

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Erfordert das europäische Beihilferecht die Ein- führung von Ausschreibungsverfahren im EEG?

Hintergrundpapier

erstellt von

Helena Münchmeyer, LL.M. Eur.

Dr. Markus Kahles

Fabian Pause, LL.M. Eur.

5

17.07.2014

Zitiervorschlag: *Helena Münchmeyer/Markus Kahles/Fabian Pause*, Erfordert das europäische Beihilferecht die Einführung von Ausschreibungsverfahren im EEG?, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 5 vom 17.07.2014.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail muenchmeyer@stiftung-umweltenergierecht.de

kahles@stiftung-umweltenergierecht.de

pause@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Bankverbindung: Sparkasse Mainfranken Würzburg, Konto 46 74 31 83, BLZ 790 500 00

Inhaltsverzeichnis

A. Abstract	1
B. Einführung	1
C. Anwendungsbereich der EEAG: Es muss eine Beihilfe vorliegen.	2
I. EEG = Beihilfe?.....	2
II. Kann das EEG so ausgestaltet werden, dass es – unterstellt, dass die KOM-Argumentation zutreffend wäre – keine Beihilfe (mehr) ist?.....	3
D. Rechtswidrigkeit der EEAG-Vorgaben und Konsequenzen für Ausschreibungspflicht ... 4	
I. Vorgaben der EEAG zu Ausschreibungen.....	5
1. Übergangsphase in den Jahren 2015 und 2016.....	5
2. Ausschreibungen als Regelfall ab 1. Januar 2017	5
a) Vorgaben für die Durchführung von Ausschreibungen	5
b) Beschränkung auf bestimmte Technologien.....	6
II. Zur Rechtswidrigkeit der EEAG-Vorgaben für die Erneuerbaren-Förderung	7
1. Ermessensüberschreitung	7
a) Verstoß gegen Art. 194 Abs. 2 AEUV.....	7
b) Verstoß gegen die Erneuerbare-Energien-Richtlinie	8
2. Ermessens Fehlgebrauch	9
III. Folgen bei Rechtswidrigkeit der EEAG	10
E. Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten bei Anwendung der EEAG	11
I. Vergleich mit ursprünglichem EEAG-Entwurf und Reichweite der Ausnahmen	12
II. Beihilferechtliche Vereinbarkeitsprüfung ohne Anwendung der EEAG-Vorgaben	12

A. Abstract

- Das EEG 2014 führt schrittweise Ausschreibungen als neues Instrument zur Ermittlung der Förderhöhe ein. Dabei entstand in der politischen Diskussion der Eindruck, diese Entwicklung sei durch das europäische Beihilferecht vorgegeben.
- Zwar hat die Kommission in ihren neuen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (EEAG) eine grundsätzliche Pflicht zur schrittweisen Einführung von Ausschreibungen vorgesehen. Diese kommen aber im Falle des EEG nicht zur Anwendung, da dieses tatbestandsmäßig keine Beihilfe darstellt. Alternativ kämen bei Annahme der Beihilfeeigenschaft des EEG verschiedene alternative beihilfefreie Ausgestaltungsmöglichkeiten des EEG in Frage.
- Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der EEAG. Die Kommission hat durch die Festlegung der Technologieneutralität und der Beschränkung der Förderung auf den Mechanismus einer Marktprämie das ihr zustehende Ermessen überschritten und durch die Einführung einer Ausschreibungspflicht ihr Ermessen fehlgebraucht.
- Für den Fall, dass die EEAG dennoch anwendbar sein sollten, besteht zunächst für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW oder für Demonstrationsvorhaben, wobei für Windkraftanlagen als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt, von einer Ausschreibung abzusehen.
- Daneben bestehen Ausnahmen für die Mitgliedstaaten zur Abweichung von der Ausschreibungspflicht. Es ist jedoch unklar, wie die Kommission diese in ihrer Reichweite auslegen wird und wie die Mitgliedstaaten deren Vorliegen nachweisen sollen. Zudem ist es nur in Einzelfällen denkbar, dass neben den EEAG ungeschriebene Ausnahmefälle bestehen.

B. Einführung

Die Einführung von Ausschreibungen als neuem Instrument zur Ermittlung der Förderhöhe im EEG 2014 stellt einen grundlegenden Systemwechsel im deutschen Recht zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien dar. Als wesentliche Treiber für diese Entwicklung wurden allerdings nicht nationale Erwägungen, sondern vielmehr die Vorstellungen der EU-Kommission über eine marktkonforme Förderung von erneuerbaren Energien in den Vordergrund gestellt, wie sie in ihren neuen „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020“¹ (im Folgenden: EEAG²) zum Ausdruck kommen. Diese Leitlinien wurden – obwohl

¹ Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. V. 28.6.2014, C 200/1.

² Abkürzung gebräuchlich aus dem Englischen für: Environmental protection and energy aid guidelines.

die Bundesregierung weiter an der Rechtsauffassung festhält, dass das EEG keine Beihilfe ist – letztlich zum Maßstab der Diskussion um die künftige Vereinbarkeit des EEG 2014 mit dem Beihilferecht gemacht.

