

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission
zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012**

Inhalte, Einordnungen und *Konsequenzen* aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Hintergrundpapier

erstellt von

Nora Grabmayr, Achim Stehle

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

2

Februar 2014

Zitiervorschlag: *Nora Grabmayr/Achim Stehle/Fabian Pause/Thorsten Müller, Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 2 vom Februar 2014.*

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail grabmayr@stiftung-umweltenergierecht.de

stehle@stiftung-umweltenergierecht.de

pause@stiftung-umweltenergierecht.de

mueller@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 •

IBAN DE16790500000046743183 • BIC BYLADEM1SW

Inhaltsverzeichnis

A. Hintergrund und Inhalt des Eröffnungsbeschlusses der EU-Kommission vom 18. Dezember 2013	1
I. Einführung	1
II. Gegenstand und Reichweite des aktuellen Verfahrens	2
III. Standpunkt der EU-Kommission in Bezug auf die Förderung der Anlagenbetreiber durch das EEG	3
1. Wie begründet die Kommission ihre Entscheidung hinsichtlich des Einsatzes staatlicher Mittel?	4
a) Allgemeine Erwägungen der Kommission	4
b) Anwendung auf Vergütungsmechanismus des EEG	6
2. Nimmt die Kommission eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt an?	7
IV. Einordnung des Grünstromprivilegs durch die Kommission	7
1. Wie begründet die Kommission ihre Entscheidung?	7
2. Nimmt die Kommission hier eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV an?	8
3. Sonstige Bedenken in Bezug auf das Grünstromprivileg?	8
V. Wie bewertet die Kommission die Besondere Ausgleichsregelung (§§ 40 ff. EEG)? ...	9
1. Wie begründet die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe?	9
2. Sind die §§ 40 ff. EEG nach Auffassung der Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar?	10
B. Eigene Einschätzung und Bewertung	12
I. Stellt die Förderung von Anlagenbetreibern eine Beihilfe dar?	12
1. Tatbestandsmerkmal der Begünstigung	12
a) Wann liegt eine Begünstigung vor?	12
b) Mögliche Anwendung der Altmark-Kriterien auf die Förderung der EEG-Anlagenbetreiber?	14
2. Kommen staatliche Mittel zum Einsatz?	15
a) Zweck der EEG-Umlage ist nicht die Finanzierung der Förderung der Anlagenbetreiber	16
b) Die ÜNB werden nicht mit der Verwaltung staatlicher Mittel betraut	17

c) Aus den gesetzlichen Regelungen folgt keine staatliche Verwendungsbestimmung	20
d) Die Rolle der BNetzA wird überschätzt	21
e) Ungenaue und unsaubere Argumentation der Kommission	21
3. Zusammenfassung.....	22
II. Besteht eine Diskriminierung durch das Grünstromprivileg?	23
III. Einordnung der Besonderen Ausgleichsregelung	24
1. Begünstigung.....	24
2. Staatlichkeit der Mittel.....	25
3. Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt.....	25
a) Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV.....	26
b) Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV	27
c) Zusammenfassung.....	28
C. Zusammenfassung	28

A. Hintergrund und Inhalt des Eröffnungsbeschlusses der EU-Kommission vom 18. Dezember 2013

I. Einführung

Aufgrund von mehreren Beschwerden, u.a. des Bundes der Energieverbraucher im Dezember 2011, hatte die Kommission seit Sommer 2012 eine beihilferechtliche Vorprüfung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) durchgeführt. Diese Vorprüfung wurde nunmehr abgeschlossen und die Kommission hat ein förmliches Prüfverfahren eingeleitet. Der Beschluss zur Eröffnung des Prüfverfahrens ist am 18. Dezember 2013 bekanntgegeben worden¹. Die Veröffentlichung des Schreibens an die Bundesrepublik Deutschland im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 07.02.2014², so dass Beteiligte nunmehr innerhalb eines Monats nach dieser Veröffentlichung eine Stellungnahme einreichen können³.

Das Beihilfeverfahren, geregelt in Art. 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁴ und der Beihilfeverfahrensverordnung (BVVO), besteht regelmäßig aus dem Vorverfahren und dem förmlichen Prüfverfahren, auch Hauptverfahren genannt. Zuständiges Organ für die Beihilfenaufsicht ist nach den Vorschriften des AEUV die Kommission. Im Vorverfahren erfolgt eine vorläufige Prüfung der Maßnahme und ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, die mit einem Beschluss nach Art. 4 Abs. 2, 3 oder 4 BVVO⁵ beendet wird. Hat die Kommission gemäß Art. 4 Abs. 4 BVVO entschieden, ein förmliches Prüfverfahren zu eröffnen, kommt es zum Hauptverfahren. Darin prüft die Kommission gemäß Art. 108 Abs. 2 S. 1 AEUV detailliert, ob die beanstandete Maßnahme eine Beihilfe darstellt und ob

diese Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Das förmliche Prüfverfahren endet mit einem Beschluss nach Art. 7 BVVO, der zum Inhalt haben kann, dass entweder keine Beihilfe

¹ Siehe Pressemitteilung der Kommission vom 18.12.2013, IP/13/1283, sowie Beschluss der Kommission, KOM C (2013) v. 18.12.2013, 4424 final. Der Beschluss ist abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eeg-pruefverfahren-kommissionsbrief,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

² Vgl. ABl. v. 7.2.2014, Nr. C 37/73.

³ Vgl. Art. 6 Abs. 1, 20 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 vom 22.03.1999, ABl. v. 27.3.1999, Nr. L 83/1 (Beihilfeverfahrensverordnung - BVVO), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. v. 31.7.2013, Nr. L 204/15.

⁴ Wortlaut des Art. 108 AEUV: (1) Die Kommission überprüft fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegelungen. [...] (2) Stellt die Kommission fest, [...] dass eine von einem Staat [...] gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 unvereinbar ist [...], so beschließt sie, dass der betreffende Staat sie [...] aufzuheben oder umzugestalten hat. [...] (3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. [...]

⁵ Die Kommission kann entscheiden, dass keine Beihilfe vorliegt (Abs. 2), dass die Maßnahme mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist (Abs. 3) oder dass ein förmliches Prüfverfahren gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV einzuleiten ist (Abs. 4).

vorliegt (Abs. 2), dass eine mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe vorliegt (Abs. 3 und 4) oder dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist (Abs. 5).

Die Prüfung, ob eine Beihilfe vorliegt, erfolgt in zwei Schritten:

I. Zunächst muss der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt sein, es muss also eine Beihilfe vorliegen. Voraussetzungen dafür sind: Das Vorliegen einer selektiven Begünstigung durch (unmittelbar oder mittelbar) staatliche Mittel, die zu einer Handelsbeeinträchtigung führen und geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen (vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV).

II. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Beihilfe ausnahmsweise als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann. Dies geschieht maßgeblich im Rahmen der Ermessensentscheidung des Art. 107 Abs. 3 AEUV. Dieses Ermessen hat die Kommission durch den Erlass von *Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen* im Jahre 2008 konkretisiert.

II. Gegenstand und Reichweite des aktuellen Verfahrens

Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses vom 18.12.2013 ist das EEG in der Fassung, in der es zum 1. Dezember 2012 in Kraft getreten ist (Rn. 150⁶). Die früheren Fassungen des EEG sind damit nicht Teil des Verfahrens. Die Kommission überprüft insbesondere die Vereinbarkeit von drei Regelungsbereichen des EEG⁷ mit dem europäischen Beihilferecht:

- Die Förderung von Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen durch Vergütungsanspruch und Marktprämie (§§ 16 ff, 33a ff. EEG),
- die Förderung erneuerbarer Energien durch das sogenannte Grünstromprivileg (§ 39 EEG),
- die Begrenzung der EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen durch die Besondere Ausgleichsregelung (§§ 40 ff. EEG).

Aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Verfahrens allein auf das EEG 2012 bezieht sich das Beihilfeverfahren nur auf die Sachverhalte, die durch dieses Gesetz geregelt werden. Das EEG 2012 ist zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten. Für alle früheren Ereignisse findet mit einzelnen Ausnahmen nur das EEG in der zum jeweiligen Zeitpunkt der Inbetriebnahme der

⁶ Randnummern ohne weitere Angabe beziehen sich im Folgenden auf den Eröffnungsbeschluss der Kommission v. 18.12.2014, veröffentlicht in ABl. v. 7.2.2014, Nr. C 37/73.

⁷ Die Kommission setzt sich neben den oben erwähnten Bereichen ebenfalls mit der Flexibilitätsprämie (Rn. 168 ff.) sowie mit der Förderung des Grubengases (Rn. 187 ff.) auseinander.

Anlage geltenden Fassung Anwendung, § 66 Abs. 1 EEG 2012. Daraus folgt, dass sich das Beihilfeverfahren nur auf die folgenden Bereiche erstreckt:

- Vergütungszahlungen und Zahlungen der Marktprämie für Strom aus Anlagen, die ab dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen wurden oder bereits vorher in Betrieb genommen wurden, wenn sie für die Marktprämie optiert haben⁸,
- die Nutzung des Grünstromprivilegs in den Jahren 2012 und 2013 sowie
- die Begrenzung der EEG-Umlage nach § 40 ff. EEG ab dem 1. Januar 2013, da das BAFA erstmals im Jahr 2012 für das Jahr 2013 Entscheidungen auf Basis des EEG 2012 getroffen hat.

