bestimmten Nutzungsintensität vor (§ 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in der Fassung des G v. 26. 7. 2011 [BGBl. I S. 1554]). Mit Wirkung vom 22.8.2013 wurde eine Staffelung der Netzentgelte nach Benutzungstundenzahl vorgenommen (VO v. 14. 8. 2013 (BGBl. I S. 3250)). Mit Wirkung vom 1. 1. 2014 wurde Satz 4 eingefügt.

vor.<sup>100</sup> Aufgrund dieses Verzichts ist die Bundesrepublik Deutschland unionsrechtlich befugt, die Beihilfe weiterhin zu gewähren.<sup>101</sup>

#### IV. Rechtsschutz

Die Entscheidung der Kommission, ein Prüfverfahren einzuleiten, bewirkt keine Beschwerde der vom EEG begünstigten Unternehmen. Sie können daher gegen diese Entscheidung nicht nach Art. 263 Abs. 4 AEUV klagen. Auch Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten wird ihnen nicht gewährt werden. Würde die Bundesrepublik Deutschland die Entscheidung zum Anlass nehmen, Regelungen des EEG (vorsorglich) abzuändern, hinge die Zulässigkeit eines gerichtlichen Vorgehens davon ab, inwieweit ein subjektiver Anspruch auf das Fortbestehen der Begünstigung besteht. Die (auch vorsorgliche) Zurückforderung von bereits geleisteten Subventionen kann gerichtlich angegriffen werden.

Nach ständiger Rechtsprechung der Europäischen Gerichtsbarkeit kommt dem Gebot, vor der Notifikation nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eine Beihilfe nicht zu gewähren, drittbeschützende Qualität zu. Der Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV kann damit von Konkurrenten der durch die EEG-Umlage begünstigten Unternehmen sowie von Konkurrenten der von der EEG-Umlage befreiten Unternehmen vor nationalen Gerichten gerügt werden. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, zur Sicherung der Effektivität des EU-Rechts Maßnahmen zu ergreifen, mit denen den Folgen dieses Verstoßes entgegengewirkt wird.<sup>102</sup> Ein mit einem Antrag auf Unterlassung der Durchführung einer nicht notifizierten Vergünstigung oder mit einem Antrag auf Anordnung der Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen befasstes nationales Gericht muss danach alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen EU-Beihilferecht zu ziehen. Entsprechende Anforderungen treffen eine Verwaltungsbehörde von Amts wegen.

Hierzu sind die staatlichen Gerichte befugt und verpflichtet, zu prüfen, ob eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt.<sup>103</sup> Sie dürfen sich allerdings nicht über eine bereits ergangene Kommissionsentscheidung hinwegsetzen. Im Zweifelsfall können sie von der Kommission eine Stellungnahme einfordern. Jüngst hat der EuGH nochmals betont, dass sich nationale Gerichte nach der Eröffnung eines Bei-

---

<sup>100</sup> Artikel 11 Absatz 2 der Verfahrensverordnung (Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 88 des EG-Vertrags, Abl. 1999 L 83/1, zuletzt geändert durch VO (EU) 517/2013, Abl. 2013 L 158/1) verlangt, dass keinerlei Zweifel am Beihilfecharakter der betreffenden Maßnahme bestehen dürfen, ein Tätigwerden dringend geboten und ein erheblicher und nicht wieder gutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten sein muss.

<sup>101</sup> Anders *Chbr. Palme* (oben Fn. 26), NVwZ 2014, 559.

<sup>102</sup> EuGH, Urt. vom 5. 10. 2006, Rs. C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich, Slg. 2006, I-9957, Rnn. 38 und 44; EuGH, Urt. vom 21. 10. 2003, verbundene Rs. C-261/01 und C-262/01, Van Calster und Cleeren, Slg. 2003, I-12249, Rn. 75; EuGH, Urt. vom 17. 6. 1999, Rs. C- 295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 11. 7. 1996, Rs. C-39/94, SFEI u. a., Slg. 1996, I- 3547, Rn. 49.

<sup>103</sup> Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte (2009/C 85/01), Abl. 2009 C 85/1.

hilfverfahrens der Kommission an den Aussagen der Eröffnungsentscheidung der Kommission orientieren müssen.<sup>104</sup> In einer Situation, in der die Kommission die beihilferechtliche Zulässigkeit der angegriffenen Maßnahme in der Eröffnungsentscheidung schon ausführlich bewertet hat, kann dies zur Folge haben, dass das nationale Gericht zur Anordnung der Aussetzung der Durchführung der fraglichen Beihilfemaßnahme verpflichtet ist und dem Vergünstigungsgeber aufgeben muss, bereits gezahlte Beträge zurückzufordern. Fehlt es dagegen an einer derartig eindeutigen Stellungnahme der Kommission,<sup>105</sup> verfügt das staatliche Gericht über weitergehende Entscheidungsspielräume.