Die vorliegenden Ausführungen sollen vor diesem Hintergrund die Fragestellungen rund um den scheinbaren beihilferechtlichen Zwang zur Einführung eines Ausschreibungsverfahrens behandeln. Denn faktisch hat die Kommission die künftige Ausgestaltung des EEG bereits erheblich beeinflusst. Fraglich ist allerdings, ob sich aus rechtlicher Sicht aus dem europäischen Beihilferecht und dabei insbesondere aus den EEAG überhaupt ein Zwang zur Einführung von Ausschreibungen ergibt oder ob für die Mitgliedstaaten weiterhin die Option auf die Ausgestaltung ihrer Förderinstrumente ohne Ausschreibungen bestehen bleibt.

C. Anwendungsbereich der EEAG: Es muss eine Beihilfe vorliegen.

Damit die EEAG überhaupt zur Anwendung kommen, muss eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen. Denn die EEAG dienen lediglich der Konkretisierung des Ermessens der Kommission im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt. Dieses Ermessen hat die Kommission in Bezug auf die Förderung erneuerbarer Energien erstmals durch Erlass von „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen“³ im Jahre 2008 konkretisiert, welche grundlegend durch die EEAG mit Anwendung ab dem 01. Juli 2014 reformiert wurden.

I. EEG = Beihilfe?

Die Kommission hat in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 18. Dezember 2013 das EEG 2012 überprüft und ist zu dem vorläufigen Ergebnis gekommen, dass das dort zugrunde gelegte System der EEG-Finanzierung aus staatlichen Mitteln gespeist werde⁴. Die EEG-Umlage sei daher als Beihilfe zu qualifizieren. Die Bundesregierung hat sich in ihrer Erwiderung auf den Eröffnungsbeschluss gegen die Argumentation der Kommission gewandt und zudem Nichtigkeitsklage erhoben⁵. Der Argumentation der Kommission ist aus verschiedenen Gründen nicht zu folgen⁶. Unabhängig vom Ausgang dieses Beihilfeverfahrens zum EEG 2012 und der abschließenden Bewertung des EEG 2014 genügt zur Einordnung der hier interessierenden Frage nach

³ Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. V. 01.04.2008, C 82/01.

⁴ Näheres unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eeg-pruefverfahren-kommissionsbrief,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁵ Vgl. dazu Staatssekretär Baake zur Klage gegen EU-Verfahren wegen EEG-Umlage: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/energie,did=627466.htm>.

⁶ Eine ausführliche Stellungnahme der Stiftung Umweltenergierecht hierzu ist abrufbar unter: http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/fileadmin/pdf_aushaenge/Aktuelles/SUER_Hintergrund-papier_zum_EEG-Beihilfeverfahren_2014-03-03v1.pdf.

einem eventuellen Zwang zur Ausschreibung die Feststellung, dass die EEG nur zur Anwendung kommen, wenn bereits tatbestandsmäßig eine Beihilfe vorliegt, was im Fall des EEG jedoch mit guten Gründen bestritten werden kann.

II. Kann das EEG so ausgestaltet werden, dass es – unterstellt, dass die KOM-Argumentation zutreffend wäre – keine Beihilfe (mehr) ist?

Im Beihilfeverfahren argumentiert die Kommission im Wesentlichen damit, dass sich der staatliche Einfluss auf das EEG seit der Entscheidung *PreussenElektra* über das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) aus dem Jahr 2001 und den darauf basierenden Vereinbarkeitsbeschlüssen der Kommission bezüglich des EEG⁷, insbesondere durch die Vorgaben zum Ausgleichmechanismus, deutlich verstärkt habe. Zusammenfassend hat sich damit in den Augen der Kommission der ursprünglich als privatrechtliches Schuldverhältnis zu beurteilende Fördermechanismus des EEG zu einem staatlich kontrollierten Instrument zur Mittelumverteilung gewandelt. Unterstellt, dass diese Argumentation zutreffend wäre, bestünde daher die Möglichkeit, die durch die Novellen des EEG erfolgten und nunmehr von der Kommission als Begründung für die Beihilfeeigenschaft herangezogenen Veränderungen so zu überarbeiten, dass das EEG wieder unzweifelhaft lediglich privatrechtliche Abnahme- und Vergütungspflichten enthält.

Die Kritikpunkte der Kommission im Eröffnungsbeschluss zum EEG-Beihilfeverfahren aufgreifend besteht zunächst die Möglichkeit, zum ursprünglichen EEG-Design zurückzukehren. Damit würde der nunmehr erhobene Vorwurf der zunehmenden staatlichen Einflussnahme auf den Fördermechanismus des EEG auch nach den Maßstäben der EU-Kommission entkräftet. Diese hatte zum EEG 2000 am 22. Mai 2002 im Zuge eines ersten Beihilfeverfahrens festgestellt, dass aufgrund der ursprünglichen Ausgestaltung des EEG mit Abnahme- und Vergütungspflichten und einem bundesweiten Ausgleich mittels der sogenannten physikalischen Wälzung keine staatlichen Mittel zum Einsatz gekommen sind⁸. Damit hatte die Kommission sich den Wertungen des EuGH in dem zum Stromeinspeisungsgesetz ergangenen *PreussenElektra*-Urteil angeschlossen und dieses auf das EEG übertragen.

