

Stiftung

Umweltenergierecht

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Energie

Rechtliche Einordnung des Beschlusses (EU) 2015/658 der EU-Kommission über die staatliche Beihilfe zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C

erstellt von

Thorsten Müller
Dr. Markus Kahles

Stiftung Umweltenergierecht
Ludwigstraße 22
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail mueller@stiftung-umweltenergierecht.de
kahles@stiftung-umweltenergierecht.de
Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Würzburg, 15.06.2015

Inhaltsverzeichnis

A. Der zugrundeliegende Sachverhalt: Beihilferechtliche Einordnung von drei Maßnahmen der britischen Regierung	1
I. Förderung während des Kraftwerksbetriebs mittels Contract for Difference (CfD)	1
II. Garantien der Regierung zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit	3
III. Versteinerung der Förderbedingungen mittels eines Secretary of State Agreement ...	3
B. Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV	3
I. Vorliegen eines Vorteils	4
II. Staatliche Mittel und staatliche Zurechenbarkeit	4
III. Ergebnis: Beihilfetatbestand erfüllt	5
C. Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV ...	5
I. Fehlerhafte Einordnung der CfD als Quasi-Investitionsbeihilfe führt zu Ungleichbehandlung mit erneuerbaren Energien	6
II. Vereinbarkeit mit der bestehenden Marktordnung	8
III. Ziel von gemeinsamem Interesse	9
1. Relevanz des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV für die beihilferechtliche Prüfung?	10
2. Förderung der Kernkraft als Ziel von gemeinsamem Interesse?	11
3. Beitrag zur langfristigen Versorgungssicherheit	12
IV. Marktversagen und Notwendigkeit staatlicher Eingriffe	12
V. Angemessenheit und Anreizeffekt	15
1. Geeignetheit	15
a. Offene oder zumindest technologiespezifische Ausschreibung als Alternative?	16
b. Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Alternative?	17
2. Anreizeffekt	17
VI. Verhältnismäßigkeit	18
VII. Potentielle Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	20
D. Zusammenfassung möglicher Ermessensfehler und Durchsetzbarkeit im Rahmen einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH	22

A. Der zugrundeliegende Sachverhalt: Beihilferechtliche Einordnung von drei Maßnahmen der britischen Regierung

Das Beihilfeverfahren betrifft staatliche Unterstützungsleistungen des Vereinigten Königreichs zugunsten des zukünftigen Betreibers des geplanten Kernkraftwerks *Hinkley Point C*. Diese wurden seitens des Vereinigten Königreichs am 22.10.2013 bei der Kommission angemeldet. Am 18.12.2013 leitete die Kommission ein förmliches Prüfverfahren ein¹. Am 08.10.2014 erließ die Kommission einen Beschluss, in dem sie Beihilfen zugunsten von *Hinkley Point C* für vereinbar mit dem Binnenmarkt erklärte². Dieser Beschluss wurde am 28.04.2015 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

Das begünstigte Unternehmen *NNB Generation Company Limited* (NNBG) profitiert von insgesamt drei verschiedenen Maßnahmen, die im Folgenden komprimiert dargestellt werden sollen³.

I. Förderung während des Kraftwerksbetriebs mittels Contract for Difference (CfD)

Während des Betriebs des Kernkraftwerks soll die NNBG Differenzzahlungen aus einem sog. privatrechtlichen *Contract for Difference* (CfD) erhalten, der mit der CfD-Vertragspartei *Low Carbon Contracts Company* (LCCC), einem Unternehmen in Staatseigentum, abgeschlossen wird. CfD sind seit Abschluss der *Electricity Market Reform* das grundsätzliche Fördermittel zur Stromerzeugung im Rahmen des *Energy Acts* des Vereinigten Königreichs, so beispielsweise seit dem 01.03.2015 auch für die Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien⁴. Grundsätzlich wird dem Stromerzeuger im Rahmen eines CfD von Seiten der LCCC (über eine von dieser hierfür beauftragte Verrechnungsstelle eine Zahlung zusätzlich zu dem vom Stromerzeuger erzielten Marktpreis gewährt, die der Differenz zwischen dem zuvor festge-

¹ C(2013) 9073 final vom 18.12.2013, SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) – *United Kingdom*. Vgl. Zur rechtlichen Einordnung des Eröffnungsbeschlusses: *G. Resch/L. Liebmann/M. Lamprecht/R. Haas/F. Pause/M. Kahles*, Phase out of Nuclear Power in Europe – From Vision to Reality, 2014, S. 109 ff.

² Beschluss (EU) 2015/658 der Kommission vom 8. Oktober 2014 über die vom Vereinigten Königreich geplante staatliche Beihilfe SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C, Abl. Nr. L 109/44 vom 28.04.2014. Angaben mit Randnummern ohne weitere Bezeichnung der Fundstelle beziehen sich auf diesen Beschluss.

³ Vgl. zur Sachverhaltsdarstellung ausführlich: Rn. 6 ff.

⁴ Vgl. *M. Rosenthal*, Das neue Strommarktgesetz in Großbritannien, ET 2014, S. 120 ff.; *J. Riewe*, EU-Binnenmarkt, Beihilfenrecht, nationales Strommarktdesign und Versorgungssicherheit: Die Europäische Kommission erteilt der Strommarktreform in Großbritannien ihre Freigabe, EWeRK 2014, S. 358 ff.; Vgl. auch: <https://www.gov.uk/government/collections/electricity-market-reform-contracts-for-difference>.

legten Basispreis (*strike price*) und dem für den vorausgegangenen Bezugszeitraum festgestellten Referenzpreis (*reference price*) entspricht und durch einen vorher festgelegten Höchstpreis gedeckelt ist. Die CfD-Vertragspartei LCCC wird von den im Vereinigten Königreich lizenzierten Stromversorgern finanziert, die hierzu gesetzlich verpflichtet sind und für die vertraglichen Verpflichtungen der LCCC je nach ihrem Marktanteil haften.

Während die grundsätzliche Funktionsweise somit dieselbe ist, bestehen im Rahmen des CfD für *Hinkley Point C* einige Abweichungen im Vergleich zu den grundsätzlichen Vertragsbedingungen, die, anders als beispielsweise bei der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien, nicht im Rahmen einer Ausschreibung zugrunde gelegt wurden, sondern zwischen EDF, als damaliger Alleineigentümerin der NNBG, und dem Vereinigten Königreich vereinbart wurden⁵. Die wesentlichen Vereinbarungen sind im Folgenden stichpunktartig aufgelistet:

- Als Basispreis wurden 92,50 GBP pro MWh vereinbart. Dieser Basispreis unterliegt einer Überprüfung anhand der Betriebskosten sowohl nach 15 Jahren als auch nach 25 Jahren. Zu diesen Zeitpunkten kann der Basispreis erhöht oder gesenkt werden, je nachdem, wie es die Fortführung des Betriebs des Kraftwerks erfordert.
- Zwischen NNBG und LCCC wurde eine Gewinnbeteiligungsregelung bezüglich der Baukosten sowie der Eigenkapitalrendite vereinbart⁶. Diese Gewinnaufteilung wurde im Rahmen der Verhandlungen mit der Kommission zugunsten der staatlichen Gewinnbeteiligung der LCCC modifiziert.
- Der NNBG werden seitens der LCCC bestimmte Kosten im Falle von bestimmten Anspruch begründenden Gesetzesänderungen (*Qualifying Change in Law*) erstattet, wenn diese den Betrag von 50 Mio. GBP übersteigen⁷.
- Die NNBG erhält seitens der LCCC eine Ausgleichszahlung im Fall einer „politisch motivierten“ Abschaltung durch eine zuständige britische, EU- oder internationale Behörde aus Gründen, die nicht mit dem Gesundheitsschutz, der nuklearen Sicherheit, der Sicherheit, dem Umweltschutz, der Abfallverbringung oder nuklearen Sicherungsmaßnahmen im Zusammenhang stehen. Hiermit verbunden ist auch das Recht der Überführung von NNBG in britisches Staatseigentum sowie das Recht des Vereinigten Königreichs eine solche Überführung zu fordern. Tatsächlich enthalten alle CfD eine solche Klausel über politische motivierte Abschaltungen. Zusätzlich abgesichert wird diese Vereinbarung aber im Fall *Hinkley Point C* durch eine gesonderte Vereinbarung mit dem Ministerium (vgl. hierzu zusätzlich unter III.)
- Die Laufzeit des CfD beträgt 35 Jahre⁸.

⁵ Rn. 21 ff.

⁶ Näher: Rn. 27 ff.

⁷ Näher: Rn. 37 ff.

II. Garantien der Regierung zur Verbesserung der Kreditwürdigkeit

NNBG erhält von der Abteilung „*Infrastructure UK*“ des britischen Finanzministeriums eine Kreditgarantie für emittierte Schuldverschreibungen. Dabei handelt es sich um einen Versicherungsvertrag, der die fristgerechte Begleichung der Zinsaufwendungen und Tilgungszahlungen der entsprechenden Schuldtitel in einer Höhe von bis zu 17 Mrd. GBP garantiert⁹. Als Garantiegeber fungiert das britische Finanzministerium. Ursprünglich hatte die Abteilung *Infrastructure UK* das Projekt Hinkley Point C mit der Risikokategorie BB+/Ba1 bewertet und eine Garantiegebühr von 250 Basispunkten berechnet. Im Laufe der Verhandlungen mit der Kommission wurde das Projekt in die Risikokategorie BB/Ba abgestuft und die Garantiegebühr auf 295 Basispunkte angehoben¹⁰.