III. Standpunkt der EU-Kommission in Bezug auf die Förderung der Anlagenbetreiber durch das EEG

Die Kommission ordnet die Förderung der Anlagenbetreiber durch Einspeisevergütung und Marktprämie auf Grundlage des EEG 2012 als Beihilfe ein (Rn. 73 ff.):

- Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien würden dadurch begünstigt, dass sie durch die Einspeisetarife einen höheren Preis erzielen, als sie am Markt erhalten würden. Die erforderliche Selektivität – also der Umstand, dass die Beihilfe nur bestimmten Marktakteuren gewährt wird – ergebe sich aus der Tatsache, dass nur Produzenten von Elektrizität aus erneuerbaren Energien sowie Grubengas begünstigt würden. Durch die Maßnahme könnten Wettbewerb und Handel beeinträchtigt werden (Rn. 75).
- Die Vorteile für die Anlagenbetreiber sowie die Einspeisetarife seien dem Staat zurechenbar, da sie gesetzlich geregelt seien und Verordnungen umsetzen würden (vgl. Rn. 80).
- Die EU-Kommission bejaht auch die Staatlichkeit der Mittel (Rn. 95 ff.). Damit unterscheidet sich diese Einschätzung der Kommission wesentlich von der *PreussenElektra*-Entscheidung des EuGH im Jahr 2001 zum Stromeinspeisungsgesetz (StrEG)⁹ sowie von

⁸ Die Übergangsvorschrift des § 66 Abs. 1 Nr. 10 S. 1 EEG ermöglicht auch bereits bestehenden Anlagen, die Möglichkeiten der Direktvermarktung des EEG 2012 zu nutzen: (1) Für Strom aus Anlagen, die nach dem am 31. Dezember 2011 geltenden Inbetriebnahmebegriff vor dem 1. Januar 2012 in Betrieb genommen worden sind, sind unbeschadet des § 23 Absatz 2 bis 4 die Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074) in der am 31. Dezember 2011 geltenden Fassung mit folgenden Maßgaben anzuwenden: (...) Nr. 10 Die §§ 33a bis 33g sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass bei der Berechnung der Marktprämie nach § 33g der anzulegende Wert nach § 33h die Höhe der Vergütung in Cent pro Kilowattstunde ist, die für den direkt vermarkteten Strom bei der konkreten Anlage im Fall einer Vergütung nach den Vergütungsbestimmungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes in der für die jeweilige Anlage maßgeblichen Fassung tatsächlich in Anspruch genommen werden könnte.

⁹ EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 (PreussenElektra AG/Schleswig), Slg. 2001, I-2099; in dieser Entscheidung hat der EuGH das StrEG (Vorgängerregelung des EEG) nicht als Beihilfe eingeordnet, da nach seiner Auffassung die Verpflichtung der privaten Unternehmen, Strom zu bestimmten Mindestpreisen abzunehmen und einzuspeisen, keine staatlichen Mittel involviere und das System allein durch den Einsatz privater Mittel funktioniere.

der Entscheidung der Kommission im Jahr 2002 zum EEG 2000¹⁰, in denen das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel jeweils verneint wurde.

1. Wie begründet die Kommission ihre Entscheidung hinsichtlich des Einsatzes staatlicher Mittel?

Die Kommission kommt in ihrer vorläufigen Schlussfolgerung zum Ergebnis, dass „*der Staat [...] sowohl auf der Ebene des Vorteils (Einspeisevergütung) als auch auf der Ebene seiner Finanzierung (des gesamten Mechanismus der EEG-Umlage)*“ interveniere (Rn. 136)¹¹.

a) Allgemeine Erwägungen der Kommission

Die Kommission geht unter Heranziehung einzelner Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) davon aus, dass auch private Gelder, die staatlich festgelegt und nach gesetzlichen Vorgaben verwaltet und verteilt werden, auch dann auf die Übertragung staatlicher Mittel schließen lassen, wenn ihre Verwaltung nicht durch öffentliche Stellen erfolgt (Rn. 91). Sie benennt verschiedene Entscheidungen des EuGH und des Gerichts erster Instanz (EuG), aus denen sie Grundsätze für die Beurteilung der Frage ableitet, ob bei Finanzierung der Einspeisevergütung und der Begrenzung der EEG-Umlage aufgrund des EEG 2012 staatliche Mittel zum Einsatz kommen (Rn. 94). Folgende Entscheidungen des EuGH und des EuG werden von der Kommission u.a. angeführt (Rn. 81 ff):

- Doux Elevage SNC¹²:
 - „Artikel 107 Absatz 1 AEUV erfasst alle Geldmittel, auf die die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören“ (Rn. 81).
 - „Nicht in jedem Fall [muss] festgestellt werden [...], dass eine Übertragung staatlicher Mittel stattgefunden hat, damit der einem oder mehreren Unternehmen gewährte Vorteil als eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV angesehen werden kann“ (Rn. 82).
- Air France/Kommission¹³ (Rn. 83):
 - „Eine zunächst private Herkunft der Mittel [schließt] deren Einstufung als staatliche Mittel im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV nicht aus.“

¹⁰ Entscheidung der Kommission v 22.5.2002, C (2002) 1887 final (Abl. C 164/5): Hier hat die Kommission entschieden, in Bezug auf das EEG 2000 kein Hauptverfahren zu eröffnen, da die Regelung des EEG keine Beihilfe darstelle.

¹¹ Die Kommission stellt hier allein auf die Einspeisevergütung ab, ohne die Markt- oder Flexibilitätsprämie ausdrücklich zu nennen. Sie macht jedoch in ihrer Argumentation in den Rn. 99 und 107 deutlich, dass diese Prämien Teil des Vergütungssystems des EEG sind und somit auch Teil der Vorteilsgewährung.

¹² Vgl. EuGH v. 30.5.2013, Rs. C-677/11 (Doux Elevage), noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht, Rn. 34 f.

¹³ Vgl. EuG v. 12.12.1996, Rs. T-358/09 (Air France/Kommission), Slg. 1996, I-2109, Rn. 63 bis 65.

- *„Die Tatsache, dass die Mittel zu keinem Zeitpunkt zum Vermögen des Staates gehören, schließt nicht aus, dass die Mittel unter Umständen staatliche Mittel darstellen, wenn sie ständig unter staatlicher Kontrolle stehen.“*
- Steinike & Weinlig/Deutschland¹⁴ (Rn. 84): *„Das in Artikel 92 Absatz 1 enthaltene Verbot erfasst sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen, ohne dass danach zu unterscheiden ist, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt wird.“*
- Italien/Kommission¹⁵ (Rn. 85): *„Da die fraglichen Fonds nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden, und, wie der vorliegende Fall zeigt, gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, sind sie als staatliche Mittel im Sinne des Artikels 92 zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut wäre.“*
- Essent¹⁶ (Rn. 87 ff.):
 - *„47 Nach allem ist der in Rede stehende Tarifaufschlag eine Abgabe, die Elektrizität unabhängig davon, ob sie eingeführt oder im Inland erzeugt wird, nach einem objektiven Kriterium, der Zahl der übertragenen Kilowattstunden, belastet.“*
 - *„66 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass diese Beträge auf dem den Elektrizitätskunden gemäß Artikel 9 OEPS vom Staat auferlegten Tarifaufschlag beruhen, in Bezug auf den in Randnr. 47 des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, dass es sich um eine Abgabe handelt. Diese Beträge gehen somit auf staatliche Mittel zurück.“*
 - *„74 „Ebenso unterscheidet sich die in Rede stehende Maßnahme von derjenigen, um die es im Urteil vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099), ging, in dem der Gerichtshof in Randnr. 59 entschieden hat, dass die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen, führt. In diesem Fall waren die Unternehmen nicht vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden, sondern zur Abnahme unter Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet.“*

Zusammenfassend stellt die Kommission heraus, dass es *„für die Beurteilung der Frage des Vorliegens öffentlicher Mittel unabhängig von deren ursprünglicher Herkunft auf den Umfang der Beteiligung der öffentlichen Stellen bei der Festlegung der betreffenden Maßnahmen und ihrer Finanzierungsmodalitäten ankomme“*¹⁷ (Rn. 91).

¹⁴ Vgl. EuGH v. 22.3.1977, Rs. C-78/76 (Sienike & Weinlig/Deutschland), Slg. 1977, 595, Rn. 21.

¹⁵ Vgl. EuGH v. 2.7.1974, Rs. C-173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709 Rn. 16.

¹⁶ Vgl. EuGH v. 17.7.2008, Rs. 206/06, Urteil (Essent), Slg. 2008, I-5497, Rn. 47, 66 und 74.