Es wäre im Rahmen einer solchen Rechtsänderung auch möglich, die ursprüngliche Wälzung zu modifizieren, um sie an die geänderten tatsächlichen Gegebenheiten, etwa durch den fortgeschrittenen Ausbau der erneuerbaren Energien, anzupassen. Denn es ist nicht erforderlich das exakte Design des EEG 2000 wiederherzustellen. Vielmehr kommt es nur darauf an, dass wieder die zentralen Strukturelemente zur Anwendung kommen. Daher wäre auch eine Fortentwicklung der Wälzung i. S. d. Modells der Echtzeitwälzung oder anderer Ausgestaltungsvarianten denkbar. Bei der Echtzeitwälzung besteht wie im ursprünglichen EEG 2000 eine Ver-

⁷KOM, Entscheidung vom 22. Mai 2002, C (2002) 1887 final.

⁸ KOM, Entscheidung vom 22. Mai 2002, C (2002) 1887 final, S. 4.

pflichtung der Vertriebe zur Abnahme einer bestimmten Menge an EEG-Strom zu einem gesetzlich definierten Preis. Von der ersten bis zur vierten Stufe des EEG läge eine geschlossene Kette von Abnahmepflichten mit gesetzlich festgelegten Mindestpreisen vor.

Wenn man eine solche Veränderung vermeiden wollte, weil sie bedeuten würde, dass in den letzten Jahren eingeführte Entwicklungsschritte des Ausgleichmechanismus zur „Marktintegration“ des Erneuerbaren-Stroms zurückgenommen werden müssten, könnte es ausreichend sein, eine andere Ausgestaltung des EEG zu wählen, die gezielt die Kritikpunkte der EU-Kommission im Eröffnungsbeschluss entkräftet und somit auch im Sinne der Kommission ein System ohne Nutzung staatlicher Mittel schaffen würde. So kann, wie im EEG 2014 bereits erfolgt, der privatrechtliche Leistungs-/Gegenleistungscharakter der verschiedenen im EEG vorgesehenen gesetzlichen Schuldverhältnisse zwischen Anlagenbetreiber, (Übertragungs-) Netzbetreiber und Vertrieben im Gesetzestext verstärkt betont werden. Hierzu sieht § 19 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 nunmehr vor, dass ein Förderanspruch nach dem EEG nur besteht, wenn die Anlagenbetreiber den Strom direkt vermarkten und *„dem Netzbetreiber das Recht überlassen, diesen Strom als „Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas“ zu kennzeichnen“*. Diese sogenannte *„Grünstromeigenschaft“* fällt damit an den Netzbetreiber, der sie bezahlt und im Rahmen der Wälzung an den Übertragungsnetzbetreiber weitergibt, der wiederum die Vergütung zahlt⁹. Damit geben die Anlagenbetreiber das Recht, ihren Erneuerbaren-Strom direkt selbst als Grünstrom zu vermarkten, an die Netzbetreiber ab. Durch § 56 Nr. 2 EEG 2014 wird die Weitergabe dieses Rechts an die Übertragungsnetzbetreiber gewährleistet. Die EVU schließlich erhalten nach § 78 Abs. 1 EEG 2014 *„im Gegenzug zur Zahlung der EEG-Umlage“* das Recht, Strom als *„Erneuerbare Energien, gefördert nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz“* zu kennzeichnen. Damit können sie die ihren Kunden durch die EEG-Umlage entstandenen Mehrkosten rechtfertigen und ihren Beitrag zur EE-Förderung herausstreichen. Der Wert der Grünstromeigenschaft fließt somit auch den Vertrieben zu¹⁰. Dieses Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis war dem EEG als gesetzliches Schuldverhältnis zwar schon immer immanent, wird durch die Neufassung des Gesetzestextes im EEG 2014 nun jedoch noch deutlicher. Daneben könnten weitere Veränderungen, etwa an den auch aus Gründen des Verbraucherschutzes eingeführten Vorgaben zur Führung der separaten Konten zur Abwicklung der Zahlungsströme bei den einzelnen Übertragungsnetzbetreibern, der Überwachung durch die BNetzA und an anderen Detailregelungen, erfolgen.

D. Rechtswidrigkeit der EEAG-Vorgaben und Konsequenzen für Ausschreibungspflicht

Im Rahmen der Ermessensausübung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV kann die Kommission auf Leitlinien zurückgreifen, indem sie allgemeine Kriterien und Auslegungsgrundsätze festlegt¹¹. Die

⁹ Vgl. Begründung zu § 19 des Entwurfs des EEG 2014, S. 186.

¹⁰ Vgl. Begründung zu § 74 (jetzt § 78) des Entwurfs des EEG 2014, S. 249.

¹¹ Vgl. W. Frenz, Handbuch Europa, Band 3, 1. Auflage 2007, § 3, Rn. 747.

Kommission bindet sich hierbei bei der Ausübung ihres Ermessens selbst. Nachfolgend soll untersucht werden, ob die Kommission die EEAG überhaupt in der nun vorliegenden Form erlassen durfte oder ob es sich bei der Einführung von Ausschreibungen um eine kompetenz-überschreitende Rechtsetzung der Kommission „durch die Hintertür“ des Beihilferechts handelt.