III. Versteinerung der Förderbedingungen mittels eines Secretary of State Agreement

Zwischen den Anteilseignern der NNBG und dem Ministerium soll ein *Secretary of State Agreement* abgeschlossen werden. Diese Vereinbarung mit dem Ministerium soll sicherstellen, dass für den Fall, dass nach einer politisch bedingten Abschaltung (vgl. oben unter I.) die LCCC als CfD-Vertragspartei mit der Ausgleichszahlung in Verzug kommen sollte, das Ministerium den Ausgleich an die Kapitalgeber leistet. Das *Secretary of State Agreement* sichert somit die entsprechende Vereinbarung über eine politisch bedingte Abschaltung im Rahmen des CfD.

B. Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Im Rahmen der Prüfung, ob eine tatbestandlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, konzentriert sich die Kommission auf die Tatbestandsmerkmale des Vorliegen eines Vorteils im Rahmen des CfD¹¹ sowie der Staatlichkeit der Mittel und deren Zurechnung an den Staat¹². Die weiteren Tatbestandsmerkmale sind letztlich unstrittig.

⁸ Rn. 296.

⁹ Rn. 48 ff.

¹⁰ Rn. 463 ff.

¹¹ Rn. 296 ff.

¹² Rn. 324 ff.

I. Vorliegen eines Vorteils

Das Vereinigte Königreich war der Auffassung, dass die angemeldeten Maßnahmen zugunsten von Hinkley Point C auf der Grundlage der *Altmark Trans*-Rechtsprechung des EuGH¹³ mangels Vorteil für den Betreiber NNBG bereits tatbestandlich keine Beihilfe darstellen würden. Die Kommission verneint allerdings bereits das Vorliegen des ersten von insgesamt vier *Altmark*-Kriterien. Hierbei stellt die Kommission fest, dass die Förderung der Stromerzeugung mittels des Instruments der CfD eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) darstellen könne¹⁴. In der Folge geht die Kommission aber zu Recht davon aus, dass NNBG seitens des Vereinigten Königreichs nicht mit der Erfüllung einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wurde. Die zwischen NNBG und der LCCC als CfD-Vertragspartei getroffene Vereinbarung stelle keine Betrauung im Sinne der *Altmark*-Rechtsprechung dar, da die NNBG hierdurch nicht dazu verpflichtet werde, das Kernkraftwerk zu errichten oder dessen Bau zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig zu stellen¹⁵. Auch wurde der NNBG keine Verpflichtung auferlegt, überhaupt Strom zu erzeugen, in einem bestimmten Umfang zu erzeugen oder den Strom auf den Markt zu bringen¹⁶. Tatsächlich werden somit im Rahmen des CfD die Aufgaben und Leistungspflichten, die die NNBG im Gegenzug zu den Differenzzahlungen auf Grundlage des CfD leisten muss, nicht hinreichend genug konkretisiert, um den strengen Anforderungen der *Altmark*-Rechtsprechung des EuGH zu genügen. Insoweit ist die Argumentation der Kommission zum Vorliegen eines tatbestandlichen selektiven Vorteils durch die Vereinbarung des CfD nicht zu beanstanden. Konsequenterweise lehnt die Kommission mangels Vorliegen einer DAWI auch die Voraussetzungen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ab¹⁷. Nachvollziehbar sind auch die Ausführungen der Kommission zum Vorliegen eines Vorteils durch das *Secretary of State Agreement*¹⁸.

II. Staatliche Mittel und staatliche Zurechenbarkeit

Zwischen der Kommission und dem Vereinigten Königreich war hingegen unstrittig, dass der CfD-Mechanismus aus Mitteln finanziert wird, die unter staatlicher Kontrolle stehen¹⁹. Denn anders als beispielsweise im EEG 2012 oder dem EEG 2014, bei denen nach Auffassung der Bundesregierung das Tatbestandsmerkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ nicht ge-

¹³ EuGH, C-280/00, Slg. 2003 I-07747 (*Altmark Trans*), ECLI:EU:C:2003:415.

¹⁴ Rn. 307.

¹⁵ Rn. 312.

¹⁶ Rn. 313.

¹⁷ Rn. 343.

¹⁸ Rn. 317 ff.

¹⁹ Rn. 327.

geben ist²⁰, so dass sie auf der Einordnung als „Nicht-Beihilfe“ besteht, ist der Staat maßgeblich in das CfD-System involviert²¹. Einer der wesentlichen Unterschiede ist die Tatsache, dass es sich bei der LCCC als CfD-Vertragspartei um ein in staatlichem Eigentum stehendes Unternehmen handelt, welches vom Staat zum Zweck der Abwicklung des CfD-Systems errichtet wurde. Diese staatliche LCCC ist zum Einzug der erforderlichen Mittel bei den Stromversorgern berechtigt und zur Auszahlung gegenüber den Erzeugern verpflichtet (und beauftragt hierfür eine Verrechnungsstelle). Im Falle der Nichteinhaltung der Zahlungsverpflichtungen durch LCCC kann das Ministerium eine andere Vertragspartei bestimmen, Zahlungen direkt bei den Stromversorgern eintreiben oder Direktzahlungen an die Stromversorger leisten²². Zudem unterliegt die LCCC einem Rahmendokument mit dem Staat, in dem das Verhältnis zwischen der LCCC und dem Staat geregelt ist. Aufgrund dieser augenfälligen Unterschiede im System erscheint das Risiko gering, durch die Unterstützung der Einschätzung der Kommission zum Vorliegen staatlicher Mittel, ungewollt die Argumentation der Bundesregierung in den Beihilfverfahren zum EEG 2012 sowie zum EEG 2014 zu unterlaufen.

III. Ergebnis: Beihilfetatbestand erfüllt

Die Prüfung der Kommission zum Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Förderung von *Hinkley Point C* seitens des Vereinigten Königreichs durch CfD, Kreditgarantie und Ministeriumsvereinbarung stellt jeweils tatbestandlich eine Beihilfe dar. Die Organisation der Förderung in Großbritannien mittels CfD-Mechanismus unterscheidet sich grundlegend von der (finanziellen) Wälzung des EEG 2012 sowie des EEG 2014.

C. Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV

Die Kommission prüft die Vereinbarkeit der Maßnahmen zugunsten von *Hinkley Point C* zutreffend anhand der Vorschrift des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV, wonach „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“ als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können, „soweit sie die Handelsbedingungen nicht in

²⁰ Vgl. zur Diskussion um die Beihilfeeigenschaft des EEG 2012 *Nora Grabmayr/Achim Stehle/Fabian Pause/Thorsten Müller*, Das Beihilfverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 2 vom Februar 2014, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

²¹ Vgl. Rn. 330 ff.

²² Rn. 17.

einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Damit prüft die Kommission die Beihilfe direkt am Primärrecht und nicht an ihren 2014 neu erlassenen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (UEBLL)²³, da Maßnahmen zur Förderung der atomaren Stromerzeugung nicht von deren Anwendungsbereich nach Abschnitt 1.2 UEBLL erfasst sind.

I. Fehlerhafte Einordnung der CfD als Quasi-Investitionsbeihilfe führt zu Ungleichbehandlung mit erneuerbaren Energien

Die Kommission geht entsprechend ihrer bisherigen Praxis auch in der Entscheidung zu *Hinkley Point C* davon aus, dass Maßnahmen, die Betriebsbeihilfen einschließen, nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV grundsätzlich nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar sind²⁴. Denn nach allgemeiner Ansicht haben Betriebsbeihilfen ein größeres Potential zur Marktverzerrung als Investitionsbeihilfen, da sie die Grenzkosten des Unternehmens senken²⁵. Anders als im Eröffnungsbeschluss, wo die Kommission noch vom Vorliegen einer Betriebsbeihilfe ausging²⁶, stellt die Kommission aber in ihrer abschließenden Entscheidung fest, dass die angemeldeten Maßnahmen und „insbesondere der CfD“ aufgrund der Besonderheiten des Projekts einer Investitionsbeihilfe „äquivalent“ seien und unterwirft die Maßnahmen daher auch im Folgenden dem für eine Investitionsbeihilfe geltenden Prüfungsmaßstab²⁷. Anders hatte die Kommission die Rechtslage im Fall ihrer Entscheidung zu CfD für Strom aus erneuerbaren Energien eingeordnet und dort noch einen detaillierten und speziell für Betriebsbeihilfen geltenden Maßstab nach den UEBLL herangezogen²⁸.

Die einheitliche Einordnung der drei verschiedenen Maßnahmen (CfD, Kreditgarantie und Ministeriumsvereinbarung) als Investitionsbeihilfe begegnet allerdings schwerwiegenden rechtlichen Bedenken. Die Zusammenfassung des CfD mit den beiden anderen Maßnahmen zu einer einheitlichen Investitionsbeihilfe erscheint aufgrund der unterschiedlichen Zweckrichtungen der Instrumente nicht sachgerecht. Im Rahmen des CfD werden laufende Zahlungen in Form einer Prämie zusätzlich zum erzielten Marktpreis geleistet. Dies stellt eine klassische Betriebsbeihilfe dar, da hierdurch die laufenden Betriebskosten des Unternehmens gesenkt werden²⁹, welche zudem aufgrund der 35-jährigen Laufzeit den wesentlichen Teil der gewährten Förderung im Fall des Kernkraftwerks *Hinkley Point C* ausmacht. Die erfolgte

²³ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1.