¹⁷ Die Kommission bestätigt diese Auffassung in ihrem aktuellen Entwurf zu einer „Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Art. 107 Abs. 1 TFEU (AEUV)“ in der dortigen Rn. 60. Dieser Entwurf beinhaltet

b) Anwendung auf Vergütungsmechanismus des EEG

Die Kommission stützt ihre Einschätzung im Hinblick auf das EEG im Wesentlichen auf die folgenden Gründe (Rn. 80, 95 ff.):

- *Die ÜNB werden mit der EEG-Umlage ausgestattet, um Vergütungsverpflichtungen zu erfüllen* (vgl. Rn. 96 ff.):
 - Der Zweck der EEG-Umlage sei gesetzlich festgelegt (Rn. 98): Sie diene der Finanzierung des Differenzbetrags zwischen den Einnahmen aus der Vermarktung von EEG-Strom durch die ÜNB und den Kosten, die bei ihnen infolge der Vergütungsverpflichtung gemäß EEG anfallen; aus Sicht der Kommission heißt das, dass die EEG-Umlage der Finanzierung des wirtschaftlichen Vorteils diene, den Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien im Rahmen des EEG 2012 erzielen können.
 - Die Verwendung der Gelder aus der EEG-Umlage sei ebenfalls staatlich bestimmt (vgl. Rn. 96).
 - Die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage sei gesetzlich verankert (Vgl. Rn. 129).
 - Die Höhe der EEG-Umlage sei nicht frei bestimmbar, da die Kriterien zur Berechnung im EEG und den Durchführungsbestimmungen festgelegt seien (Vgl. Rn. 119).
 - Die Mittel seien zweckgebunden, § 3 Ausgleichsmechanismus-Verordnung (AusglMechV) (Vgl. Rn. 120).
 - Die Überschüsse dürften ebenfalls nicht verwendet werden, sondern seien gesetzlich als Einnahmen festgelegt (Vgl. Rn. 120).
- *Die ÜNB verwalten die EEG-Umlage und wurden mit dieser Tätigkeit vom Staat betraut* (vgl. Rn. 103 ff.)
 - Die ÜNB seien mit den zentralen Verwaltungsaufgaben beauftragt worden, wie z.B. mit der Abnahme und Vergütung des EEG-Stroms, der Vermarktung des EEG-Stroms, der Berechnung der EEG-Umlage, der Erhebung der EEG-Umlage bei den EVU (Vgl. Rn. 103, 104).
 - Dadurch würde die Verwaltung der Kosten und Erlöse der EEG-Umlage bei den ÜNB zentralisiert (Vgl. Rn. 106).
 - Die EEG-Umlage müsse in getrennten Büchern dargestellt und in getrennten Konten geführt werden (Vgl. Rn. 106).
 - Die Initiative zur Förderung des Stroms komme nicht von den ÜNB, sondern sei staatlich (Vgl. Rn. 124).
- Die staatliche Kontrolle sei durch die Befugnisse der Bundesnetzagentur (BNetzA) gewährleistet (vgl. Rn. 109 ff.). Die BNetzA überwache die ÜNB bei Ausführung ihrer Aufgaben.

die Auffassung der Kommission, wann die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV gegeben sind; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_en.pdf.

Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass die Förderung von EE-Strom nicht aus privaten Mitteln finanziert wird und dass der Staat Kontrolle über die finanziellen Mittel ausübt, die dabei zum Einsatz kommen. Die Kontrolle entstehe durch die Festlegung, wer von den Vorteilen profitiere sowie nach welchen Kriterien und in welcher Höhe die Vorteile vergeben würden. Darüber hinaus würden die Mittel staatlich bereitgestellt, indem die EEG-Umlage staatlich initiiert sowie Ziel und Zweck der Umlage gesetzlich festgelegt worden seien (Vgl. Rn. 136).

2. Nimmt die Kommission eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt an?

Nach Einschätzung der Kommission ist die Förderung der Anlagenbetreiber durch das Vergütungskonzept des EEG mit dem Binnenmarkt vereinbar (Rn. 151 ff.). Die Kommission prüft dabei getrennt die Einspeisevergütung für Erzeuger von EE-Strom (Rn. 151-163), die Marktprämie (Rn. 164-167) und die Flexibilitätsprämie für Strom aus Biogasanlagen (Rn. 168-172). Bei der Überprüfung stützt sich die Kommission auf die Vorgaben der von ihr erlassenen Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen¹⁸ und kommt zu dem Schluss, dass alle Formen der Förderung der Anlagenbetreiber diesen Voraussetzungen entsprechen, da sie insbesondere nicht zu einer Überkompensation führe (Rn. 163, 167, 172).

IV. Einordnung des Grünstromprivilegs durch die Kommission

Das Grünstromprivileg ist in § 39 EEG geregelt und stellt eine Möglichkeit der Direktvermarktung von EE-Strom dar. Dieses Privileg ermöglicht die Verringerung der EEG-Umlage in den Fällen, in denen EVU eine bestimmte Mindestmenge an Strom aus erneuerbaren Energien in ihrem Portfolio anbieten. Mittelbar wird durch diesen Vorteil eine Förderung der Anlagenbetreiber erreicht, da die EVU aufgrund der Vergünstigung der EEG-Umlage den Grünstromanbietern einen über dem üblichen Marktpreis liegenden Preis bezahlen könnten. Die Kommission geht daher auch hier von einer Beihilfe aus (Rn. 173 ff.).

1. Wie begründet die Kommission ihre Entscheidung?

Die Beihilfeeigenschaft begründet die Kommission damit, dass die Finanzierung der Reduktion nach § 39 EEG durch die EEG-Umlage ermöglicht wird (Rn. 143). Indem die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) im Falle des § 39 EEG einen verringerten Beitrag erheben, würde auf staatliche Mittel verzichtet werden. Dadurch entstehe ein Einnahmeverlust, der aus der EEG-Umlage

¹⁸ Vgl. Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, Abl. v. 01.04.2008, Nr. C 82/1, Rn. 109: „3.1.6.2. Betriebsbeihilfen, Option 1: Die Mitgliedstaaten können Betriebsbeihilfen als Ausgleich für die Differenz zwischen den Kosten für die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energieträgern (einschließlich der Abschreibung des Mehraufwands für den Umweltschutz) und dem Marktpreis des betreffenden Energieerzeugnisses gewähren. Diese Betriebsbeihilfen dürfen nur bis zur vollständigen Abschreibung der Anlagen nach den üblichen Bilanzierungsregeln gewährt werden. Die von der betreffenden Anlage zusätzlich erzeugte Energie ist nicht beihilfefähig. Durch die Beihilfe kann jedoch auch eine normale Kapitalrendite sichergestellt werden.“

finanziert werde. Da die Kommission die EEG-Umlage als Beihilfe einschätzt, werde somit auch eine reduzierte EEG-Umlage davon umfasst. Die staatliche Beteiligung bleibe auch im Falle der Reduktion der EEG-Umlage bestehen, da die Bundesnetzagentur sicherstellen müsse, dass die Voraussetzungen des § 39 EEG erfüllt sind.

2. Nimmt die Kommission hier eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV an?

Auch hier bezieht die Kommission sich auf die Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen¹⁹ und bejaht die Vereinbarkeit des Grünstromprivilegs mit dem Binnenmarkt (Rn. 173 ff.). Sie prüft die Voraussetzungen der Vereinbarkeit (Keine Rentabilität ohne Förderung, keine Überkompensation, Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und ein Förderungs-Zeitraum von maximal 10 Jahren) und kommt zu dem Ergebnis, dass das Grünstromprivileg den Kriterien der Leitlinien entspricht.

3. Sonstige Bedenken in Bezug auf das Grünstromprivileg?

Die Kommission bewertet allerdings das Grünstromprivileg als möglicherweise nicht mit Art. 30 AEUV (Verbot von Importzöllen) oder 110 AEUV (Verbot diskriminierender Abgaben) vereinbar (Rn. 244 ff.)²⁰. Art. 30 AEUV verbietet jede Form der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten und Art. 110 AEUV schließt höhere Abgaben auf ausländische Waren zum Schutz inländischer Produktion aus. Die Kommission führt diesbezüglich aus, dass das EEG 2012 dem ersten Anschein nach insofern eine diskriminierende Wirkung haben dürfte, als insbesondere § 39 EEG 2012 im Fall der sogenannten

¹⁹ Vgl. Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, Abl. v. 01.04.2008, Nr. C 82/1, Rn. 110: „*Option 2: a) Die Mitgliedstaaten können erneuerbare Energien auch durch Marktinstrumente wie Umweltzertifikate oder Ausschreibungen fördern. Auf diese Weise kommt den Erzeugern dieser Energie indirekt eine garantierte Nachfrage zu einem Preis über dem Marktpreis für konventionelle Energie zugute. Der Preis für Umweltzertifikate wird nicht im Voraus festgesetzt, sondern bestimmt sich nach Angebot und Nachfrage. b) Stellen diese Marktinstrumente staatliche Beihilfen dar, kann die Kommission diese genehmigen, wenn die Mitgliedstaaten nachweisen können, dass ohne die Förderung die Rentabilität des betreffenden erneuerbaren Energieträgers nicht gewährleistet ist, dass die Förderung insgesamt keine Überkompensation zur Folge hat und die Erzeuger nicht davon abhält, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Die Kommission wird diese Beihilfesysteme für einen Zeitraum von zehn Jahren genehmigen.*“

²⁰ Der Prüfungsmaßstab der Kommission umfasst auch andere Vorschriften des AEUV. Aus der Systematik des Unionsrechts folgt, dass das Beihilfenkontrollverfahren nach Art. 108 AEUV und der BVVO niemals zu einem Ergebnis führen darf, das zu den besonderen Vorschriften des Vertrags im Widerspruch steht; vgl. dazu *M. Bungenberg*, in *Birnstiel/ders./Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht*, 2013, Einleitung, Rn. 121 sowie *M. Heidenhain*, *European State Aid Law*, 2010, § 45, Rn. 3; siehe dazu auch Generaldirektion Wettbewerb, Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020, veröffentlicht am 18.12.2013, Rn. 25 („*Wenn eine Beihilfemaßnahme oder die mit ihr verbundenen Bedingungen (einschließlich der Finanzierungsmethode, wenn diese Bestandteil der Maßnahme ist) zwangsläufig zu einem Verstoß gegen EU-Recht führen würden, kann die Beihilfe nicht für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden.*“) mit Verweis auf u.a. folgende Rechtsprechung: EuGH v. 19.9.2000, Rs. C 156/98 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-6857, Rn. 78; EuGH v. 22.12.2008, Rs. C 333/07 (Régie Networks/Rhone Alpes Bourgogne), Slg. 2008, I-10807, Rn. 94-116.