I. Vorgaben der EEAG zu Ausschreibungen

Die EEAG enthalten in Abschnitt 3.3. zeitlich differenzierte Vorgaben für die Ausschreibung der erneuerbaren Energien. Unterschieden wird zwischen einer Übergangsphase in den Jahren 2015 und 2016 (dazu 1.) und der grundsätzlichen Einführung von Ausschreibungen ab dem 1. Januar 2017 (dazu 2.).

1. Übergangsphase in den Jahren 2015 und 2016

In der Übergangsphase in den Jahren 2015 bis Ende 2016 „sollten [...]“ Beihilfen für mindestens 5 % der geplanten neuen Kapazitäten für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen „[...] im Rahmen einer Ausschreibung anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien gewährt werden“ (Rn. 126 EEAG). Für die Übergangsphase kann damit aufgrund des klaren Wortlauts („sollten“) nicht von einem allgemeinen Ausschreibungszwang gesprochen werden. Insofern hat sich hier, im Vergleich zu der am 9. April 2014 von der Kommission als „*adopted in principle*“ veröffentlichten Fassung der Leitlinien, noch eine bedeutsame Änderung ergeben. Dort fand sich in der allein auf Englisch veröffentlichten Fassung noch die Formulierung „*Aid is granted*“¹², welche in der nunmehr zur Anwendung kommenden Fassung durch „*Aid should be granted*“ ersetzt wurde.

2. Ausschreibungen als Regelfall ab 1. Januar 2017

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die EEAG ab dem 1. Januar 2017 einen Ausschreibezwang vorsehen. Hierzu sind im Folgenden verschiedene Möglichkeiten zu unterscheiden, die den Mitgliedstaaten offen stehen.

a) Vorgaben für die Durchführung von Ausschreibungen

Nach Rn. 126 EEAG gilt ab dem 1. Januar 2017 Folgendes:

„Beihilfen werden im Rahmen einer Ausschreibung anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien gewährt (...)“.

¹² Vgl. dazu Rn. 127 des Entwurfs der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020 (englische Fassung), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/index_en.html.

Dieser weit anmutende Grundsatz wird jedoch in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Zum einen wird der Anwendungsbereich begrenzt und zum anderen enthält Rn. 126 EEAG mehrere Ausnahmen. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs besteht für Beihilfen für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW oder für Demonstrationsvorhaben, wobei für Windkraftanlagen als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt (Rn. 127 EEAG).

Ferner gilt nach Rn. 126 EEAG der Grundsatz, dass Beihilfen im Rahmen einer Ausschreibung gewährt werden, nur *„sofern nicht die Mitgliedstaaten nachweisen, dass*

- a) nur ein Vorhaben oder Standort oder eine begrenzte Zahl von Vorhaben oder Standorten beihilfefähig wären;*
- b) eine Ausschreibung zu einem höheren Förderniveau führen würde (zur Vermeidung strategischen Bietverhaltens);*
- c) eine Ausschreibung dazu führen würde, dass nur wenige Vorhaben verwirklicht werden (Vermeidung der Unterbietung).“*

Aus den EEAG kann jedoch nicht entnommen werden, welche Maßstäbe an die Nachweispflicht gestellt werden. Die Klärung der Nachweisvoraussetzungen und auch der Beweispflicht sind jedoch zur Ausübung der Ausnahmefälle zwingend notwendig und werden von der Kommission noch zu klären sein.

b) Beschränkung auf bestimmte Technologien

Die EEAG sehen ferner vor, dass die Kommission dann von einer Angemessenheit der Beihilfe und von einer den Wettbewerb nicht in einem dem Binnenmarkt zuwiderlaufenden verfälschenden Maße ausgeht, *„sofern an diesen Ausschreibungen alle Erzeuger, die Strom aus erneuerbaren Energiequellen erzeugen, zu diskriminierungsfreien Bedingungen teilnehmen können“*. Nach Rn. 126 EEAG kann die Ausschreibung auf bestimmte Technologien beschränkt werden, *„wenn eine allen Erzeugern offenstehende Ausschreibung zu einem suboptimalen Ergebnis führen würde, das durch die Ausgestaltung des Verfahrens vor allem aus folgenden Gründen nicht verhindert werden könnte:*

- a) längerfristiges Potenzial einer bestimmten neuen, innovativen Technologie oder*
- b) Notwendigkeit einer Diversifizierung oder*
- c) Netzeinschränkungen und Netzstabilität oder*
- d) System(integrations)kosten oder*
- e) Notwendigkeit, durch die Förderung der Biomasse verursachte Wettbewerbsverfälschungen auf den Rohstoffmärkten zu vermeiden.“*

Aus der Formulierung *„vor allem“* lässt sich entnehmen, dass es sich nicht um eine abschließende Aufzählung handelt. Weitere Ausnahmegründe bleiben also grundsätzlich denkbar.

Keine Antwort geben die EEAG jedoch auf die Fragen, was unter einem „suboptimalem Ergebnis“ zu verstehen ist und welche Voraussetzungen die Mitgliedstaaten zu erfüllen haben, um eine solche Ausnahmeregelung in Anspruch zu nehmen. Die Kommission wird auch hier für ein einheitliches Verfahren zu sorgen haben. Darüber hinaus stellt sich die Frage, was die Kommission mit der „Notwendigkeit einer Diversifizierung“ meint. Eine Diversifizierung ist sowohl von der Energiequelle als auch von der Technologie denkbar.