²⁴ Rn. 344.

²⁵ T. Eilmansberger, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 195, Rn. 383.

²⁶ Vgl. C(2013) 9073 final vom 18.12.2013, SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) – *United Kingdom*, Abschnitt 8.1.

²⁷ Rn. 344 ff.

²⁸ C(2014) 5079 final, v. 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – *United Kingdom*, Rn. 50 ff.

²⁹ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 508, Rn. 1467 m. w. N.

Umdeklarierung als Investitionsbeihilfe erscheint auch nicht aufgrund der von der Kommission ins Feld geführten Besonderheiten des Projekts gerechtfertigt, da der Effekt der Risikoabsicherung in Form eines „Preisstabilisators“³⁰ sich nicht vom Effekt der übrigen CfD, beispielsweise für Strom aus erneuerbaren Energien, unterscheidet. Solche CfD zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien wurden allerdings ebenso wie das EEG von der Kommission als Betriebsbeihilfe eingestuft und dementsprechend auch nach den für diese geltenden strengeren Grundsätzen geprüft³¹. Konsequenterweise müsste also auch der CfD im Falle von *Hinkley Point C* als Betriebsbeihilfe eingestuft werden. Die Folgen einer Prüfung als Betriebsbeihilfe können hier nicht abschließend abgeschätzt werden, da auch hier ein relativ weiter Ermessensspielraum der Kommission gegeben ist. Es ist aber möglich, dass die Anwendung eines strengeren Prüfungsmaßstabs in der Folge entweder zur Annahme der Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt oder zumindest zu einer anderen Ausgestaltung der CfD hätte führen müssen.

Die unterschiedliche Einordnung der Prämienzahlungen für *Hinkley Point C* und erneuerbare Energien hat eine weitere möglicherweise weitreichende tatsächliche Konsequenz. Denn im Falle von Betriebsbeihilfen verlangen die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien in Rn. 124 lit. c), dass „Maßnahmen getroffen (werden), um sicherzustellen, dass die Stromerzeuger keinen Anreiz haben, Strom zu negativen Preisen zu erzeugen“³². Entsprechend hat Deutschland mit § 24 EEG 2014 eine Regelung zum Wegfall der Förderung in Zeiten von mehr als sechs Stunden negativer Preise geschaffen und Großbritannien im Rahmen der Genehmigung des dortigen Förderinstruments für erneuerbare Energien eine dem § 24 EEG 2014 vergleichbare Regelung zugesagt hat³³. Bei Investitionsbeihilfen ist eine vergleichbare Regelung in den Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien sachgerechter Weise aber nicht vorgesehen, vgl. Abschnitt 3.2 UE BLL. Auch wenn die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien nicht auf die Entscheidung zu *Hinkley Point C* anwendbar sind, setzt sich die Kommission insoweit zu ihren eigenen Aussagen in Widerspruch einheitliche Maßstäbe in der Prüfung von Beihilfen zu Grunde zu legen. Diese Ungleichbehandlung zwei sachlich identischer Fördermaßnahmen – Gewährung einer Prämie auf den Marktpreis – allein aufgrund einer abweichenden rechtlichen Einordnung – Investitionsbeihilfe einerseits und Betriebsbeihilfe andererseits – ist rechtlich sehr fragwürdig, insbesondere weil die verschiedenen Beihilfeempfänger – Betreiber von *Hinkley Point C* auf der einen und Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom auf der anderen Seite – im Wettbewerb zu einander stehen können und sich die unterschiedliche

³⁰ Rn. 345.

³¹ Vgl. C(2014) 5079 final vom 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – *United Kingdom*, Rn. 50 ff.

³² Vgl. hierzu *Markus Kahles/Thorsten Müller*, Wegfall der EEG-Förderung bei negativen Preisen – § 24 EEG 2014, europarechtlicher Hintergründe und Ausgestaltungsoptionen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 13 vom 08.11.2015, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

³³ Vgl. COM (2014) 5079 final, SA.36196 (2014/N) – *United Kingdom*, Rn. 31, 69.

Förderung auf diesen Wettbewerb zu allen Zeiten, in denen negative Preise zu beobachten sind, erheblich auswirkt.

Die spezifischen höheren Risiken von *Hinkley Point C* während der Bauausführungsphase werden hingegen weniger durch den CfD, sondern speziell durch die Kreditgarantie und die Ministeriumsvereinbarung adressiert, die es der NNBG erleichtert, die Investition in den Bau des Kernkraftwerks zu finanzieren. Es wäre somit im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung seitens der Kommission eigentlich erforderlich gewesen, zwischen dem CfD als Betriebsbeihilfe und der Kreditgarantie sowie der Ministeriumsvereinbarung als Investitionsbeihilfen zu unterscheiden. Die Kommission übt somit, indem sie dasselbe Instrument im Falle der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien als Betriebsbeihilfe und im Falle der Erzeugung von Strom aus Kernenergie als Investitionsbeihilfe einstuft, ihr Ermessen widersprüchlich aus, obwohl in beiden Fällen ein vergleichbarer Sachverhalt (Förderung der Stromerzeugung) vorliegt. Trotz des weiten Ermessensspielraums der Kommission im Rahmen der Beihilfeprüfung liegt damit die Annahme eines Ermessensfehlers nahe (vgl. zur Durchsetzungsfähigkeit unter D.).

II. Vereinbarkeit mit der bestehenden Marktordnung

In den Rn. 348 ff. des Beschlusses überprüft die Kommission die Vereinbarkeit mit der bestehenden Marktordnung. Dabei ist der Kommission zuzustimmen, dass die Vergaberichtlinien RL 2004/17/EG³⁴ sowie RL 2004/18/EG³⁵ mangels Vorliegen eines Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrags nicht anwendbar sind³⁶.

Nicht zu folgen ist der Kommission dagegen in der Aussage nach Rn. 364, dass dem Auswahlverfahren, das vom Vereinigten Königreich zur Ermittlung einer geeigneten Partei für Investitionen in eine neue Kernkraftanlage genutzt wurde, ein klarer, transparenter und diskriminierungsfreier Rahmen zugrunde gelegt worden sei, der nach Art. 8 Abs. 1 RL 2009/72/EG³⁷ in Bezug auf Transparenz und Diskriminierungsfreiheit als einem Ausschreibungsverfahren gleichwertig gelten könne. Diese Beurteilung hängt allerdings stark davon ab, welcher Maßstab an ein solches Ausschreibungsverfahren angelegt wird. Die RL 2009/72/EG selbst defi-

³⁴ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 1

³⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134 vom 30.04.2004, S. 114.

³⁶ Vgl. Rn. 350 bis 358.

³⁷ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 211 vom 14.08.2009, S. 55.

niert ein Ausschreibungsverfahren im Sinne von Art. 8 lediglich als „*Verfahren, durch das ein geplanter zusätzlicher Bedarf und geplante Ersatzkapazitäten durch Lieferungen aus neuen oder bestehenden Erzeugungsanlagen abgedeckt werden*“³⁸ und enthält somit keine Angaben über formale oder inhaltliche Anforderungen eines solchen Verfahrens. Aus Gründen der Gleichbehandlung müsste die Kommission an den CfD für *Hinkley Point C* aber denselben strengen Maßstab anlegen, wie sie es an Ausschreibungen im Rahmen des CfD für Strom aus erneuerbaren Energien tut³⁹. Deren Ausgestaltung und Ausnahmen hat die Kommission grundsätzlich in Rn. 126 UEBlL festgelegt und in Rn. 19 Nr. 43 UEBlL definiert als

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

Da vorliegend alle wesentlichen Elemente des CfD zwischen dem Vereinigten Königreich und der Begünstigten im Einzelnen ausgehandelt wurden, kann nicht von einem einer Ausschreibung „*äquivalenten*“ Verfahren gesprochen werden. Der seitens des Vereinigten Königreichs veröffentlichte Aufruf zur Interessensbekundung kann insofern höchstens als Vorfeldmaßnahmen zur Verschaffung eines Marktüberblicks gewertet werden, aber nicht als ein förmliches Ausschreibungsverfahren.

Zugegebenermaßen kann diese Fehleinschätzung der Kommission im Rahmen des Art. 8 RL 2009/72/EG kaum einen Verstoß gegen Sekundärrecht begründen, da Art. 8 RL 2009/28/EG ohnehin sehr weit formuliert und in seinem Anwendungsbereich unklar ist. Die Kommission wiederholt ihre Fehleinschätzung zum Vorliegen eines Ausschreibungsverfahrens allerdings im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit mit der Folge, dass sie die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens aufgrund des vorab durchgeführten Interessenaufrufs als nicht notwendig erachtet (vgl. unten).