Direktvermarktung einen verringerten Satz der EEG-Umlage vorsieht, der nur dann zum Tragen kommt, wenn das Elektrizitätsversorgungsunternehmen 50 % seines Stromportfolios von inländischen Erzeugern von EE-Strom bezogen hat. Sie kommt zu der Auffassung, dass dies daher eine diskriminierende Abgabe im Sinne des Artikels 110 AEUV darstellen dürfte (Rn. 246)²¹. Abschließend führt die Kommission aus, dass sie Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit des EEG 2012 mit den Art. 30 und 110 AEUV habe, sofern es Einfuhren betrifft, die im Rahmen des EEG förderfähig gewesen wären, wenn sie in Deutschland erzeugt worden wären (Rn. 256).

V. Wie bewertet die Kommission die Besondere Ausgleichsregelung (§§ 40 ff. EEG)?

Die §§ 40 ff. EEG ermöglichen Unternehmen, die als stromintensiv definiert werden, eine Begrenzung der EEG-Umlage, indem sie gegenüber ihren Elektrizitätsversorgungsunternehmen einen Anspruch auf eine verringerte EEG-Umlage erhalten. Die Berechtigung zur Begrenzung der EEG-Umlage wird durch Verwaltungsakt seitens des Bundesamtes für Ausfuhrkontrolle und Wirtschaft (BAFA) nachgewiesen. Ziel der Regelung ist es, durch die verringerten Stromkosten die internationale Wettbewerbsfähigkeit der begünstigten Unternehmen zu erhalten.

1. Wie begründet die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe?

Die Kommission sieht in der Reduktion der EEG-Umlage eine Begünstigung. Die Selektivität sei dadurch gegeben, dass die Befreiung nur für stromintensive Unternehmen gilt, die zum produzierenden Gewerbe gehören. Durch die Maßnahme könnten Wettbewerb und Handel beeinträchtigt werden (Rn. 76 ff.).

Auch hier betont die Kommission, dass das Erfordernis der staatlichen Mittel erfüllt sei (Rn. 138 ff.): Zum einen sei durch das BAFA eine staatliche Behörde involviert. Zum anderen würde die Ausnahme von der EEG-Umlage zu geringeren Einnahmen führen. Der Ausgleich erfolge durch die Erhöhung der EEG-Umlage und somit einer erhöhten Belastung der übrigen Verbraucher. Das bedeute, dass diese Ausnahme durch die EEG-Umlage finanziert werde, die bereits als staatliches Mittel eingeordnet wurde. Eine Verringerung der Umlage bedeute daher einen Einnahmeverlust, der aus der EEG-Umlage finanziert werde (Rn. 142), so dass die Kommission wohl einen Verzicht auf staatliche Mittel annimmt.

²¹ Im Eröffnungsbeschluss fehlt es sowohl an einer Definition einer Abgabe als auch an einer ausdrücklichen Einordnung der EEG-Umlage als Abgabe. Allein in Rn. 136 heißt es: „*In diesem Sinne entspricht die EEG-Umlage einer Umlage in gleicher Weise wie die Abgabe, um die es in der Rechtssache Essent ging*“. Dieser Satz kann aber nicht ohne weiteres dahingehend verstanden werden, dass es sich bei der EEG-Umlage um eine Abgabe handele.

2. Sind die §§ 40 ff. EEG nach Auffassung der Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbar?

Die Kommission prüft in Bezug auf die Besondere Ausgleichsregelung die Vereinbarkeit mit Art. 107 Abs. 3 AEUV. Diese Vorschrift enthält fünf Fallgruppen, bei deren Vorliegen eine Beihilfe ausnahmsweise als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann. Die Kommission hat hier einen Ermessensspielraum, ob eine der Fallgruppen vorliegt. Sie muss somit bewerten, ob die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 AEUV, und vorliegend der möglicherweise einschlägigen Bestimmungen unter lit. b) und lit. c) AEUV, erfüllt werden. Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV ermöglicht dabei Beihilfen für Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse. Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV benennt als mögliche Ausnahme vom Beihilfeverbot die Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Bei der Prüfung des Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV nimmt die Kommission Bezug auf die Umweltschutzleitlinien, in denen die Voraussetzungen zur Vereinbarkeit von Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (VGEI), mit denen vorrangig Umweltschutzziele verfolgt werden, dargelegt sind²². Als Voraussetzungen für die Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV wird in den Leitlinien Folgendes ausgeführt²³:

- Eine klare Definition des Projekts (inklusive Umsetzung, beteiligte Akteure, Ziele, Auswirkungen, Mittel)
- Ein gemeinsames europäisches Interesse
- Notwendigkeit der Unterstützung und Anreizeffekt
- Erhebliches Ausmaß des Projekts im Hinblick auf Größe und Auswirkungen

Die Kommission zweifelt daran, dass die Besondere Ausgleichsregelung zu einem bestimmten und klar definierten Projekt zugeordnet werden kann. Selbst wenn man von einem europäischen Projekt „80% Erneuerbare Energien bis 2050“ ausgeht, erscheine das gemeinsame europäische Interesse als fraglich. Die Kommission sieht vielmehr ein rein nationales Projekt in der Förderung des Ausbaus der erneuerbaren Energien. Im Ergebnis lehnt die Kommission eine mögliche Vereinbarkeit ab.

Die Kommission prüft auch eine mögliche Vereinbarkeit auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV direkt. Für die Vereinbarkeit mit dieser Norm werden folgende Kriterien vorausgesetzt:

- Ein Ziel gemeinsamen Interesses

²² In Bezug auf Art. 107 Abs. 3 lit. b) vgl. Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, Abl. v. 01.04.2008, Nr. C 82/1, Rn. 147 ff. der Leitlinien.

²³ Diese Voraussetzungen hat die Kommission mittlerweile in einem Entwurf für eine „Mitteilung der Kommission, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt“ vom 28.1.2014 konkretisiert, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_cei/draft_communication_ipcei_de.pdf.

- Ist die Maßnahme geeignet, dieses Ziel zu erreichen?
- Bewirkt die Maßnahme einen Anreizeffekt und ist sie verhältnismäßig?
- Sind die negativen Effekte so gering, dass die positiven Aspekte überwiegen?

Im Rahmen des Vorverfahrens hatte die Bundesregierung zu dieser Frage bereits Stellung genommen und – vorsorglich für den Fall des Vorliegens einer Beihilfe – die Vereinbarkeit der Maßnahme aufgrund Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV bejaht (Rn. 216 ff.)²⁴. Die Kommission ist jedoch anderer Ansicht. Nach ihrer Auffassung ist das gemeinsame Interesse an einer Regelung wie §§ 40 ff. EEG zweifelhaft (Rn. 220 ff.). Die Kommission geht in ihrer Würdigung auf ihr Konsultationspapier vom 11. März 2013 und die darin enthaltene Idee ein, ob die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen als Rechtfertigung von Umweltschutzbeihilfen, insbesondere in Form von Befreiungen von der Finanzierung der EE-Strom-Förderregelung für energieintensive Verbraucher, dienen kann²⁵.

Insofern erklärt die EU-Kommission, dass auch Kapitel 4 der Umweltschutzleitlinien, das Umweltsteuern zum Gegenstand hat, nicht anwendbar sei, da die EEG-Umlage keine Umweltsteuer im Sinne der Leitlinien darstelle (Rn. 221). Zudem sei in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit nicht erwiesen, dass derselbe Effekt nicht mit weniger Unterstützung erreicht werden könnte (Rn. 239). Die Bundesregierung habe keine ausreichenden Daten zur Verfügung gestellt und werde daher aufgefordert, mehr Daten (allgemein zum Markt, zu den verschiedenen Sektoren und zum Handel mit Drittstaaten) zu liefern. Darüber hinaus sind auch hier Stellungnahmen von Dritten erwünscht.

²⁴ Die Bundesregierung hatte u.a. angeführt: Eine Vereinbarkeit mit Art. 107 Abs. 3 c) AEUV sei gegeben, da die Besondere Ausgleichsregelung zu den Zielen des EEG beitrage, keine vollständige Befreiung von der EEG Umlage vorliege, die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der stromintensiven Industrie die Abwanderung dieser Unternehmen verhindere, es keine andere Möglichkeit gebe, die Förderung der Industrie und Umweltschutz miteinander zu vereinbaren und die Verhältnismäßigkeit gegeben sei, weil die Finanzierung der EEG-Umlage auch durch die stromintensiven Unternehmen ermöglicht werde.

²⁵ Diese Idee findet auch Eingang in den neuen, von der Generaldirektion Wettbewerb am 18.12.2013 veröffentlichten *Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020*, siehe dort zu den Voraussetzungen im Einzelnen Rn. 180-186; danach soll es möglich sein, dass eine staatliche Maßnahme in Form einer Beihilfe darauf abzielt, die Wettbewerbsfähigkeit von bestimmten energieintensiven Unternehmen zu erhalten und dadurch ihre Abwanderung zu verhindern.