II. Zur Rechtswidrigkeit der EEAG-Vorgaben für die Erneuerbaren-Förderung

Vor allem zwei Punkte spielen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Abschnitt 3.3. EEAG eine Rolle¹³. Zum einen die Frage, ob die Kommission womöglich ihr Ermessen überschritten hat (hierzu 1.) und zum anderen, ob sie, falls dies nicht der Fall sein sollte, ihr Ermessen möglicherweise falsch gebraucht hat (hierzu 2.).

1. Ermessensüberschreitung

Im Rahmen der neuen EEAG kann der Kommission der Vorwurf gemacht werden, bei Erlass der Leitlinien nicht innerhalb ihrer Kompetenzen gehandelt zu haben. Insbesondere die Vorgaben zu Förderinstrumenten, Ausschreibungspflicht und Technologieneutralität begegnen einzeln und in ihrer Gesamtheit rechtlichen Bedenken, sowohl auf primärrechtlicher (hierzu a.) als auch auf sekundärrechtlicher Ebene (hierzu b.).

a) Verstoß gegen Art. 194 Abs. 2 AEUV

Mit Art. 194 AEUV wurde mit dem Vertrag von Lissabon erstmals originär eine Energiekompetenz der Europäischen Union in das Primärrecht aufgenommen. Hierbei handelt es sich um eine so genannte geteilte Zuständigkeit, die überdies durch Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV eingeschränkt wird. Dort wurde ein Souveränitätsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten aufgenommen, der das Recht der Mitgliedstaaten festschreibt, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich ihren „Energimix“ sowie die allgemeine Struktur der Versorgung frei bestimmen können. In diese Bereiche darf nicht von Seiten der EU eingegriffen werden¹⁴.

¹³ Die Frage der Rechtmäßigkeit der Leitlinien kann entweder mittelbar und inzident im Rahmen der richterlichen Prüfung der Ermessensausübung der Kommission bei einer Nichtigkeitsklage gegen einen auf den Leitlinien beruhenden Beihilfebeschluss mitgeprüft oder gegebenenfalls durch eine direkte Nichtigkeitsklage geklärt werden.

¹⁴ M. Ruffert, Vorgaben des Europarechts und nationale Gestaltungsspielräume, in: Hendlner/Marburger/Reiff/Schröder, Energieversorgung und Umweltschutz, Band 102, 2010, S. 31; M. Nettesheim, Das Energiekapitel im Vertrag von Lissabon, JZ 2010, S. 19-25 (23); W. Frenz/A.-M. Kane, Die neue europäische Energiepolitik, NuR 2010, S. 464-475 (473).

Durch die Leitlinien sollen die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, erneuerbare Energien dadurch zu fördern, dass sie ihre beabsichtigten Beihilfen technologieneutral ausschreiben. Daraus kann sich ergeben, dass ein Mitgliedstaat gegebenenfalls dazu gezwungen wäre, eine Technologie zu fördern, die er bei freier Wahl nicht gefördert hätte. Im Ergebnis könnten deshalb die durch Beihilfen geförderten Technologien einen größeren Anteil an dem mitgliedstaatlichen Energiemix erreichen als bei freier Wahl des Mitgliedstaates darüber, welche Technologie er durch die Beihilfe fördert. Fraglich ist, ob der in Rn. 127 EEAG aufgeführte, nicht abschließende Ausnahmekatalog, welcher von der Vorgabe der Technologieneutralität befreit, insoweit wirkt, dass nicht mehr von einem Eingriff in den Souveränitätsvorbehalt gesprochen werden kann. Diese Ausnahmen sind aufgrund ihrer offenen Formulierung zumindest in theoretischer Form sehr weitläufig anwendbar, stehen aber allesamt unter dem Vorbehalt der Anerkennung durch die Kommission. Aber selbst wenn den Mitgliedstaaten hierdurch die Entscheidung über den nationalen Energiemix und somit das Recht, zwischen verschiedenen Energiequellen frei zu wählen, nur teilweise entzogen werden würde, stünde bereits diesem teilweise Entzug der Souveränitätsvorbehalt entgegen. Im Gegensatz zu seinem Pendant im Rahmen der Umweltkompetenz nach Art. 192 Abs. 2 lit. c) AEUV fehlt dem Souveränitätsvorbehalt gerade eine Erheblichkeitsschwelle. Ein wenn auch nur teilweiser Entzug dieser Hoheit kann nur als Eingriff in diesen primärrechtlich geschützten Schutzbereich des Souveränitätsvorbehaltes gewertet werden.