III. Ziel von gemeinsamem Interesse

Jede Beihilfemaßnahme muss nach den allgemeinen Grundsätzen der beihilferechtlichen Prüfung durch die Kommission ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgen. Seitens des Vereinigten Königreichs wurden Diversifizierung, Versorgungssicherheit, die Verringerung von CO₂-Emissionen sowie die Ziele des Euratom-Vertrags als Ziele von gemeinsamem Inte-

³⁸ Art. 2 Nr. 24 RL 2009/72/EG.

³⁹ C(2014) 5079 final, v. 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – United Kingdom, Rn. 70 ff.

resse vorgetragen⁴⁰. Die Kommission stützt sich in diesem Prüfungspunkt explizit auf die Ziele des Euratom-Vertrags⁴¹ und den Aspekt der langfristigen Versorgungssicherheit⁴². Das seitens des Vereinigten Königreichs vorgebrachte Ziel der CO₂-Reduktion wird an dieser Stelle nicht eigens geprüft, spielt aber in der weiteren Prüfung immer wieder eine Rolle. In der öffentlichen Diskussion um *Hinkley Point C*⁴³ und den Stellungnahmen der Beteiligten im vorliegenden Beihilfeverfahren⁴⁴ wurde auch immer wieder maßgeblich auf das Recht der Mitgliedstaaten zur Entscheidung über ihren Energiemix nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV abgestellt, weshalb auch die Relevanz dieses Aspekts für die beihilferechtliche Prüfung eingegangen werden soll.

1. Relevanz des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV für die beihilferechtliche Prüfung?

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist das Beihilferecht anwendbar, „soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist“. Zwar bestimmt Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, dass das Recht der Mitgliedstaaten „die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen“ von den unionsrechtlichen Kompetenzen im Energiebereich nach Art. 194 AEUV unberührt bleibt. Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV steht einer beihilferechtlichen Überprüfung der Förderung von *Hinkley Point C* aber dennoch nicht im Wege. Denn zum einen handelt es sich dabei nicht um eine explizite Ausnahmebestimmung zum Beihilferecht, wie es sie etwa für den Bereich der Landwirtschaft nach Art. 42 AEUV oder nach Art. 93, 96 und 98 i. V. m. Art. 100 AEUV für den Verkehrsbereich gibt. Zum anderen betrifft das Recht der Mitgliedstaaten zur „Wahl zwischen den verschiedenen Energiequellen“ nur das „Ob“ der Wahl einer bestimmten Erzeugungsart, wohingegen das Beihilferecht als klassische Querschnittsmaterie das „Wie“ einer solchen Förderung regelt⁴⁵. Dementsprechend stützt sich auch die Kommission in der Begründung ihres Beschlusses zu *Hinkley Point C*, anders als es die Einschätzung der Bundesregierung nahe legt⁴⁶, mit keinem Wort auf Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV zur Begründung der Vereinbarkeit der Förderung von *Hinkley Point C* mit dem Binnenmarkt. Die grundsätzliche Entscheidung eines Mitgliedstaates für oder gegen eine bestimmte Energie-

⁴⁰ Vgl. Rn. 366 und Rn. 201.

⁴¹ Rn. 370 bis 372.

⁴² Rn. 373.

⁴³ BT-Drs. 18/5005 Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 10.06.2015.

⁴⁴ Rn. 95, 172, 197, 244.

⁴⁵ Vgl. näher zum sachlichen Anwendungsbereich des Beihilferechts: J. Kühling in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 12 ff.; W. Cremer, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 107, Rn. 7.

⁴⁶ BT-Drs. 18/5005 Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfrage BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 10.06.2015, S. 2.

erzeugungsart ist somit beihilferechtlich nicht überprüfbar, wohl aber deren Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit im Einzelnen.

2. Förderung der Kernkraft als Ziel von gemeinsamem Interesse?

Im Allgemeinen wird als Voraussetzung für ein Ziel von gemeinsamem Interesse angesehen, dass dieses klar definiert und inhaltlich zulässig sein muss⁴⁷. Die Kommission kommt in Rn. 374 des Beschlusses zu dem Ergebnis, dass auf die Förderung von der Kernkraft ausgerichtete Beihilfemaßnahmen ein Ziel von gemeinsamem Interesse darstellen können. Dieses Ziel sieht die Kommission in Art. 2 lit. c) Euratom-Vertrag verankert. Dort heißt es, die Gemeinschaft habe „nach Maßgabe des Vertrags“ die Aufgabe „Investitionen zu erleichtern und, insbesondere durch Förderung der Initiative der Unternehmen, die Schaffung der wesentlichen Anlagen sicherzustellen, die für die Entwicklung der Kernenergie in der Gemeinschaft notwendig sind“. Damit reiht sich der Beschluss zu *Hinkley Point C* in die bisherige Kommissionspraxis ein, die Ziele des Euratom-Vertrags als solche Ziele anzuerkennen, die grundsätzlich durch Beihilfemaßnahmen verfolgt werden dürfen⁴⁸.

Solange der Euratom-Vertrag Gültigkeit hat, sprechen gewichtige Gründe dafür, dass die Förderung der zivilen Nutzung der Atomkraft ein von einem Mitgliedstaat verfolgbares Ziel von gemeinsamem Interesse darstellt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass einzelne Mitgliedstaaten, wie Österreich oder Deutschland, dieses Ziel nicht mehr verfolgen, da diese politischen Entscheidungen die Rechtslage im Hinblick auf den Euratom-Vertrag nicht berühren.

Bislang wird im Verhältnis von Beihilferecht und Euratom-Vertrag daher auch nur diskutiert, ob der Euratom-Vertrag innerhalb seines Anwendungsbereichs die Beihilfenkontrolle seitens der Kommission aufgrund eines Vorrangs des Euratom-Vertrags gänzlich ausschließt, wozu der EuGH allerdings nie explizit Stellung genommen hat⁴⁹. Dass eine parallele Anwendbarkeit geboten ist, zeigt sich daran, dass andernfalls mangels Kompetenz der Kommission zur Beihilfenkontrolle die Förderung von *Hinkley Point C* wie alle anderen staatlichen Zahlungen an Betreiber von Kernkraftwerken dann keinerlei Kontrolle außer derjenigen unterworfen wäre,

⁴⁷ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 508, Rn. 1473.

⁴⁸ Vgl. KOM K(2006) 4963, Staatliche Beihilfe NN 62/B/2006 – Deutschland und Schweden; COM C(2007) 4323 final, C 45/2006 (ex NN 62/A/2006) – France; KOM K(2004) 3474 vom 22.09.2004 über die staatliche Beihilfe des Vereinigten Königreiches zugunsten von British Energy plc, ABl. Nr. L 142, S. 26.

⁴⁹ C. Arhold/F. Zibold, in: F. Montag/F.-J. Säcker (Hrsg.), MünchKommBeihVgR, Sektoren Rn. 287; W.-G. Schärf, Europäisches Atomrecht, S. 254 ff.; M. Pechstein, Elektrizitätsbinnenmarkt und Beihilfenkontrolle im Anwendungsbereich des Euratom-Vertrags, EuZW 2001, 307 ff.

die im Euratom-Vertrag vorgesehen ist und in Qualität und Prüfungsdichte bei weitem hinter der Beihilfenkontrolle nach Art. 107 ff. AEUV zurückbleibt⁵⁰.

Aber ohnehin ist der Euratom-Vertrag bezüglich der Förderung der Kernkraft nicht als umfassende abschließende Regelung anzusehen. Die beihilferechtlichen Vorschriften sind somit auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung der Kernkraft zumindest anwendbar, soweit diese nicht den Sonderbestimmungen des Euratom-Vertrages unterfallen⁵¹. Nach der hier vertretenen Ansicht stellt der CfD eine Betriebsbeihilfe und keine Investitionsbeihilfe dar (s. o. C. I., S. 6 f.) und unterfällt somit bereits begrifflich nicht Art. 2 lit. c) i. V. m. Art. 40 ff. Euratom-Vertrag, da dort nur Investitionen geregelt sind. Aber selbst wenn man der Ansicht der Kommission folgt und den CfD (ebenso wie die Kreditgarantie und die Ministeriumsvereinbarung) als Investitionsbeihilfe einordnet, enthält der Euratom-Vertrag hierfür keine Sonderregelungen, da die Art. 40 ff. Euratom-Vertrag keine Vorschriften bezüglich der genauen Ausgestaltung der Förderung der Kernkraft beinhalten, sondern dort nur Veröffentlichungs-, Anzeige- und Konsultationspflichten zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten geregelt werden.

3. Beitrag zur langfristigen Versorgungssicherheit

Die Kommission erkennt neben dem Ziel der Förderung der Kernkraft an sich zusätzlich an, dass die Förderung von Hinkley Point C zur „*langfristigen Versorgungssicherheit*“ beitrage und somit einen Beitrag zu den Zielen Diversifizierung und Versorgungssicherheit leisten könne⁵². Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit ist ein anerkanntes inhaltlich zulässiges Ziel von gemeinsamem Interesse und somit als bloße Zielsetzung an sich beihilferechtlich nicht zu beanstanden.