B. Eigene Einschätzung und Bewertung

An der vorläufigen Schlussfolgerung der Kommission, dass es sich bei dem Vergütungsregime des EEG in Form von Einspeisevergütung und Marktprämie, dem Grünstromprivileg und der Verringerung der EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen jeweils um eine Beihilfe handle, bestehen erhebliche Zweifel. Im Folgenden wird auf die Argumentation der Kommission in Bezug auf die Förderung der Anlagenbetreiber (dazu I.), dort insbesondere auf die Tatbestandsmerkmale der Begünstigung und der Staatlichkeit der Mittel, eingegangen und der Frage nachgegangen, ob das Grünstromprivileg tatsächlich eine diskriminierende Wirkung entfaltet (dazu II.). Ferner wird die Einschätzung der Kommission hinsichtlich der Beihilfeei-genschaft der Besonderen Ausgleichsregelung sowie deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt untersucht (dazu III.).

I. Stellt die Förderung von Anlagenbetreibern eine Beihilfe dar?

Wie oben bereits dargelegt, bedarf es für die Annahme einer Beihilfe der kumulativen Erfüllung von vier Tatbestandsvoraussetzungen: Das Vorliegen einer selektiven Begünstigung durch (unmittelbar oder mittelbar) staatliche Mittel, die zu einer Handelsbeeinträchtigung führen und geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen (vgl. Art. 107 Abs. 1 AEUV). Die Ausführungen der Kommission im Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 begegnen vor allem in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung und das Tatbestandsmerkmal des Einsatzes staatlicher Mittel erhebliche Bedenken.

1. Tatbestandsmerkmal der Begünstigung

a) Wann liegt eine Begünstigung vor?

Der Tatbestand der Begünstigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt voraus, dass ein „Unternehmen eine *Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung* (Kompensation) erlangt²⁶.“ Eine Leistung liegt dann vor, wenn es sich um einen geldwerten Vorteil handelt. Der geldwerte Vorteil muss durch eine marktübliche Gegenleistung kompensiert werden. Dies setzt voraus, dass das Geschäft unter einer normalen Marktsituation ebenfalls stattfinden würde. Der EuGH zieht für diese Prüfung den sog. „*private investor test*“ heran²⁷. Danach ist zu prüfen, „ob die staatliche Kapitalzufuhr unter Bedingungen erfolgte, die für einen *hypothetischen privaten Vergleichsinvestor* (etwa eine Bank) unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen in der konkreten Investitionssituation akzeptabel wären²⁸.“

²⁶ Mit weiteren Nachweisen: *J. Kühling* in Streinz, Kommentar zum AEUV, Art. 107 AEUV, Rn. 28.

²⁷ ²⁷ EuGH, Urteil vom 21.03.1991, C-305/89 (Alfa Romeo), Rn. 19.

²⁸ *J. Kühling*, in Streinz, Art. 107 AEUV, Rn. 33.

Im Eröffnungsbeschluss prüft die Kommission das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung nur rudimentär. Die Kommission argumentiert, die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien würden durch Einspeisevergütungen, Marktprämien oder gemäß § 39 EEG durch Direktvermarktung selektive Vorteile (Rn. 75 ff.) erhalten. Diese Vorteile bestünden darin, dass die derart gesetzlich festgelegten Preise über den am „Großhandelsmarkt“ erzielten Preisen liegen würden. Unter dem Großhandelsmarkt versteht die Kommission dabei augenscheinlich allein die Strombörse Epex (vgl. auch Rn. 56).

Diese Einordnung ist allerdings aus zwei Gründen nicht zwingend. Zum einen besteht der Großhandelsmarkt für Strom aus mehreren Marktplätzen und nicht nur aus der Strombörse Epex. Die Epex ist lediglich der Ort, an dem die Übertragungsnetzbetreiber nach deutschem Recht gezwungen sind, die EEG-Strommengen zu vermarkten²⁹. Dass deshalb andere Vertriebskanäle mit ihren jeweiligen Preisbildungsmechanismen in der beihilferechtlichen Betrachtung außen vor bleiben müssten, ist damit per se noch nicht gesagt. Zum anderen geht die Kommission nicht auf die Frage ein, weshalb der Preis für Graustrom ohne weiteres auch als Maßstab für den tatsächlichen Marktwert von Grünstrom heranzuziehen ist. Dass sich diese Frage nicht selbstevident beantwortet, hat jüngst der Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO) deutlich gemacht, indem er nach einer umfänglichen Herleitung für das Subventionsregime der WTO feststellte, dass der richtige Vergleichsmaßstab für Grünstrom nicht der Großhandelsmarkt für Graustrom, sondern ein eigener Grünstrommarkt ist³⁰. Im Eröffnungsbeschluss der Kommission finden sich derartige Überlegungen nicht.

Die Kommission geht aber auch nicht auf das zweite Merkmal einer Vorteilsgewährung – die marktübliche Gegenleistung – ein und prüft demnach auch die möglichen Ausnahmen vom Erfordernis der Gegenleistung nicht. Selbst wenn die Kommission im Rahmen des – von ihr im Übrigen gar nicht durchgeführten – *private investor*-Tests zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass dieser nicht bestanden werden würde, so wäre sie jedoch verpflichtet gewesen, die Rechtsprechung des EuGH in diesem Zusammenhang vollumfänglich zu berücksichtigen. So hat der EuGH im Fall *Altmark Trans* entschieden, dass Unterstützungen für Unternehmen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nachgehen, unter bestimmten Voraussetzungen keine Vorteile darstellen. Er hat dazu ausgeführt:

„Eine staatliche Maßnahme fällt nicht unter Art. 92 Abs. 1 EGV [107 Abs. 1 AEUV], soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finan-

²⁹ Vgl. § 2 AusglMechV.

³⁰ WTO Appellate Body Report, *Japan v Canada – Certain Measures affecting the renewable energy generation sector*, WT/DS412/AB/R and *EU v Canada – Measures relating to the feed-in tariff program*, WT/DS426/AB/R, adopted 6 May 2013, para. 5.178.

ziellen Vorteile erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen“³¹.

Voraussetzungen dafür sind (1) die tatsächliche Betrauung mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und eine klare Definition dieser Verpflichtungen, (2) die vorzeitige Festlegung objektiver und transparenter Parameter zur Berechnung des Ausgleichs, (3) die Angemessenheit des Ausgleichs (Kostendeckung) sowie (4) die Durchführung eines Vergabeverfahrens oder einer Kostenanalyse anhand eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens³². Liegen diese Voraussetzungen allesamt vor, ist die Maßnahme mangels Begünstigung insgesamt nicht als Beihilfe zu qualifizieren.

b) Mögliche Anwendung der Altmark-Kriterien auf die Förderung der EEG-Anlagenbetreiber?

Die Kommission hätte die *Altmark*-Kriterien im Einzelnen prüfen müssen. Hätte sie dies getan, so hätte sie feststellen müssen, dass viel für eine Erfüllung dieser Kriterien im Rahmen des EEG sprechen würde. Denn das EEG erfüllt durch die Förderung des Ausbaus von erneuerbaren Energien die mögliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung einer nachhaltigen Energieversorgung (§ 1 EEG), wodurch auch die Interessen des Klima- und Umweltschutzes berücksichtigt werden³³. Im Rahmen des ersten Kriteriums der *Altmark*-Rechtsprechung sowie in Art. 106 Abs. 2 AEUV (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) wird vorausgesetzt, dass ein Hoheitsakt vorliegt, durch den die Betrauung gewährt wird. Eine rein faktische Übernahme der Verpflichtung reicht nicht aus³⁴, es bedarf vielmehr eines offiziellen Aktes, der die Verpflichtung konkretisiert³⁵. Wäre die Kommission in ihrer Argumentation konsequent geblieben, so hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass die von ihr behaupteten engen Festlegungen des EEG als Betrauungsakt angesehen werden könnten. Das EEG würde insofern als Gesetz einen offiziellen Rechtsakt der Betrauung darstellen und darüber hinaus wesentliche Ausführungen in Bezug auf die Verpflichtung des Ausbaus der erneuerbaren Energien enthalten³⁶.

³¹ EuGH, Urteil vom 24.07.2003 (*Altmark Trans*), C-280/00, Rn. 87.

³² EuGH, Urteil vom 24.07.2003 (*Altmark Trans*), C-280/00, Rn. 89-94.

³³ So auch *R. Ismer/A. Karch*, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 530: „Im Ergebnis dürfte eine Gemeinwirtschaftlichkeit hinsichtlich der Lieferung von klimaschonend erzeugter Elektrizität zu bejahen sein“.

³⁴ So *C. Koenig/J. Paul* in Streinz, Kommentar zum AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV, Rn. 61; *C. Jung* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 106 AEUV, Rn. 42.

³⁵ Vgl. *C. Koenig/J. Paul* in Streinz, Kommentar zum AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 106 AEUV, Rn. 61; *C. Jung* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 106 AEUV, Rn. 40.

³⁶ So auch *R. Ismer/A. Karch*, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 531-532. Darüber hinaus betonen die Autoren, dass Zweck der *Altmark*-Kriterien vor allem sei, „eine Umgehung des Beihilferechts durch die Mitgliedstaaten zu verhindern.“ Das Merkmal der Betrauung habe daher bisher keine eigenständige Bedeutung erlangt. Im vorliegenden Fall sei „eine Betrauung aller Personen anzunehmen, die die im Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllen.“; a.A.