Der Entscheidung der Kommission vom 18. Dezember 2013 lässt sich – insbesondere mit Blick auf Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV – noch keine so eindeutige Aussage zur Rechtskonformität der Umlagebefreiung entnehmen, dass hieraus eine Pflicht nationaler Gerichte folgen könnte, in einem Konkurrentenschutzverfahren die Pflicht zur Rückforderung der gewährten Begünstigungen anzuordnen. Das staatliche Gericht kann sich auf die Position stellen, dass ein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission ohne Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit und der Effizienz des EU-Rechts sowie der Garantie der Rechte Dritter statthaft sei.<sup>106</sup>

## V. Fazit

Es ist vielfach betont worden, dass das unkoordinierte Nebeneinander mitgliedstaatlicher EE-Förderungsmechanismen eine Situation hat entstehen lassen, die weder ökonomisch effizient noch politisch verträglich ist. Den Maximen politischer Klugheit würde es in dieser Situation entsprechen, zunächst einen europäischen Ordnungsrahmen für eine gesamteuropäische Energiepolitik zu definieren. Dies würde nicht nur die Festlegung der Ziele umfassen, sondern auch die Festsetzung, dass den Mitgliedstaaten die Verfolgung komplementärer oder gar kollidierender Zielsetzungen untersagt ist. Der Ordnungsrahmen hätte – aufbauend auf die Regelungen des Binnenmarktes und des ETS-Systems – sicherzustellen, dass die Förderung bestimmter Technologien nicht den Preismechanismus auf dem Binnenmarkt zerstört; sie könnte sich zudem darum bemühen, möglichst effiziente Regelungsansätze (sei es über die Preissteuerung, sei es über die Mengensteuerung) vorzugeben. Den nationalen Gesetzgebern obläge es dann, Wege zu definieren, wie die gegenwärtig nicht abgestimmten nationalen Ansätze in diesen Rahmen überführt und auf ihn abgestellt werden. Dies setzte zunächst die Justierung eines europäischen energiepolitischen Zielkanons fest,

---

<sup>104</sup> EuGH, Urt. vom 21. 11. 2013, Rs. C-284/12, Lufthansa, Slg. 2013, I-0000.

<sup>105</sup> Der BGH geht davon aus, dass eine Kommissionsentscheidung, die vor dem EuG angegriffen wird, keine Bindungswirkung entfalte (BGH, Beschl. v. 13. 9. 2012, NVwZ-RR 2012, 960).

<sup>106</sup> Steht fest, dass eine rechtswidrige Beihilfe gewährt wurde, kann ein mitgliedstaatliches Gericht von der Anordnung der Rückforderung nur in Ausnahmefällen absehen (EuGH, Urt. vom 11. 7. 1996, Rs. C-39/94, SFEI u. a., Slg. 1996, I- 3547, Rnn. 70 und 71; EuGH, Urt. vom 24. 11. 1997, Rs. 223/85, RSV/Kommission, Slg. 1987, 4617, Rn. 17; EuGH, Urt. vom 20. 9. 1990, Rs. C-5/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1990, I-3437, Rn. 16).

sodann die Festlegung verbindlicher Pfade. Die dann entstehende (europäische) ordnungspolitische Rahmgebung würde der gegenwärtig zu beobachtenden Prozesspolitik ad hoc Grenzen ziehen und Verhaltenssicherheit erzeugen. Sie würde einen Zustand beenden, in dem immer neue Interventionen ad hoc erfolgen und ein Eingriff den nächsten nach sich zieht. Die Entscheidung, einen solchen Weg zu beschreiten, ist aber Sache politischer Verhandlung und nicht Gegenstand rechtlichen Zwangs.

Solange dies nicht geschieht, haben die Mitgliedstaaten der EU – so belegt es das vorstehend skizzierte Bild – beim politisch-ökologisch betriebenen Umbau eines Wirtschaftssektors einen weiten Gestaltungsspielraum. Das EU-Recht erlaubt weitgehende Eingriffe in die Wettbewerbsstellung der Produzenten von Strom – sei es nun in Form von Zwangsmaßnahmen wie der Aufhebung einer Betriebsgenehmigung, sei es in Form von finanziellen Anreizen. Das EU-Recht versagt den Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich das Recht, einzelnen Produzenten gegenüber anderen den Vorrang zu geben. Ebenso wenig macht das EU-Recht den Mitgliedstaaten grundsätzliche Vorgaben, wie sie die Finanzierung der durch diese Eingriffe entstehenden Lasten bewerkstelligen wollen. Das EU-Recht zwingt nicht zu effizientem Vorgehen; und das EU-Recht kümmert sich auch nicht grundsätzlich um die Verteilungsgerechtigkeit bei der Zuweisung der mit der Finanzierung verbundenen Lasten.

Es mag der Weite dieser Freiräume geschuldet sein, dass es den Mitgliedstaaten schwer zu fallen scheint, die wenigen bestehenden Bindungen anzuerkennen. Besonders augenfällig ist dies in *prozeduraler Hinsicht*: Es scheint, als ob der nationale Alleingang als normativer Standard angesehen wird. Das Denken in prozeduralen Kategorien ist weiterhin deutlich unterentwickelt, die Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV bislang nicht wirklich verinnerlicht. Dies wiegt in einem Handlungsfeld, in dem sich die Handlungsfolgen über Netzstrukturen unmittelbar auf Dritte auswirken, schwer. Inzwischen sind Folgen eingetreten, die dazu geführt haben, dass in den Medien von einem »Stromkrieg« die Rede ist. Noch immer wird die Verantwortlichkeit der EU für die Energiepolitik, die nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags in Art. 194 AEUV niedergelegt ist, in der Formulierung praktischer Politik zu wenig berücksichtigt.