b) Verstoß gegen die Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Auf sekundärrechtlicher Ebene wurde dem Recht der Förderung erneuerbarer Energien durch die Erneuerbaren-Energien-Richtlinie 2009/28/EG¹⁵ (im Folgenden: EE-RL) eine Grundlage gegeben. Den Mitgliedstaaten wird dort ein großer Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Förderregelungen gewährt. Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EE-RL können Mitgliedstaaten zur Erreichung ihrer verbindlichen nationalen Gesamtziele für das Jahr 2020 „*unter anderem*“ Maßnahmen wie Förderregelungen und Kooperation zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten anwenden. Diese Vorschrift ist als Kann-Vorschrift formuliert, so dass es ausdrücklich ihnen überlassen bleibt, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern und welche Förderregelungen sie erlassen wollen. Dabei wird der Begriff der „*Förderregelungen*“ in den Begriffsbestimmungen in Art. 2 lit. k) der EE-RL sehr weit definiert und geht damit über ein Ausschreibungssystem mit Marktprämie hinaus, so dass den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum bleibt. Art. 2 lit. k) der EE-RL enthält auch Instrumente, bei denen per se davon auszugehen ist, dass sie eine Beihilfeeigenschaft aufweisen, so dass auch nicht argumentiert werden kann, dass die Wahlfreiheit nur insoweit besteht, als gerade keine Beihilfe vorläge.

¹⁵ Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, Abl. Nr. L 140/16.

Die Kommission ist nicht berechtigt, die den Mitgliedstaaten in der EE-RL garantierte Wahlfreiheit durch Leitlinien, die in ihrer Eigenschaft als Tertiärrecht in der Normenhierarchie unter der EE-RL stehen, einzuschränken. Die Festlegung der Marktprämie als Vergütungsform und des Ausschreibungsverfahrens in den EEAG steht dieser Wahlfreiheit entgegen. Daran ändert sich auch nichts durch den von der Ausschreibepflicht befreienden umfangreichen Ausnahmekatalog in Rn. 126 EEAG. Denn trotz Ausnahmekatalog verbleibt ein Eingriff in die Wahlfreiheit der Förderinstrumente. Im Übrigen umfasst die in der EE-RL festgeschriebene Wahlfreiheit auch das Recht der Mitgliedstaaten zu bestimmen, welche Technologien gefördert werden sollen. Denn im Ergebnis würden die durch Beihilfen geförderten Technologien einen größeren prozentualen Anteil an dem mitgliedstaatlichen Energiemix erreichen als ohne die Beihilfe. Den Mitgliedstaaten wird mithin die Entscheidung über die Ausgestaltung ihrer nationalen Förderungen, die in der EE-RL ausdrücklich festgeschrieben ist, teilweise entzogen. Die Wertung des Unionsgesetzgebers den Mitgliedstaaten bei Ausgestaltung der nationalen Förderregelungen einen großen Spielraum zu belassen, wurde erst kürzlich durch den EuGH in seiner zur Warenverkehrsfreiheit ergangenen Entscheidung *Ålands Vindkraft*¹⁶ bestätigt.

2. Ermessensfehlergebrauch

Der EU-Kommission kommt im Rahmen der beihilferechtlichen Vereinbarkeitsprüfung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV ein weiter Ermessensspielraum zu, der sich auch bei der Ausgestaltung der Beihilfeleitlinien fortsetzt. Dieses Ermessen ist sowohl fehlerfrei als auch im Einklang mit den sonstigen primär- und sekundärrechtlichen Regelungen auszuüben¹⁷. Die Kommission muss ihr Ermessen „nach Maßgabe sozialer und wirtschaftlicher Wertungen ausüben, die auf die Union als Ganzes¹⁸ zu beziehen sind¹⁹“. Dabei ist die Kommission verpflichtet, sämtliche aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive im Kontext der konkreten Ausnahmebestimmung wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen²⁰ Gesichtspunkte zu beachten²¹. Die Kommission nimmt im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung eine Abwägung vor. Ein allgemeiner Grundsatz

¹⁶ EuGH, Urteil v. 1.7.2014 (*Ålands Vindkraft*), Rs. C-573/12, Rn. 98 ff.

¹⁷ Vgl. J. Kühling in Streinz, EUV/AEUV, Art. 107 AEUV, Rn. 109.

¹⁸ Private Interessen wie z.B. die der begünstigten Unternehmen oder die Interessen des die Beihilfe gewährenden Mitgliedstaates sind nicht zu berücksichtigen, vgl. V. Kreuzschitz, in: Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 529; EuGH Rs. 730/79, Rn. 26; EuGH Rs. 296, 318/82, Rn. 9.

¹⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C- 301/87, Rn. 49; EuGH, Rs. 730/79, Rn. 24; EuGH, Rs. C-303/88, Rn. 34; Verb. Rs. C-278/92, 279/92, 280/92, Rn. 51; EuG, Rs. T-17/03, Rn. 41; EuG, Rs. T-369/06, Rn. 92; EuGH Rs. C-333/07, Rn. 78; EuGH Rs. C-456/00, Rn. 41; EuGH Rs. C-310/99, Rn. 45; EuGH Rs. C-278/00, Rn. 97; EuG Rs. T-371/94, Rn. 282.

²⁰ Dabei müssen nicht nur die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren Umstände (z.B. Finanzierungsweise der Beihilfe), die die Beihilfe begleiten, bei der Entscheidung beachtet werden; vgl. EuGH Rs. 47/69, Rn. 16/17.