IV. Marktversagen und Notwendigkeit staatlicher Eingriffe

Die vorgenannten Ziele können beihilferechtlich zulässig nur verfolgt werden, wenn ein Marktversagen vorliegt. In der Kommissionspraxis bezieht sich der Begriff des Marktversagens auf „*Situationen, in denen der Markt allein kaum effiziente Ergebnisse hervorbringen dürfte*“⁵³. Die Kommission stellt in ihrer Praxis vor allem auf drei Gründe für Marktversagen

⁵⁰ Die Art. 40 ff. Euratom-Vertrag enthalten diesbezüglich nur Veröffentlichungs-, Anzeige- und Konsultationspflichten zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten.

⁵¹ G. Resch/L. Liebmann/M. Lamprecht/R. Haas/F. Pause/M. Kahles, Phase out of Nuclear Power in Europe – From Vision to Reality, 2014, S. 93 ff.; J. Kühling, R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 16.

⁵² Rn. 373 und 374.

⁵³ Vgl. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1, Rn. 34.

ab: Positive oder negative externe Effekte, Informationsdefizite oder Koordinierungsprobleme⁵⁴. Der Kommission ist zuzustimmen, dass keiner dieser Gründe, insbesondere nicht die mangelnde Funktionsfähigkeit des CO₂-Handels, ein spezifisches Marktversagen zugunsten der Kernkraft begründet⁵⁵. Allerdings beendet die Kommission ihre Prüfung nicht mit diesem Ergebnis, sondern stellt in der Folge auf zwei Arten von Marktversagen ab, die sich nicht im allgemeinen Katalog der Gründe wiederfinden und ein spezielles Marktversagen im Blick auf die Kernenergie begründen sollen:

Erstens seien Investitionen in die Kernenergie aufgrund der Kombination aus hohen Investitionskosten, langen Bauzeiten und einer langen Betriebsdauer zur Deckung dieser Kosten mit einem erheblichen Risiko verbunden. Das Fehlen marktbasierter Finanzinstrumente und anderer Vertragstypen zur Absicherung gegen dieses massive Risiko stelle, im Falle der Kernenergie, ein Marktversagen dar⁵⁶. Ob sich ein Projekt am Markt finanzieren kann oder eine staatliche Bürgschaft oder Garantie benötigt, um seine Bonität zu erhöhen, spielt aber eigentlich im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Marktversagens keine Rolle, sondern ist ein Punkt, der beihilferechtlich gewöhnlich erst im Rahmen der angemessenen Höhe der Beihilfe geprüft wird. Hier weicht die Kommission somit erheblich von ihrem über Jahre selbst gesteckten Rahmen zur Prüfung des Vorliegens eines Marktversagens ab⁵⁷. Zwar ist der Katalog der Gründe für ein Marktversagen von der Kommission nicht abschließend gemeint (vgl. „u. a.“), allerdings führt die Kommission an anderer Stelle selbst aus:

„Kann ein bestimmtes Unternehmen ein Vorhaben nicht ohne Beihilfe verwirklichen, so liegt nicht zwangsläufig ein Marktversagen vor. Vielmehr kann beispielsweise die Entscheidung eines Unternehmens, ein Vorhaben mit geringer Rentabilität nicht in Angriff zu nehmen oder nicht in einem Gebiet mit schwacher Nachfrage und/oder geringer Kostenvettbewerbsfähigkeit zu investieren, ein Zeichen dafür sein, dass der Markt gut funktioniert.“⁵⁸

Die bisherige Kommissionspraxis zum Vorliegen eines Marktversagens kann somit so verstanden werden, dass die Tatsache, dass sich ein Unternehmen nicht am Markt finanzieren kann, zwar Resultat eines Marktversagens sein kann, allerdings nicht das Marktversagen

⁵⁴ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 508, Rn. 1476; vgl. jetzt auch für den Anwendungsbereich der UEBLL: Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1, Rn. 35.

⁵⁵ Rn. 380.

⁵⁶ Rn. 382.

⁵⁷ Vgl. etwa KOM (2005) 107 endg., Aktionsplan staatliche Beihilfen, Rn. 23; KOM, Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag (Mitteilungsentwurf), 2009, Abschnitt 3.1, Rn. 21 ff.; Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. v. 28.06.2014, C 200/1, Rn. 35.

⁵⁸ KOM, Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag (Mitteilungsentwurf), 2009, Abschnitt 3.1, Rn. 20.

selbst. Dies scheint die Kommission im Einzelfall von Hinkley Point C nun ohne Begründung anders zu sehen. Kurzerhand legt sie ihrer Prüfung damit nicht allein ein Versagen des Strommarkts, sondern zumindest auch ein Versagen des Finanz- und/oder Versicherungsmarkts zugrunde. Ein solches Finanzmarktversagen erwähnte sie zwar auch schon in ihrer Beihilfeentscheidung im Fall von CfD für Strom aus erneuerbaren Energien⁵⁹, kann aber nach vorliegender Ansicht auch dort nicht das maßgebliche Marktversagen begründen, da Finanzierungsschwierigkeiten nur Resultat eines Strommarktversagens sein können, aber nicht das mittels Beihilfen zur Stromproduktion zu behebende Marktversagen selbst. Allerdings stellt die Kommission im Fall der erneuerbaren Energien, anders als im Fall von *Hinkley Point C*, daneben zutreffend und maßgeblich auf negative und positive externe Effekte des Strommarkts – und damit ein allgemein übliches Kriterium – ab⁶⁰. So bleibt festzuhalten, dass die Kommission fälschlicherweise und ohne nähere Begründung davon ausgeht, ein von ihr angenommenes Versagen der Finanzmärkte durch eine Beihilfe zur Stromproduktion behoben werden könne. Damit setzt sich die Kommission nicht nur in Widerspruch zu ihrer bisherigen Praxis, zugleich bewirkt sie durch diese Argumentation, dass die beihilferechtliche Prüfung in der Folge nahezu substanzlos wird, da nahezu jegliche staatliche Förderung dazu geeignet ist, etwaige Finanzierungsschwierigkeiten eines Unternehmens zu beheben.

Zweitens sieht die Kommission im Rahmen der Prüfung des Marktversagens die Gefahr eines politischen „*Hold-up*“ als relevant an. Denn in Anbetracht des strittigen Charakters der Kerntechnologie sei es möglich, dass spätere Regierungen einen anderen Standpunkt vertreten, was die Unsicherheit für private Investoren verstärken könne⁶¹. Die Kommission selbst führt hierzu aus, dass sie „*nicht sicher*“ sei, ob dieser Punkt als Marktversagen gewertet werden könne. Diese selbst geäußerte Unsicherheit scheint begründet, da die Heranziehung eines politischen „*Hold up*“ durch die Kommission im Rahmen des Marktversagens angesichts ihrer bisherigen Praxis höchst untypisch und einzelfallbezogen ist. Bereits begrifflich kann hier kein „Marktversagen“ vorliegen, da die Kommission nicht die Entscheidung von Marktakteuren, sondern künftige Entscheidungen der Politik, in ihre Bewertung mit einbezieht. Zudem ist das Risiko sich ändernder politischer Rahmenbedingungen kein spezifisches Risiko der Kerntechnologie, sondern ein allgemeines Risiko, das für alle Marktteilnehmer generell besteht und somit kein spezifisches und in Form einer staatlichen Beihilfe binnenmarktkonform zu behebendes Marktversagen darstellen kann.

Die Anerkennung dieser beiden Gründe als beihilfefähiges Marktversagen erscheint somit als höchst atypisch und einzelfallbezogen sowie mit der im Beschluss zugrunde gelegten Begründung wenig tragfähig. Auch unter Berücksichtigung des weiten Ermessensspielraums

⁵⁹ C(2014) 5079 final, v. 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – United Kingdom, Rn. 55.

⁶⁰ C(2014) 5079 final, v. 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – United Kingdom, Rn. 55.

⁶¹ Rn. 384.

der Kommission bei der Auslegung von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV drängt sich die Annahme einer fehlerhaften Ermessensausübung auf.

V. Angemessenheit und Anreizeffekt

Im Rahmen ihrer Prüfung der Angemessenheit (i. S. v. Geeignetheit⁶²) und des Anreizeffekts der Maßnahme⁶³ kommt die Kommission „*im Rahmen dieses speziellen Falls und besonderen Projekts*“ zu dem Schluss, dass die Förderung von *Hinkley Point C* durch die Kombination von CfD, Kreditgarantie und Vereinbarung mit dem Ministerium ein geeignetes Instrument zur Beihilfegewährung sei und dem Begünstigten einen angemessenen Anreizeffekt biete⁶⁴. Die Kommission unterscheidet hierbei, wie bereits oben kritisiert wurde, allerdings nicht zwischen den einzelnen Maßnahmen, sondern betrachtet diese pauschal und einheitlich, obwohl zumindest im Fall des CfD die Prüfung als gesonderte Betriebsbeihilfe erforderlich gewesen wäre. Im Folgenden werden die Prüfungspunkte der Geeignetheit und des Anreizeffekts getrennt voneinander untersucht.