Auch die übrigen Kriterien des Altmark-Falles wären im vorliegenden Fall zu bejahen³⁷: Die Parameter für Berechnungen des finanziellen Vorteils sind im EEG transparent und objektiv festgelegt. Auch der Grundsatz der Kostendeckung ist erreicht, da keine Überkompensation stattfindet, wie die Kommission selbst feststellt (vgl. Rn. 160, 164 des Eröffnungsbeschlusses). Zweck der Kostenanalyse³⁸ ist es, eine effiziente Leistungserbringung durch den konkret Be-trauten³⁹ zu gewährleisten. Die absolute Obergrenze der Kosten ist die Überkompensation. Die Kommission hat bisher nicht festgelegt, was unter einem gut geführten Unternehmen zu verstehen ist und hat es daher auch gelten lassen, wenn die Mitgliedstaaten dargelegt haben, dass die gewählte Lösung die kostengünstigste war⁴⁰. Hier zeigt sich wieder die Schwierigkeit der Einordnung des EEG-Systems als Beihilfe, da es sich beim EEG nicht um eine konkrete Maßnahme handelt, sondern um eine abstrakt-generelle Regelung. Die Kommission macht jedoch in ihren Ausführungen deutlich, dass sie davon ausgeht, dass das System des EEG gleichwertig bzw. nicht günstiger ist als die Methode, die in den Leitlinien zu Umweltschutz-beihilfen dargestellt wird (Rn. 162 und 167). Insofern wäre es überzeugender, im hier vorlie-genden Fall die ausreichende Kostenanalyse zu bejahen.

2. Kommen staatliche Mittel zum Einsatz?

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel führt die Kommission fol-gende Argumente an, deren kumulatives Vorliegen den Einsatz staatlicher Mittel beweisen sollen: (1) Der Staat habe die EEG-Umlage eingeführt, um die Förderung von EE-Strom im Rah-men des EEG zu finanzieren; (2) der Staat habe den ÜNB die Aufgabe übertragen, alle mit der Einspeisevergütung und der EEG-Umlage zusammenhängenden Finanzflüsse zu zentralisieren und zu verwalten; (3) der Staat habe sehr detaillierte Regeln für die Ermittlung der EEG-Um-lage und ihre Verwendung und Zweckbestimmung aufgestellt; (4) der Staat könne die Finanz-flüsse durch umfangreiche Kontrollmechanismen überwachen (Rn. 95). Weder können die von der Kommission angeführten Argumente für sich genommen noch gemeinsam überzeugen:

V. Behlau, Die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien auf dem Prüfstand des europäischen Beihilfenrechts, in: T. Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbare Energien, 2012, S. 336 (346 ff.).

³⁷ So auch R. Ismer/A. Karch, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 532: „Die Parameter (...) werden durch das EEG objektiv und transparent aufgestellt.“ Außerdem sei das EEG durch „die schrittweise Anpassung an die Marktfähigkeit der erneuerbaren Energien“ so gestaltet, dass der Ausgleich nicht über den tatsächlichen Bedarf hinausgehe. Auch das Effizienzkriterium sei durch das „Erstellen der Vergütungssätze auf Grundlage wissenschaftlicher Vorarbeiten“ erfüllt.

³⁸Rn. 93: „[...] so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

³⁹ C. Arhold in MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), 2011, Art. 107, Rn. 235.

⁴⁰ C. Arhold in MüKo zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 3 (Beihilfe- und Vergaberecht), 2011, Art. 107, Rn. 236.

a) Zweck der EEG-Umlage ist nicht die Finanzierung der Förderung der Anlagenbetreiber

Die Kommission behauptet, der Zweck der EEG-Umlage sei gesetzlich definiert und liege „in der Finanzierung des wirtschaftlichen Vorteils, den Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien erzielen können“ (Rn. 99). Richtig ist vielmehr, dass die EEG-Umlage allein der Finanzierung der Differenz zwischen den Einnahmen der ÜNB durch die Vermarktung des abgenommen EEG-Stroms und den Ausgaben der ÜNB, insbesondere durch deren Vergütungspflichten gegenüber den aufnehmenden Netzbetreibern, dient. Zweck der EEG-Umlage ist jedoch nicht die Finanzierung der Vergütung der Anlagenbetreiber. Die aufnehmenden Netzbetreiber bezahlen – wie auch schon nach Maßgabe des dem *PreussenElektra*-Urteil zugrundeliegenden Stromeinspeisungsgesetzes – für den Strom aus erneuerbaren Energien einen festgelegten Mindestpreis an die Anlagenbetreiber (§ 16 EEG). Die EEG-Umlage wird von den EVU an die ÜNB bezahlt, um die finanzielle Belastung der ÜNB durch die Stromvermarktung auszugleichen. In anderen Worten: Die EEG-Umlage wird von den EVU als Gegenleistung für die Vermarktungstätigkeit der ÜNB bezahlt, die diese für die EVU übernehmen.

Die EEG-Umlage entspricht weder in Bezug auf ihre Höhe der EEG-Vergütung, noch passt sie in zeitlicher Hinsicht zu dem von der Kommission behaupteten Zweck, da die Vergütung der Anlagenbetreiber vorher stattfindet. Es besteht aufgrund der zeitlichen Abläufe und betrieblichen Gegebenheiten bei den aufnehmenden Netzbetreibern auch keine durchgehende Zahlungskette, die von den ÜNB bis zu den Anlagenbetreibern reicht. Daraus folgt, dass die EEG-Umlage nicht den Zweck hat, die Vergütung der Anlagenbetreiber zu finanzieren. Die Kommission vermischt diesbezüglich in ihrer Argumentation die EEG-Vergütung (Zahlung der aufnehmenden Netzbetreiber an Anlagenbetreiber, Stufe 1 des EEG-Ausgleichsmechanismus) und die EEG-Umlage (Zahlung der EVU an die ÜNB, Stufe 4 des EEG-Ausgleichsmechanismus). Eine Beihilfe liegt jedoch nur dann vor, wenn die Staatlichkeit der involvierten Mittel alle Stufen umfasst. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss hier ein sog. Verwendungszusammenhang zwischen der (vermeintlich bestehenden) Abgabe und dem Vorteil bestehen⁴¹:

„Damit eine Abgabe oder ein Teil einer Abgabe als Bestandteil einer Beihilfemaßnahme angesehen werden kann, muss nach der einschlägigen nationalen Regelung zwischen der Abgabe und der Beihilfe notwendig ein zwingender Verwendungszusammenhang bestehen. Besteht ein solcher Zusammenhang, so beeinflusst das Abgabenaufkommen unmittelbar den Umfang der Beihilfe und folglich die Beurteilung der Vereinbarkeit dieser Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt.“⁴²

Es ist somit entscheidend, dass zwischen den verschiedenen Stufen des EEG differenziert wird und die Beihilfe-Eigenschaft für jede Stufe betrachtet wird. Daran fehlt es in den Ausführungen

⁴¹ Vgl. EuGH C-175/02 (Pape), Rn. 15 mit Verweis auf die EuGH-Urteile vom 25. Juni 1970 in der Rechtssache 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 und 21, und EuGH, Rs. C-174/02 (Streekgewest), Rn. 26. Nachweise bei *Schlacke/Kröger*, Die EEG-Umlage im Lichte des europäischen Abgaben- und Beihilfenrechts, S. 12 (Fn. 55); EuGH *Pape*, C-175/02, Rn. 15.

⁴² EuGH *Pape*, C-175/02, Rn. 15 mit Verweis auf die EuGH-Urteile vom 25. Juni 1970 in der Rechtssache 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 und 21, und EuGH *Streekgewest*, C-174/02, Rn. 26.

der Kommission. Dann hätte die Kommission auch auffallen müssen, dass auf der 1. Stufe des EEG – dem Rechtsverhältnis der Anlagenbetreiber zu den aufnehmenden Netzbetreibern – es rechtlich zu keiner strukturellen Veränderung zum Stromeinspeisungsgesetz gekommen ist. Die Anlagenbetreiber haben heute wie damals Anspruch auf Zahlungen eines gesetzlich definierten Mindestpreises, der oberhalb des Marktpreises für konventionell erzeugtem Strom liegt. Genau für dieses Rechtsverhältnis hat der EuGH aber in der *PreussenElektra*-Entscheidung festgestellt, dass die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen führt, und mithin keine Beihilfe vorliegt⁴³. Angesichts der fehlenden Verbindung der gezahlten Vergütungen und der EEG-Umlage besteht auch kein Grund, an der fortdauernden Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung zu zweifeln. Der EuGH hat überdies gerade am Tag nach der Einleitung des Beihilfeverfahrens in der Entscheidung *Vent de Cólere* ausdrücklich noch einmal an der *PreussenElektra*-Entscheidung festgehalten⁴⁴.