²¹ EuGH, Rs. 47/69, Rn. 7/8; EuGH, verb. Rs. 296/82 und 318/82, Rn. 25; EuG Rs. T-371/94, Rn. 283.

für eine ordnungsgemäße beihilferechtliche Würdigung ist dabei, dass die geplante Beihilfemaßnahme ein geeignetes Instrument zur Verwirklichung des angestrebten Ziels sein muss. Dies muss die Kommission nachprüfbar abwägen und begründen.

Im vorliegenden Fall hat die Kommission kürzlich ihr Impact Assessment als Begleitdokument zu den Beihilfeleitlinien veröffentlicht²². Dort führt sie unter anderem aus, weshalb sie aus der Vielzahl der in den Mitgliedstaaten verwendeten Instrumente zur Ermittlung der Förderhöhe von Strom aus Erneuerbaren Energien für vorzugswürdig hält:

“At the outset, it should be stated that support schemes based on competitive bidding can always do at least as well as those based on administratively set remuneration if only the tariff/premium rate calculated in this regard is used as a starting point (maximum reserve price). However, well designed competitive bidding support schemes can lead to lower support levels, thus promoting improvements in cost-efficiency.”²³

Allerdings bleibt die Kommission eine Begründung schuldig, warum nur Ausschreibungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar im Sinne des Beihilferechts gelten sollen. Im Gegenteil dazu erkennt die Kommission sogar in ihrem am 18. Dezember 2013 bekanntgegebenen Beschluss zur Eröffnung des Prüfverfahrens bezüglich der „Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen“²⁴ an, dass der vorhandene Mechanismus des EEG 2012 keine Überkompensation darstellt²⁵. Insofern liegt es nahe, dass die Kommission sich in Abschnitt 3.3. der EEAG durch Festschreibung einer Ausschreibungspflicht ermessensfehlerhaft auf eine einzige Möglichkeit hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgelegt hat.

III. Folgen bei Rechtswidrigkeit der EEAG

Die Selbstbindung der Kommission durch die EEAG kann nur so weit reichen, wie die Leitlinien nicht selbst gegen Primär- oder Sekundärrecht verstoßen²⁶. Sind Leitlinien rechtswidrig, ent-

²² Commission, Impact Assessment, Guidelines on State aid for environmental protection and energy for 2014-2020, SWD(2014) 140, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0139_en.pdf.

²³ COM, SWD(2014) 140, S. 43.

²⁴ Vgl. ABl. V. 7.2.2014, Nr. C 37/73.

²⁵ Vgl. Randnummer (164) des Eröffnungsbeschlusses.

²⁶ EuG, Urteil v. 3.4.2003, Rs. T-119/02 (Royal Philips). Slg. 2003, II-1433, Rn. 242.

falten sie keine Anwendungskraft, da die Befugnis zum Erlass von Leitlinien keine Ermächtigung zur Änderung des bestehenden Rechts beinhaltet²⁷. Dabei ist zu beachten, dass die Leitlinien hierfür über eine reine Erläuterung von Bestimmungen hinausgehen müssen und tatsächlich spezifische oder neue Verpflichtungen festlegen müssen²⁸.

Daraus folgt, dass Abschnitt 3.3. EEAG bei Rechtswidrigkeit keine Bindungswirkung für die Kommission entfaltet und nicht zur Ermessensausübung herangezogen werden darf. Die Konsequenz daraus wäre, dass die zu bewertende Maßnahme wieder nach Art. 107 Abs. 3 AEUV direkt bzw. die diesen konkretisierenden allgemeinen Vereinbarkeitskriterien nach Abschnitt 3.2. EEAG zu bewerten wäre. Auf Grundlage gefestigter EuGH-Rechtsprechung und KOM-Entscheidungspraxis hat die Kommission dort folgende Prüfungspunkte für die Abwägung festgelegt: a) genau definiertes Ziel von gemeinsamen Interessen, b) Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen, c) Geeignetheit der Beihilfemaßnahme, d) Anreizeffekt, e) Angemessenheit der Beihilfe, f) Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten und g) Transparenz der Beihilfe.

Als Konsequenz hätte die Kommission bei jeder Beihilfemaßnahme zur Förderung erneuerbarer Energien eine individuelle Abwägung vorzunehmen, um die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt zu prüfen. Allein daraus folgt schon, dass nicht unbedingt das Förderinstrument Ausschreibung grundsätzlich am besten geeignet ist, das Ziel zu erreichen. Wie man schon aus den Erwägungen des Eröffnungsbeschlusses zum Beihilfeverfahren bezüglich des EEG 2012 folgern kann, sieht die Kommission auch in dem bisherigen Fördersystem mit Einspeisetarifen, deren Höhe administrativ festgelegt werden, keine Überkompensation, so dass sich dieses System ebenfalls als geeignet darstellen kann. Bei einer individuellen Abwägung ist eine Vielfalt von verschiedensten Förderinstrumenten denkbar. Werden die EEAG als rechtswidrig eingestuft, besteht kein Ausschreibezwang, sondern eine Offenheit gegenüber einer Vielfalt von Fördersystemen, solange diese geeignet sind, das Ziel des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV zu erreichen.

E. Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten bei Anwendung der EEAG

Nachfolgend soll erörtert werden, welche Spielräume für die Mitgliedstaaten bestehen, um von der Einführung von Ausschreibungen abzuweichen, sollte Abschnitt 3.3. EEAG entgegen der soeben geäußerten Ansicht rechtmäßig sein und somit Anwendung finden.