1. Geeignetheit

Im Allgemeinen prüft die Kommission an dieser Stelle, ob die Beihilfemaßnahme sich dazu eignet, das vom Mitgliedstaat verfolgte Ziel zu erreichen oder ob dieses nicht durch andere staatliche Maßnahmen ebenfalls und mit geringerer Wettbewerbsverzerrung erreicht werden kann⁶⁵. Im Anwendungsbereich der UE BLL (die hier nicht einschlägig sind [vgl. oben], aber deren allgemeine Vereinbarkeitskriterien dennoch zur Konkretisierung des beihilfrechtlichen Prüfprogramms der Kommission dienen können) wird daher eine Beihilfe von der Kommission dann als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen, wenn derselbe positive Beitrag zu dem Ziel durch andere Politikinstrumente oder Arten von Beihilfeinstrumenten erreicht werden kann, die den Wettbewerb weniger verfälschen⁶⁶. Ähnlich und damit durchaus innerhalb des etablierten Prüfungsschemas geht die Kommission im vorliegenden Beschluss zu *Hinkley Point C* vor. Als Alternativen zieht sie zum einen eine offene Ausschrei-

⁶² Die im Beschluss gewählte Überschrift „Angemessenheit“ ist hier irreführend. Aufgrund der Stellung innerhalb der Prüfung und der weiteren Wortwahl (vgl. Rn. 393, 406: „geeignet“) sowie der seitens der Kommission unternommenen Prüfungsschritte, wird hier die Prüfung vorgenommen, die gemeinhin als Prüfung der Geeignetheit bezeichnet wird.

⁶³ Rn. 393 ff.

⁶⁴ Rn. 406.

⁶⁵ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), *Europäisches Beihilferecht*, 2013, S. 512, Rn. 1479.

⁶⁶ Vgl. Rn. 40 ff. UE BLL.

bung⁶⁷ und zum anderen die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien⁶⁸ in Betracht.

a. Offene oder zumindest technologiespezifische Ausschreibung als Alternative?

Im Ergebnis wenig überraschend kommt die Kommission im Rahmen der Prüfung der Alternative einer offenen Ausschreibung, an der sich auch Inhaber anderer Stromerzeugungstechnologien hätten beteiligen können, zu dem Schluss, dass eine solche in Anbetracht des mit der Maßnahmen verfolgten Ziels der Förderung der Kernenergie, nicht ebenso geeignet wäre. Diese Argumentation gleicht zwar auf den ersten Blick einem Zirkelschluss, erklärt sich aber aus der (aufgrund der Existenz des Euratom-Vertrags rechtlich wohl nicht zu beanstandenden) Anerkennung des Ziels der Förderung der Kernkraft als Ziel von gemeinsamem Interesse (vgl. oben) und ist somit in sich schlüssig. Allerdings hätte sich im Rahmen der Alternativenprüfung durchaus aufgedrängt, wenn schon nicht eine offene Ausschreibung, zumindest eine technologiespezifische Ausschreibung innerhalb der Kernkraft zu fordern. Denn die Durchführung von Ausschreibungen wird seitens der Kommission auch bei der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien mittels CfD gefordert, um das Maß der Wettbewerbsverzerrung auf ein Minimum zu begrenzen⁶⁹. Im Gegensatz zu diesen Ausschreibungsverfahren, bei welchen die Ausschreibungsbedingungen und Zuschlagskriterien vorab administrativ und transparent festgelegt werden⁷⁰, wurden die Bedingungen des CfD im Fall *Hinkley Point C* im Einzelnen zwischen dem Vereinigten Königreich und EDF ausgehandelt. Aus diesem Grund ist auch nicht der Auffassung der Kommission zuzustimmen, dass die seitens des Vereinigten Königreichs durchgeführte öffentliche Aufforderung zur Interessensbekundung einem klaren, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren vergleichbar sei⁷¹. In diesem Dokument wird seitens des britischen *Departments of Climate Change (DECC)* im Gegenteil explizit ausgeführt:

“At this stage the Government is not in a position to provide the detail of any comfort that may be offered to developers. Options are under review and their refinement de-

⁶⁷ Rn. 400.

⁶⁸ Rn. 404.

⁶⁹ Vgl. C(2014) 5079 final vom 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – *United Kingdom*, Rn. 71; vgl. auch Rn. 126 UEBLL.

⁷⁰ Vgl. DECC, Contract for Difference: Final Allocation Framework for the October 2014 Allocation Round, 2.10.2014, abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/404405/Contract_for_Difference_Final_Allocation_Framework_for_the_October_2014_Allocation_Round.pdf (abgerufen am 08.06.2015).

⁷¹ Vgl. Rn. 401, 364.

pends in part on the preliminary discussions which this update may elicit from potential developers.”⁷²

Die Aufforderung zur Interessensbekundung ist somit als Vorfeldmaßnahme zur Verschaffung eines Marktüberblicks einzustufen, aber nicht als ein mit einer öffentlichen, klaren, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibung vergleichbares Verfahren. Auch hier setzt sich die Kommission dem Vorwurf der Ungleichbehandlung aus, indem die Kommission im Falle der Förderung von Strom aus Kernenergie andere Maßstäbe anlegt, als im Fall der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien, obwohl beide mittels CfD gefördert werden.

b. Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Alternative?

Als weitere Alternative betrachtet die Kommission die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, lehnt diese Technologie jedoch im Bereich der Grundlastversorgung als im Vergleich zur Kernenergie ungeeignet ab⁷³. Die Kommission stellt dabei auf den „*intermittierenden Charakter*“ der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien ab und übernimmt dabei ohne weitere eigene Prüfung die Argumentation des Vereinigten Königreichs, dass im Falle eines Entfalls der Kernenergie entweder 14 GW Windenergie an Land oder 11 GW Offshore-Windenergie nötig seien, um die von Hinkley Point C abgedeckten Kapazitäten zu ersetzen⁷⁴. Ob diese Angaben zutreffend sind, kann aus rechtlicher Sicht nicht beurteilt werden. Es erscheint jedoch zumindest zweifelhaft, ob davon ausgegangen werden kann, dass die Leistung des von *Hinkley Point C* nur jeweils durch eine erneuerbare Technologie ersetzt werden würde, vielmehr käme wohl ein Energiemix zum Einsatz. Ohnehin scheint es jedoch, ausgehend von der Prämisse der Kommission, dass die Maßnahme die Förderung der Kernenergie verfolge, nicht zwingend auf die Richtigkeit dieser Annahmen anzukommen, da die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bereits denklogisch keine geeignete Alternative zur Erreichung dieses Ziels sein kann.

2. Anreizeffekt

Entgegen der Überschrift „*Angemessenheit des Instruments und Anreizeffekt*“ prüft die Kommission in den Rn. 393 ff. des Beschlusses den Anreizeffekt der Maßnahme höchstens ansatzweise. Üblicherweise überprüft die Kommission den Anreizeffekt einer Maßnahme

⁷² DECC, Planning our electric future, December 2011, Rn.166, abrufbar unter: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/48253/3884-planning-electric-future-technical-update.pdf (abgerufen am: 08.06.2015).

⁷³ Rn. 404.

⁷⁴ Vgl. Rn. 404 i. V. m. Rn. 199.

anhand einer sog. „kontrafaktischen Fallkonstellation“⁷⁵. Hiernach muss der Mitgliedstaat nachweisen, dass das begünstigte Unternehmen die Tätigkeit ohne die Beihilfe nicht, in geringerem Umfang oder anders durchgeführt hätte⁷⁶. Die Vernachlässigung dieses Prüfungsschritts erscheint zwar weder besonders sorgfältig noch dogmatisch. Allerdings ist die Prüfung des Anreizeffekts aufgrund seiner relativ geringen Prüfungsdichte üblicherweise kein Punkt, an dem ein eindeutiger und justizialer Ermessenfehlgebrauch fest zu machen wäre. Die Kommission begnügt sich hier regelmäßig mit der bloßen Feststellung eines Anreizeffekts unter Verweis auf das Vorliegen eines Marktversagens dergestalt, dass es ohne die Maßnahme wohl nicht zu dem gewollten unternehmerischen Verhalten gekommen wäre. Immerhin stellt die Kommission im vorliegenden Beschluss hierzu fest, dass aufgrund eines langfristigen Kapitalmarktversagens die Bereitstellung einer Kreditgarantie allein nicht ausreichend gewesen sei, um Investitionen in neue Nukleartechnologien möglich zu machen⁷⁷. Die seitens der Kommission durchgeführte rudimentäre Prüfung des Anreizeffekts ist somit zwar in sich schlüssig, steht und fällt aber mit der Anerkennung der seitens der Kommission genannten Gründe für ein Marktversagen. Dass ein solches Finanzmarktversagen aber, nach vorliegender Ansicht, kein relevantes Marktversagen im Sinne des Beihilferechts darstellen kann, wurde bereits dargelegt (vgl. oben).

VI. Verhältnismäßigkeit

Die Kommission ist aufgrund ihrer Prüfung der Verhältnismäßigkeit⁷⁸ der Maßnahme der Auffassung, dass die Beihilfe zugunsten von *Hinkley Point C* auch diesen Anforderungen genügt. Dabei stützt sie sich maßgeblich auf die Tatsache, dass im Laufe des Beihilfeverfahrens zwischen der Kommission und dem Vereinigten Königreich eine im Vergleich zur ursprünglichen Vereinbarung mit dem Begünstigten für diesen ungünstigere Gewinnbeteiligungsregel vereinbart wurde⁷⁹, die seitens der Begünstigten zu zahlende Garantiegebühr von auf 295 Basispunkte erhöht wurde⁸⁰ und deren Rating von ursprünglich BB+/Ba1 auf BB/Ba herabgestuft wurde⁸¹. Dieser Einfluss der Kommission habe insgesamt zu veränderten finanziellen

⁷⁵ KOM, Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag (Mitteilungsentwurf), 2009, Rn. 17; vgl. auch Rn. 49 ff. UEBLL.