Dann drängt sich für die weiteren – gegenüber dem Stromeinspeisungsgesetz neuen und daher bisher nicht von dem EuGH-Urteil in der Rechtssache *PreussenElektra* erfassten – Stufen erneut die bereits oben angesprochene Frage nach dem Vorliegen einer Begünstigung auf. Hier erscheint es noch offensichtlicher, dass die Voraussetzungen der *Altmark Trans*-Entscheidung vorliegen könnten⁴⁵. Die Kommission geht fälschlicherweise davon aus, dass die ÜNB mit der Verwaltung staatlicher Mittel betraut werden (dazu sogleich). Gleichzeitig verkennt sie aber, dass die ÜNB tatsächlich Pflichten übernehmen, bei denen der Aspekt der Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu prüfen wäre. Denn den Netzbetreibern werden mit Abnahme- und Vergütungspflichten auferlegt, die sehr wohl eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung darstellen könnten. Denn wie oben bereits dargelegt, erfüllt das EEG durch die Förderung des Ausbaus von erneuerbaren Energien die mögliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtung einer nachhaltigen Energieversorgung (§ 1 EEG), wodurch auch die Interessen des Klima- und Umweltschutzes berücksichtigt werden.

b) Die ÜNB werden nicht mit der Verwaltung staatlicher Mittel betraut

Die Kommission behauptet weiter, dass der Staat den ÜNB die Aufgabe übertragen hat, alle mit der Einspeisevergütung und der EE-Umlage zusammenhängenden Finanzflüsse zu zentralisieren und zu verwalten (Rn. 103 ff.). Es liegt aber keine Betrauung der ÜNB zur Mittelverwaltung vor, sondern vielmehr eine Pflicht zur Abnahme, Vermarktung und Verteilung von Strom aus erneuerbaren Energien⁴⁶ ohne Spielraum zur Gestaltung⁴⁷. Diese Pflicht ist zwar

⁴³ Vgl. EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 (*PreussenElektra*), Rn. .

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 19.12.2013, C-262/12 (*Vent de Colère*), Rn. 34 f.

⁴⁵ Vgl. dazu oben B.I.1.

⁴⁶ Vgl. §§ 35, 36, 37 EEG.

⁴⁷ Vgl. S. *Schlacke/J. Kröger*, DVBl. 2013, S. 408.

gesetzlich festgelegt, aber allein daraus folgt keine staatliche Beauftragung der ÜNB. Die Vorgaben zur Verwendung führen nicht zu einem Zugriff des Staates, der aber i. S. d. EuGH-Rechtsprechung, zuletzt wiederholt in der Entscheidung *Vent de Colère*⁴⁸ Voraussetzung dafür ist, dass von Privaten gezahlte Gelder als staatlich qualifiziert werden können. Das EEG regelt abstrakt-generell, wie das System funktioniert. Es erfolgt keine individualisierte Betrauung bestimmter Unternehmen mit bestimmten Aufgaben⁴⁹. Auch eine Einbindung der Netzbetreiber in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung liegt nicht vor⁵⁰.

Die Kommission behauptet ferner, das EEG könne nicht mit dem Fall *Doux Élevage* verglichen werden. Dort ging es um eine Pflichtabgabe, die französische Geflügelmäster an eine privatrechtliche Vereinigung, den Branchenausschuss für französisches Geflügel (CIDEF), zahlen mussten. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass diese Pflichtabgabe keine staatliche Beihilfe darstelle. Er führte u.a. an, dass der untersuchte Mechanismus keine mittelbare oder unmittelbare Übertragung staatlicher Mittel bedeute, denn die generierten Mittel durchliefen weder den Staatshaushalt noch erziele der Staat dadurch irgendwelche Einnahmen. Die Beiträge behielten vielmehr auf ihrem gesamten Erhebungs- und Verwendungsweg ihren privatrechtlichen Charakter. Im Falle des Ausbleibens der Beiträge müsste die Branchenorganisation den normalen zivilrechtlichen Weg bestreiten, ein Vorrecht öffentlich-rechtlicher Art bestehe nicht⁵¹. Die Kommission führt als Argument hierzu an, dass im Fall *Doux Elevage* die Initiative zur Mitteleintreibung nicht von staatlicher Seite gekommen sei, im Falle des EEG ginge es aber um staatliche Förderpolitik für EE-Strom (Rn. 124). Die Kommission übersieht dabei, dass es zwischen den beiden Fällen durchaus Parallelen gibt: Die von der Kommission inkriminierte EEG-Umlage wird zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern erhoben, und zwar zwischen den ÜNB und den EVU. Es handelt sich um rein private Mittel, die verwendet werden, ohne eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Staates. Die Gelder sind in beiden Fällen nicht Teil des Haushalts⁵². Ferner fehlt es auch an einem „öffentlich-rechtlichen Vorrecht“ für den Fall, dass ein EVU seiner Zahlungsverpflichtung hinsichtlich der EEG-Umlage nicht nachkommt.

Entgegen der Auffassung der Kommission unterscheidet sich das EEG in gewichtigen Punkten erheblich von der ebenfalls bei der Beurteilung im Eröffnungsbeschluss herangezogenen EuGH-Entscheidung im Fall *Essent*⁵³. Diesem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Den

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 19.12.2013, C-262/12 (*Vent de Colère*), Rn. 25.

⁴⁹ Vgl. S. *Schlacke/J. Kröger*, DVBl. 2013, S. 407.

⁵⁰ Vgl. dazu auch D. *Greinacher*, ER 2013, S.100.

⁵¹ EuGH v. 30.5.2013, Rs. C-677/11 (*Doux Elevage SNC*), Rn. 32.

⁵² Siehe dazu auch: U. *Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, EuZW 2014, S. 92. Der Autor unterstreicht die Zurückhaltung des EuGH in diesem Urteil in Bezug auf die Frage der Staatlichkeit der Mittel und sieht darin eine Linie mit der Vorgängerrechtsprechung.

⁵³ EuGH C-206/06 (*Essent*), Urteil vom 17.07.2008. Siehe dazu auch: U. *Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, EuZW 2014, S. 92. Der Autor stellt klar, dass er wesentliche Unterschiede zwischen dem EEG und dem *Essent*-Fall sieht, da im letzteren Fall eine „Vergünstigung durch eine staatliche Stelle im Wege eines hoheitlichen Mechanismus“ verwaltet wurde.

Eine andere Auffassung hierzu vertreten R. *Ismer/A. Karch* in: Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 529-530: Die Autoren bejahen

Stromendverbrauchern wurde ein pauschaler, in der Höhe gesetzlich vorgeschriebener Tarifaufschlag auferlegt, der über die Netzbetreiber an eine private Gesellschaft (SEP) gelangte. Die SEP war verpflichtet, mit diesen Einnahmen bestimmte Nachteile der Elektrizitätserzeuger auszugleichen. Der EuGH ordnete dies als einseitig verordnete Gebühr bzw. Abgabe ein. Er hat insofern entschieden, dass es nicht relevant sei, dass die Abgabe nicht staatlich erhoben werde. Die zuständige Einrichtung sei an gesetzliche Vorgaben gebunden und könne nicht frei über die Abgaben verfügen, insgesamt sei daher die Verwaltung staatlicher Mittel zu bejahen⁵⁴.

Das System des EEG unterscheidet sich in vielfältiger Weise von dem in Sachen *Essent* entschiedenen Sachverhalt: Zunächst gibt es schon keinen pauschalen Betrag, der einseitig bei den Verbrauchern erhoben wird. Die EEG-Umlage müssen gemäß § 37 Abs. 2 EEG die EVU an die ÜNB zahlen. Zweck der EEG-Umlage ist dabei nicht die Finanzierung der Elektrizitätserzeuger, sondern der Ausgleich der Kosten der ÜNB. Kostenschuldner ist damit nicht der Letztverbraucher, der allenfalls im Rahmen der Gestaltung des Strompreises durch die EVU Teile der EEG-Umlage zu tragen hat. Ferner wurden im Fall *Essent* private Wirtschaftsteilnehmer ausdrücklich vom Staat mit der Verwaltung der erhobenen Mittel betraut. Überschüsse, die sich aus der Erhebung ergaben, waren an den Staatshaushalt abzuführen. Im Gegensatz dazu liegt im EEG gerade keine Betrauung vor (vgl. dazu ausführlich unten), vielmehr werden dort allein abstrakt-generell die privatrechtlichen Beziehungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern geregelt. Aufgrund der großen strukturellen Unterschiede kann die EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Essent* nicht herangezogen werden, um eine Staatlichkeit der Mittel im Falle des EEG zu begründen.

Auch durch das im Dezember 2013 ergangene Urteil des EuGH in Sachen *Vent de Colère*⁵⁵ wird weder eine Abkehr von *PreussenElektra* erklärt⁵⁶ noch ändert es etwas an der Beurteilung des EEG. Das EEG unterscheidet sich wesentlich von der französischen Regelung, die der EuGH – nach hiesiger Einschätzung zutreffend – als Beihilfe eingestuft hat: Dort wurden die Mittel von einer gesetzlich errichteten öffentlich-rechtlichen Einrichtung, der sog. *Caisse de Dépôts*, auf einem Sonderkonto gesammelt und übertragen. Darüber hinaus war eine Kostentragung des Stromendverbrauchers gesetzlich festgelegt und für die Nichtbefolgung dieser Pflicht waren verwaltungsrechtliche Sanktionen vorgesehen. Somit lag unzweifelhaft eine staatliche Verwaltung der Mittel vor. Im EEG ist hingegen weder die endgültige Kostentragung durch den Letztverbraucher festgelegt noch sind öffentlich-rechtliche Sanktionen im Falle der Nichtentrichtung vorgesehen. Alleiniges Rechtsschutzmittel ist der Zivilrechtsweg. Die Struktur der

in Bezug auf das EEG eine staatliche Verfügungsbefugnis im Sinne der *Essent*-Rechtsprechung, da im EEG der Ausgleichsmechanismus „präzisen staatlichen Vorgaben und weitreichenden Kontrollmechanismen untersteht.“ Die Rolle der Bundesnetzagentur, die umfangreichen Informationspflichten sowie in Bezug auf die Besondere Ausgleichsregelung die Rolle des BAFA würden diese staatliche Einflussnahme verstärken.

⁵⁴ EuGH v. 17.7.2008, Rs. 206/06, Urteil (*Essent*), Rn. 74.