²⁷ Vgl. S. Thomas, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG Kommission, EuR 2009, S. 428.

²⁸ Vgl. J. Schwarze, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, S. 9.

I. Vergleich mit ursprünglichem EEAG-Entwurf und Reichweite der Ausnahmen

Zur Beurteilung der Spielräume der Mitgliedstaaten im Rahmen der EEAG ist ein Rückblick auf den Entwurf der Leitlinien vom 18. Dezember 2013 sinnvoll. Vergleicht man den Entwurf mit der endgültigen Fassung wird deutlich, dass die ursprünglich vorgesehenen Vorschriften zur Einführung von Ausschreibungen viel restriktiver gefasst waren. Sowohl eine Übergangsphase als auch Ausnahmetatbestände sucht man hier vergebens. Die Ausschreibung war im Entwurf ab dem Tag der Geltung der Leitlinien als zwingende Voraussetzung vorausgesetzt, so dass man wohl von einem Ausschreibezwang ausgehen musste.

Hiervon ist in der endgültigen Fassung eine Abkehr erfolgt. Wie bereits dargestellt, gilt zwar grundsätzlich auch hier ab dem 01. Januar 2017 eine Verpflichtung zur Ausschreibung, es bestehen jedoch nunmehr Ausnahmemöglichkeiten²⁹. Darin kann folgende Systematik gesehen werden: im Regelfall ist von einer Ausschreibungspflicht auszugehen. Nur im Falle des Nachweises einer solchen Ausnahme durch die Mitgliedstaaten kann von dieser Pflicht abgewichen werden.

Zudem besteht für die Mitgliedstaaten ein Handlungsspielraum bei der Frage, ab welcher Anlagengröße überhaupt eine Ausschreibung durchgeführt werden muss. Die EEAG sehen hier vor, dass der Anwendungsbereich der Ausschreibungspflicht eingeschränkt ist. Beihilfen für Anlagen mit einer installierten Stromerzeugungskapazität von weniger als 1 MW oder für Demonstrationsvorhaben, wobei für Windkraftanlagen als Grenzwert eine installierte Stromerzeugungskapazität von 6 MW oder 6 Erzeugungseinheiten gilt (Rn. 127 EEAG), können auch ohne Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens gewährt werden.

II. Beihilferechtliche Vereinbarkeitsprüfung ohne Anwendung der EEAG-Vorgaben

Grundsätzlich ist die Kommission an die von ihr erlassenen Leitlinien sowohl aufgrund des Gedankens der Selbstbindung der Verwaltung als auch wegen der Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes (Ausprägung des europarechtlichen Rechtsstaatlichkeitsprinzips i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EUV) gebunden³⁰. Fraglich ist, ob trotz Festlegung der Ausschreibungspflicht in den EEAG die Einführung anderer Förderinstrumente möglich ist, ohne dass eine Ausnahmeregelung von der Ausschreibungspflicht einschlägig ist.

Von den Leitlinien darf die Kommission nur ausnahmsweise abweichen, wenn ein sachlicher Grund dafür vorliegt³¹. Die Leitlinien erfassen als norm- bzw. ermessenskonkretisierende

²⁹ Vgl. dazu oben D.I.

³⁰ J. Heithecker, in: Birnstiel/Bungenberg, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kapitel 1, Rn. 1062.

³¹ Vgl. S. Thomas, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG Kommission, EuR 2009, 428; W. Frenz, Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien nach dem Vertrag von Lissabon, WRP 2010, S. 228, W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Rn. 752; J. Heithecker, in: Birnstiel/Bungenberg, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kapitel 1, Rn. 1062.

Rechtsakte immer nur typischerweise auftretende Rechtsanwendungsfälle³². Eine verbotene Ungleichbehandlung liegt aber dann nicht vor, wenn für die Abweichung von den Leitlinien eine sachliche Rechtfertigung angeführt werden kann³³. Eine solche Rechtfertigung bedarf jedoch der Darlegung von Umständen, die entweder bei der Abfassung der Leitlinien nicht berücksichtigt werden konnten oder ersichtlich nicht berücksichtigt wurden³⁴. Würde es sich um einen solchen nicht umfassten Fall handeln, wäre daher eine Prüfung der Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV vorzunehmen, ohne auf die Leitlinien zurückzugreifen (siehe oben). Die Konsequenz wäre auch hier eine individuelle Ermessensabwägung der jeweiligen konkreten Situation, welche auch Alternativen zu dem Instrument der Ausschreibung denkbar macht. Die Abweichung von den Leitlinien ist aus Gründen der Rechtssicherheit nur im Ausnahmefall möglich und dann auch nur im Einzelfall. Daher ist unter den genannten Voraussetzungen eine Ausnahme vom Ausschreibezwang neben den geltenden Leitlinien theoretisch denkbar.

³² Vgl. *S. Thomas*, EuR 2009, S. 427.

³³ EuGH, Urteil v. 15.1.2002, Rs.C-171/00 P (*Libéros*), Slg. 2002, I-451, Rn. 35; mit weiteren Nachweisen unter *S. Thomas*, EuR 2009, Fn. 31.

³⁴ *S. Thomas*, EuR 2009, S. 428.