⁷⁶ Vgl. beispielsweise im Falles von CfD für Strom aus erneuerbaren Energien: (2014) 5079 final vom 23.07.2014, SA.36196 (2014/N) – *United Kingdom*, Rn. 60 ff.

⁷⁷ Rn. 396.

⁷⁸ Die Terminologie ist auch hier irreführend. Grundsätzlich erfolgt dieser Prüfungsschritt terminologisch als Prüfung der „Angemessenheit“. Vgl. *J. Heithecker*, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), *Europäisches Beihilferecht*, 2013, S. 513, Rn. 1485; ebenso Rn. 69 ff. UEBLL.

⁷⁹ Rn. 486.

⁸⁰ Rn. 470.

⁸¹ Rn. 465.

Messgrößen (Projekt-IRR und Eigenkapital-IRR) des Projekts geführt, die nun, im Gegensatz zu den im Eröffnungsbeschluss geäußerten Zweifeln, als verhältnismäßig einzustufen seien⁸².

Beihilfen werden in der Regel seitens der Kommission als verhältnismäßig (angemessen) erachtet, wenn der zur Verwirklichung des Ziels notwendige Beihilfebetrag auf das erforderliche Minimum beschränkt ist⁸³. Bisherige zur Finanzierung von Kernkraftwerken ergangene Beihilfeentscheidungen der Kommission sind zur Bestimmung der angemessenen Höhe der Förderung kaum fruchtbar zu machen, da dort seitens der Kommission entweder bereits das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe mangels Vorteils verneint wurde⁸⁴ oder, wenn diese Hürde genommen wurde, es sich nicht um die Förderung der Investitionen in ein Kernkraftwerk oder dessen Betrieb handelte, sondern um Maßnahmen zur Finanzierung der Entsorgungskosten handelte⁸⁵. Auch die Bürgschaftsmitteilung⁸⁶ der Kommission befasst sich in Abschnitt 5 kaum mit der Vereinbarkeit einer solchen mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 3 AEUV, sondern schwerpunktmäßig damit, wann staatliche Bürgschaften oder Garantien den Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen. Die einzige materielle Bedingung, die dort unter Abschnitt 5.3 genannt ist, legt fest, dass die Kommission nur solchen Garantien zustimmen wird, deren Inanspruchnahme an bestimmte vertragliche Voraussetzungen geknüpft ist, die bis zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens oder eines ähnlichen Verfahren reichen können. Diese Voraussetzungen müssen als weitere Voraussetzung bereits bei Übernahme der Garantie vereinbart worden sein. Welche Voraussetzungen gemeint sind, wird allerdings nicht näher spezifiziert. In der von der Kommission vorgenommenen Beschreibung der Eckpunkte der Kreditgarantie im Fall *Hinkley Point C* sind zahlreiche zwischen den Parteien vereinbarte Bedingungen und risikomindernde Maßnahmen aufgeführt, die nach Ansicht des Vereinigten Königreichs und von der Kommission unwidersprochen, den Eintritt des Sicherungsfalls unwahrscheinlich machen⁸⁷. Etwaige Änderungen hieran müssen der Kommission gemeldet werden⁸⁸. Die Voraussetzung nach Abschnitt 5.3 der Bürgschaftsmitteilung erscheint somit erfüllt.

Die Kommission hat im vorliegenden Fall ihr Ermessen auch dahingehend ausgeübt, dass sie die seitens des Vereinigten Königreichs vorgelegten Zahlen eingehend selbständig bewertet

⁸² Vgl. zusammenfassende Tabelle in Rn. 494.

⁸³ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 513, Rn. 1485; vgl. auch Rn. 69 UEBLL.

⁸⁴ KOM K(2006) 4963, Staatliche Beihilfe NN 62/B/2006 – Deutschland und Schweden; COM C(2007) 4323 final, C 45/2006 (ex NN 62/A/2006) – France.

⁸⁵ KOM K(2004) 3474 vom 22.09.2004 über die staatliche Beihilfe des Vereinigten Königreiches zugunsten von British Energy plc, ABl. Nr. L 142, S. 26.

⁸⁶ KOM, Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrages auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. Nr. C 155, S. 10 ff.

⁸⁷ Rn. 48 ff.

⁸⁸ Rn. 73.

und in den genannten Punkten Veränderungen durchgesetzt hat⁸⁹. Sind, wie im vorliegenden Fall (vgl. oben), die UEBLL und somit die dort genannten Beihilfeshöchstintensitäten nicht unmittelbar anwendbar, prüft die Kommission im Einzelfall, ob der geplante Beihilfenbetrag angemessen ist. Dabei wird davon ausgegangen, dass der geplante Beihilfenbetrag nicht die für die erstrebte Verhaltensänderung anfallenden Nettomehrkosten übersteigen darf⁹⁰. Ob dies vorliegend bezüglich der betrachteten finanziellen Messgrößen tatsächlich zu einer Beschränkung der Förderung auf das erforderliche Minimum geführt hat, ist letztlich eine Frage, die nicht juristisch, sondern ökonomisch zu entscheiden ist. Prozessrechtlich gilt für Handlungen der Unionsorgane grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit bzw. Rechtmäßigkeit (*presomption de légalité*)⁹¹. Daher trifft im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV regelmäßig den Kläger die Beweislast, da dieser die Nichtigkeit der angegriffenen Handlung begehrt⁹². Um die Ausführungen der Kommission zur Verhältnismäßigkeit der Höhe der gewährten Beihilfen für Hinkley Point C erfolgreich anzugreifen, müsste der Kläger somit sein Vorbringen mit einem glaubwürdigen ökonomischen Gutachten unterfüttern, welches unter anderem nachweist, dass die Kommission in den Rn. 407 ff. des Beschlusses entweder die falschen ökonomischen Kennzahlen betrachtet oder deren marktübliche Höhe falsch bewertet und damit ermessensfehlerhaft gehandelt hat. Zusätzlich müsste es sich hierbei angesichts des weiten Ermessensspielraums, den EuG und EuGH der Kommission bei der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher oder technischer Fragen einräumt⁹³, um recht eindeutige Fehlbeurteilungen handeln.

VII. Potentielle Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Die Kommission gelangt „nach gründlicher Abwägung und Berücksichtigung der Zusagen von EDF“ zu dem Schluss, dass sich die aus der Inbetriebnahme von *Hinkley Point C* resultierenden Wettbewerbsverfälschungen auf das notwendige Maß beschränken und durch die positiven Effekte der Beihilfemaßnahmen wettgemacht würden⁹⁴. Damit untersucht die Kom-

⁸⁹ Vgl. Rn. 407 bis Rn. 494.

⁹⁰ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 514, Rn. 1486.

⁹¹ Vgl.: EuGH C-137/92 P. Slg. 1994, I-2555, Rn. 48; EuGH C-27/05 P, Slg. 2006, I-03681, Rn. 74.

⁹² K. Andová in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 24, Rn. 12.

⁹³ Vgl. hierzu K. Andová in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 24, Rn. 13 m. w. N.

⁹⁴ Rn. 548.

mission, wie an dieser Stelle des Prüfablaufs üblich⁹⁵, ob im Rahmen einer Gesamtabwägung die positiven Auswirkungen der Beihilfe (Zielerreichung) die negativen Auswirkungen der Beihilfe (Wettbewerbsverzerrung und Handelsbeeinträchtigung) überwiegen. Diese Kommissionspraxis hält sich damit grundsätzlich im Rahmen von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV, nach dem Handelsbeeinträchtigungen, entgegen Art. 107 Abs. 1 AEUV, nicht per se verboten sind, sondern nur insoweit als diese dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen. Bis zu einem gewissen Grad kann somit im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV eine Handelsbeeinträchtigung tolerierbar sein. Ebenso wie bereits im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit bzw. Angemessenheit der Maßnahme ausgeführt, kommt der Kommission bei der Beurteilung einer solchen Handelsbeeinträchtigung oder Wettbewerbsverzerrung in der Rechtsprechung des EuG und EuGH ein großer Ermessensspielraum zu (vgl. oben). Insofern können auch die Ausführungen der Kommission im Beschluss zu *Hinkley Point C* in den Rn. 495 ff. im Rahmen dieser eingeschränkten Rechtmäßigkeitskontrolle „nur“ daraufhin überprüft werden, ob die Verfahrensregeln und die Vorschriften über die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegt⁹⁶. Die Beweislast hierfür liegt im Rahmen der Nichtigkeitsklage beim Kläger (vgl. oben). Die Kommission untersucht im Beschluss zu *Hinkley Point C* ausführlich, ob Verzerrungen bei den Investitionen und den Handelsströmen vorliegen⁹⁷, ob es Versuche durch EDF zur Manipulierung des Referenzpreises geben könnte⁹⁸, ob es potentielle Anreize für EDF geben könnte, Kapazitäten zurückzuhalten⁹⁹, ob sich für EDF ein Vorteil durch die Senkung von Absicherungskosten ergeben könnte¹⁰⁰ und ob nachteilige Auswirkungen auf die Liquidität auf dem Großhandelsmarkt zu befürchten seien¹⁰¹. Dabei stützt sie sich in der Argumentation maßgeblich auf die seitens des Vereinigten Königreichs im Rahmen seiner Stellungnahme auf den Einleitungsbeschluss vom 31.01.2014 vorgelegten Studien, Analysen und Gutachten¹⁰² sowie seitens von EDF gemachter Zusagen und Berichtspflichten¹⁰³, die in Anhang C des Beschlusses dokumentiert sind. Grundsätzlich hat die Kommission bei ihrer verfahrensabschließenden Entscheidung,

⁹⁵ J. Heithecker, in: A. Birnstiel/M. Bungenberg/H. Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, 2013, S. 514, Rn. 1487.