Auch das Eingeständnis, dass die Mitgliedstaaten bei der grundlegenden Umgestaltung eines Wirtschaftssektors jedenfalls gewisse *materielle Bindungen* zu beachten haben, scheint schwer zu fallen. Es wiederholt sich eine Diskussion, die auch in anderen Bereichen mitgliedstaatlicher Wirtschaftsregulierung (etwa bei der Einrichtung und Finanzierung öffentlicher Dienstleistungsaufträge (»Daseinsvorsorge«)<sup>107</sup>) zu beobachten war. Kritischen Anfragen der EU werden *a limine* mit dem Verweis auf mitgliedstaatliche Souveränitätsansprüche abgeblockt. Auf den Versuch der EU, unverhältnismäßige und überkompensierende Privilegien zu verhindern, reagiert man nicht mit sachlich-inhaltlichen Argumenten, sondern mit dem pauschalen Verweis auf Regelungsabsichten und politische Ziele.

---

<sup>107</sup> R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002.

Erst langsam setzt sich auch im Energiebereich die Einsicht durch, dass die Bindungen gerade des Beihilfeaufsichtsrechts einen rationalisierenden Effekt haben, von dem letztlich auch die deutsche Industrie profitiert. Gerade deutschen Unternehmen wäre nicht damit gedient, wenn die EU auf beihilferechtliche Disziplin verzichten, Subventionierungswettläufe hinnehmen und Wettbewerbsbeeinträchtigungen dulden würde. Die Vorstellung, Umlagesysteme im Umfang zweistelliger Milliardenbeträge seien ohne Weiteres bloße Preismechanismen und die von ihnen bezweckte Steuerung der Marktentwicklung beihilferechtlich irrelevant, beruht auf einem an Kategorien des staatlichen Finanzverfassungsrechts orientierten Verständnis, das die langjährige Entwicklung des EU-Rechts nicht hinreichend wiedergibt. Eine strikte Anwendung des Beihilferechts liegt nicht zuletzt auch im Interesse des deutschen Steuerzahlers, wie sich in der Folge der Euro-Krise und der entstandenen Haftungsmechanismen zeigt.

Die Ausführungen der Kommission in der Entscheidung vom 18. Dezember 2013 machen deutlich, dass die Kommission den Mitgliedstaaten einen weitgehenden Spielraum bei der Sicherung der Verhältnismäßigkeit der Förderung einräumen will. Bedenken formuliert die Kommission dort, wo es um die Entlastung von Unternehmen aus Wettbewerbsgründen geht. Hier werden konkrete Darlegungen verlangt. Die Kommission bewegt sich insofern ganz im allgemeinen System des EU-Rechts und verlangt den Mitgliedstaaten nichts Unmögliches ab. Ein Mitgliedstaat, der behauptet, dass eine Entlastung aus Wettbewerbsbegründungen notwendig sei, und zugleich geltend macht, dass dies konkret nicht dargelegt werden könne, sollte seine Position überprüfen. Für einen langjährigen Beobachter der Integrationsentwicklung muss es verwunderlich sein, wie die Mitgliedstaaten in einem Kernbereich des Binnenmarktes weiterhin die Freiheit zum unkontrollierten Alleingang beanspruchen und sich den rationalisierenden Darlegungsanforderungen des EU-Beihilferechts zu entziehen versuchen.

So sehr der Kommission im grundsätzlichen Ansatz zuzustimmen ist, so sehr ist aber auch zu betonen, dass sie eine »politische Lieferpflicht« trifft. Viel zu lange hat sie – ungeachtet der nunmehr vieljährigen Diskussion – gezögert, allgemeine Grundsätze festzulegen, nach denen sich bestimmt, ob und wie die Mitgliedstaaten erneuerbare Energien fördern und die damit verbundenen Lasten verteilen können. Der dadurch entstandene Zustand war politisch unhaltbar und verletzte den Anspruch der Unternehmen auf Rechts- und Orientierungssicherheit.<sup>108</sup> Inzwischen hat die Kommission gehandelt. Man wird sehen müssen, ob sich die neuen Maßgaben der Kommission als praktikabel erweisen und zur angemessenen Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen mitgliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit und unionalem Interesse an der Bekämpfung ungerechtfertigter Privilegierungen beitragen werden.

---

<sup>108</sup> Die Kommission hat die angekündigten Beihilfeleitlinien für Umweltschutz und Energie inzwischen veröffentlicht (oben Fn. 88). Dort wird die Hinwendung zu Anreizmechanismen und wettbewerblichen Systemen gefordert. Dies würde eine Entpolitisierung des Entscheidungsprozesses und einen Rückzug der bislang doch sehr sichtbaren steuernden Hand des Staates bewirken, die ordnungswirtschaftlich sicherlich nicht verfehlt ist.