⁹⁶ Vgl. K. Andová in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 24, Rn. 13 m. w. N.

⁹⁷ Rn. 502 ff.

⁹⁸ Rn. 512 ff.

⁹⁹ Rn. 520 ff.

¹⁰⁰ Rn. 528 ff.

¹⁰¹ Rn. 535 ff.

¹⁰² Vgl. Rn. 171.

¹⁰³ Rn. 546.

die Stellungnahmen der Beteiligten zu berücksichtigen¹⁰⁴. Die Stellungnahmen der Beteiligten hat die Kommission im Beschluss in den Rn. 76 ff. zusammengefasst. Die Kommission ist grundsätzlich berechtigt, ihre Entscheidung auf der Grundlage der ihr zur Verfügung gestellten Informationen zu treffen, wenn alle Verfahrenserfordernisse beachtet worden sind und die vorliegenden Informationen verlässlich sind¹⁰⁵. Ein eventuelles Klägervorbringen müsste somit substantiiert und, angesichts des großen Ermessensspielraums der Kommission (vgl. oben), in recht eindeutiger Weise entweder eine fehlerhafte Würdigung der seitens des Vereinigten Königreichs vorgelegten Daten durch die Kommission oder die mangelnde Verlässlichkeit der Daten selbst nachweisen.

D. Zusammenfassung möglicher Ermessensfehler und Durchsetzbarkeit im Rahmen einer Nichtigkeitsklage vor dem EuGH

Nach ständiger Rechtsprechung ist die gerichtliche Nachprüfung der Ausübung des Ermessens im Rahmen von Art. 107 Abs. 3 AEUV auf die Überprüfung der Beachtung der Verfahrens- und Begründungsvorschriften sowie auf die Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit der festgestellten Tatsachen und des Fehlens von Rechtsfehlern, von offensichtlichen Fehlern bei der Bewertung der Tatsachen und von Ermessensmissbrauch beschränkt¹⁰⁶. Prozessrechtlich gilt für Handlungen der Unionsorgane grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit bzw. Rechtmäßigkeit (*presomption de légalité*)¹⁰⁷. Daher trifft im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV regelmäßig den Kläger die Beweislast, da dieser die Nichtigkeit der angegriffenen Handlung begehrt¹⁰⁸.

Die materiell-rechtliche Analyse des Beschlusses der Kommission zu *Hinkley Point C* zeigt einige argumentative Schwachstellen und dogmatische zumindest als Ungenauigkeiten zu qualifizierende Aussagen in der beihilferechtlichen Prüfung der Kommission auf, deren prozessuale Durchsetzbarkeit im Rahmen einer Nichtigkeitsklage angesichts des weiten Ermessensspielraums und damit einhergehender zurückgenommener Rechtmäßigkeitskontrolle durch EuG und EuGH nicht sicher prognostiziert werden kann und stark vom substantiierten Vorbringen des jeweiligen Klägers abhängen wird. Folgende Punkte könnten dabei zur Begründung vorgebracht werden:

¹⁰⁴ EuG, T-366/00 (Scott), Slg. 2007 II-797, Rn. 145; *U. Soltész* in: P.-C. Müller-Graf (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, § 15, Rn. 28.

¹⁰⁵ EuG, T-366/00 (Scott), Slg. 2007 II-797, Rn. 147 f.

¹⁰⁶ EuG, T-21/06 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission), Slg. 2009 II-197, Rn. 50 m. w. N.

¹⁰⁷ Vgl.: EuGH C-137/92 P. Slg. 1994, I-2555, Rn. 48; EuGH C-27/05 P, Slg. 2006, I-03681, Rn. 74.

¹⁰⁸ *K. Andová* in: H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 24, Rn. 12.

Die im Beschluss zu *Hinkley Point C* vorgenommene Einschätzung und für den weiteren Prüfungsverlauf maßgebliche Weichenstellung der Kommission, dass die Förderung der Stromerzeugung aus Kernkraft ein Ziel von gemeinsamem Interesse darstellt, ist aufgrund der Existenz des Euratom-Vertrags und der darin enthaltenen Zielsetzung der Gemeinschaft zur Förderung der zivilen Nutzung der Kernkraft wohl als vertretbar einzuordnen. Dies betrifft zunächst die grundsätzlich zulässige Entscheidung des Vereinigten Königreichs über das „Ob“ der Förderung von *Hinkley Point C*. Einer beihilferechtlichen Überprüfung des „Wie“ dieser Förderung durch die Kommission und damit auch einer gerichtlichen Überprüfung der Kommissionsentscheidung im Rahmen einer Nichtigkeitsklage steht aber weder eine eventuelle Sperrwirkung des Euratom-Vertrags noch das Recht der Mitgliedstaaten zur Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV entgegen.

Ungeachtet dieser grundlegenden Weichenstellung weist der Beschluss einige inhaltliche Ungereimtheiten auf, die die Annahme eines Ermessensfehlers nahe legen. So hat die Kommission bei der beihilferechtlichen Überprüfung des CfD einen falschen Prüfungsmaßstab angelegt, indem sie diesen, entgegen vorheriger Beihilfeentscheidungen und seiner Natur als laufende Zahlung in Form einer Marktprämie über 35 Jahre, als Investitionsbeihilfe und nicht als Betriebsbeihilfe eingestuft hat. Betriebsbeihilfen unterliegen jedoch regelmäßig einem strengeren Prüfungsmaßstab als Investitionsbeihilfen, weshalb ein anderer Ausgang des Prüfverfahrens bei dessen Zugrundelegung durchaus möglich ist. Zudem könnte hierin eine Ungleichbehandlung im Vergleich zum angelegten Prüfungsmaßstab im Falle der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien mittels CfD liegen, bei der die Kommission von einer Betriebsbeihilfe ausging. Denn grundsätzlich ist die Kommission an ihre niedergelegten Grundsätze gebunden und durch ihre vorhergegangenen Entscheidungen in ihrer Ermessensausübung beschränkt, sodass eine unbegründete Abweichung gegebenenfalls einen Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes darstellen kann¹⁰⁹.

Eine weitere Ungleichbehandlung ergibt sich aus der abweichenden Regelung der Fördermöglichkeiten in Zeiten von negativen Preisen. Während bei erneuerbaren Energien keine Anreize gesetzt werden dürfen, in Zeiten negativer Preise zu produzieren und damit eine Förderung in diesen Zeiten allenfalls eine Ausnahme sein kann, fehlt es bei *Hinkley Point C* an einem solchen Förderungs Ausschluss für diese Zeitfenstern.

Dasselbe gilt für die Prüfung des Marktversagens durch die Kommission. Auch hier weicht sie erheblich und ohne tragfähige Begründung von den etablierten und der Kommission selbst niedergelegten Gründen für ein Marktversagen ab und erhebt das Resultat eines Marktversagens (Finanzierungsschwierigkeiten eines Unternehmens) kurzerhand zum Marktversagen

¹⁰⁹ EuG, T-21/06 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission), Slg. 2009 II-197, Rn. 51.

selbst. Damit setzt sich die Kommission nicht nur in Widerspruch zu ihrer bisherigen Praxis, zugleich bewirkt sie durch diese Argumentation, dass die beihilferechtliche Prüfung in der Folge nahezu substanzlos wird, da nahezu jegliche staatliche Förderung dazu geeignet ist, etwaige Finanzierungsschwierigkeiten eines Unternehmens zu beheben.

Der Vorwurf der Inkonsistenz zur bisherigen Entscheidungspraxis und Ungleichbehandlung im Vergleich zur Entscheidung im Falle von CfD/Marktprämien für Strom aus erneuerbaren Energien kann auch im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit erhoben werden. Hier geht die Kommission nach vorliegender Ansicht zu Unrecht davon aus, dass der seitens des Vereinigten Königreichs durchgeführte öffentliche Aufruf zur Interessensbekundung einem klaren, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren gleich stehen würde.

Hingegen kann die durch die Kommission vorgenommene Prüfung der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit rein rechtlich kaum beanstandet werden, da sowohl das Verfahren als auch die Begründung den formalen Anforderungen entsprechen. Die erfolgreiche Begründung eines Ermessensfehlers würde hier, unter Berücksichtigung der eingeschränkten Rechtmäßigkeitskontrolle durch das EuG und den EuGH, voraussetzen, dass die Verlässlichkeit der ökonomischen Grundannahmen sowie deren Auswirkungen und darauf fußende Bewertung durch die Kommission, etwa mittels Gutachten, eindeutig in Zweifel gezogen würde.