⁵⁵ EuGH v. 19.12.2013, C-262/12 (*Vent de Colère*).

⁵⁶ EuGH v. 19.12.2013, C-262/12 (*Vent de Colère*), Rn. 34 f.

ÜNB unterscheidet sich ferner von derjenigen der *Caisse de Dépôts*, da die ÜNB private Unternehmen und keine öffentlichen Einrichtungen sind⁵⁷.

Der EuGH sieht im Fall *Vent de Colère* einen entscheidenden Unterschied zur Sache *PreussenElektra*, da dort die Unternehmen dazu verpflichtet wurden, die Abnahme des Stroms durch ihre eigenen finanziellen Mittel zu ermöglichen. Laut EuGH würde allein die Verpflichtung zur Abnahme von Strom zu einem bestimmten Mindestpreis nicht dazu führen, dass staatliche Mittel involviert seien. Der EuGH hält somit an seiner Entscheidung zu *PreussenElektra* und an der inhaltlichen Wertung fest. An der Grundkonstellation der Finanzierung der erneuerbaren Energien hat sich seitdem – wie oben dargestellt – auch im EEG nichts geändert.

c) Aus den gesetzlichen Regelungen folgt keine staatliche Verwendungsbestimmung

Die Kommission behauptet ferner, dass der Staat sehr detaillierte Regeln für die Ermittlung der EEG-Umlage und ihre Verwendung und Zweckbestimmung habe (Rn. 96, 103 ff.). Die im EEG-Mechanismus verwendeten Mittel werden nicht von staatlicher Seite bereitgestellt⁵⁸:

- Die Kommission erkennt nicht, dass sich zur Konstellation im Fall *PreussenElektra*⁵⁹ in Bezug auf die ersten beiden Stufen des EEG nichts geändert hat: Die privaten aufnehmenden Netzbetreiber und ÜNB werden nach wie vor zur Abnahme des „erneuerbaren“ Stroms unter Einsatz eigener finanzieller Mittel verpflichtet.
- Die Kommission verkennt auch die Regelung des § 37 Abs. 2 EEG: Diese Vorschrift normiert auch nach Änderung des Wälzungsmechanismus ein rein privat-rechtliches Schuldverhältnis zwischen ÜNB und EVU. Die Leistung der ÜNB ist die Vermarktung des Stroms. Die Gegenleistung der EVU liegt in der Bezahlung der EEG-Umlage. Das System finanziert sich allein durch die Marktteilnehmer⁶⁰.

Die EEG-Umlage ist auch keine Abgabe:

- Es ist gesetzlich nicht festgelegt, wer letztendlich die Kosten der EEG-Umlage zu tragen hat, (vgl. § 37 Abs. 2 EEG). § 37 Abs. 2 EEG gibt lediglich den ÜNB einen Anspruch gegen die EVU auf Zahlung der EEG-Umlage (sog. 4. Stufe). Die EVU können die EEG-Umlage

⁵⁷ Siehe hierzu auch: *U. Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, *EuZW* 2014, S. 92. Der Autor stellt klar, dass er wesentliche Unterschiede zwischen dem EEG und dem französischen Fall sieht: „*Anders als im deutschen EEG werden diese Gelder jedoch in Frankreich einem öffentlichen Fonds „anvertraut“, der von der Caisse de dépôts et des consignations verwaltet wird. [...] Dies unterscheidet das französische System vom deutschen EEG-Modell, wo finanzielle Mittel unter „reinen Privaten“ verschoben werden.*“

⁵⁸ So geht auch die überwiegende Literatur davon aus, dass im EEG-Mechanismus nach wie vor rein private Mittel involviert sind: *F. Sailer/K. Kantenwein* in Reshöft/Schäfermeier, Kommentar zum EEG, 4. Auflage 2014, Einleitung, Rn. 242; *A. Gabler* in Gabler/Metzenthin, Praxiskommentar zum EEG, Stand Oktober 2012, D., Rn. 187; *F. Ehardt* in Frenz/Müggenborg, Kommentar zum EEG, 3. Auflage 2013, Einführung, Rn. 51; *M. Altröck/V. Oschmann* in ders./ders./Theobald, Kommentar zum EEG, 4. Auflage 2013, Einführung, Rn. 100 ff.

⁵⁹ Vgl. EuGH v. 13.03.2001, Rs. C-379/98 (*PreussenElektra*), Rn. 59.

⁶⁰ Vgl. *M. Altröck/V. Oschmann* in ders./ders./Theobald, Kommentar zum EEG, 4. Auflage 2013, Einführung, Rn. 104. Ebenso: *C. Germelmann*, Beihilferecht: Rahmenvorgaben für staatliche Umlagesysteme, *EWS* 2013, S. 166: *Einzugs- und Auskehrungsverfahren privatrechtlich ausgestaltet; es gibt keine staatlichen Vollstreckungsbefugnisse.*

auf einer 5. Stufe weitergeben, sind dazu aber nicht verpflichtet. In der Regel sind die Letztverbraucher betroffen, da diesen von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Kosten der EEG-Umlage im Rahmen der Strompreisgestaltung auferlegt werden. Dieser Schluss ist jedoch keinesfalls zwingend. Von einer parafiskalischen Abgabe kann daher nicht gesprochen werden⁶¹.

- Die Behauptung der Kommission, die EEG-Umlage sei eine Abgabe, da es klare Vorgaben zur Berechnung gebe, überzeugt nicht. Die Grundlagen zur Berechnung eines Betrags stellen nicht die Definition einer Abgabe dar. Allein die gesetzliche Festlegung kann nicht zur Zuordnung zum Staat führen. Die EEG-Umlage wird darüber hinaus von Privaten erhoben und bezahlt⁶².

d) Die Rolle der BNetzA wird überschätzt

Schließlich geht die Kommission davon aus, dass die ÜNB bei der Verwaltung der EEG-Umlage vom Staat überwacht werden (Rn. 109). Die Kontrollfunktion der BNetzA führt nicht zu einer staatlichen Verfügungsgewalt. Gemäß § 61 Abs. 1 S. 1 EEG umfasst die Kontrolle der BNetzA im Wesentlichen die Tätigkeit der Übertragungsnetzbetreiber, dass die Netzbetreiber nur die von ihnen auch ausgezahlten Vergütungen und Strommengen an die Netzbetreiber weitergeben, die ÜNB den Strom entsprechend der rechtlichen Vorgaben vermarkten und die EEG-Umlage durch die ÜNB richtig berechnet wird. Ein Einfluss auf die Mittel aus der EEG-Umlage folgt daraus nicht. Vielmehr dient die Überwachung dem Verbraucherschutz und der Transparenz; dies stellt einen entscheidenden Unterschied zur Rechtssache *Essent*⁶³ dar, in der wesentlicher Zweck der Abgabe war, Haushaltsmittel zu sichern.

e) Ungenaue und unsaubere Argumentation der Kommission

Die Argumentationskette der Kommission ist insgesamt nicht überzeugend, da die Kommission sprachlich nicht genau arbeitet und sich in ihrer Argumentation auf unterschiedliche Begriffe bezieht, diese aber nicht definiert und auch die Regelungen des EEG 2012 nicht darunter subsumiert. In Bezug auf die Staatlichkeit der Mittel spricht die Kommission abwechselnd davon, dass

⁶¹ So auch: *J. Kröger*, Die EEG-Umlage ist keine Sonderabgabe, ZUR 2013, S. 480, 482 f.; Vgl. zur argumentativ ähnlich gelagerten innerdeutschen Diskussion um die Einordnung des EEG als parafiskalische Abgabe oder Sonderabgabe: *E. Gawel*, Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, DVBl. 2013, S. 409 ff. Für die Einordnung als Sonderabgabe: *G. Manssen*, Die Zukunft der EEG-Umlage – Weiter auf verfassungswidrigen Wegen?, ET 2012, S. 49 ff.

⁶² Siehe dazu auch: *F. Sailer/K. Kantenwein* in Reshöft/Schäfermeier, Kommentar zum EEG, 4. Auflage 2014, Einleitung, Rn. 242 und 243.

⁶³ EuGH v. 17.07.2008, Rs. C-206/06 (*Essent*); siehe dazu auch: *U. Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, EuZW 2014, S. 92: Der Autor stellt klar, dass er wesentliche Unterschiede zwischen dem EEG und dem *Essent*-Fall sieht, da im letzteren Fall eine „Vergünstigung durch eine staatliche Stelle im Wege eines hoheitlichen Mechanismus“ verwaltet wurde; a.A. *R. Ismer/A. Karch* in: Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 529-530.

- „die EEG-Umlage einer Umlage in gleicher Weise wie die Abgabe, um die es in der Rechtssache Essent ging,“ entspreche (Rn. 135),
- die „Erlöse aus der EEG-Umlage“ als staatliche Mittel zu qualifizieren seien (vgl. Rn. 137),
- die Umlage selbst staatliche Mittel darstelle (vgl. Rn. 129) und schließlich:
- der Staat nicht nur auf der Ebene der Finanzierung des gesamten Mechanismus der EEG-Umlage interveniere, sondern auch auf der „Ebene des Vorteils (Einspeisevergütung)“, ohne dies jedoch näher zu erläutern (Rn. 136).

Unklar bleibt auch, auf was sich die Kommission mit der Aussage bezieht, dass die Höhe der Umlage für die übrigen Stromabnehmer mit der Begrenzung nach § 40 EEG steige (vgl. Rn. 142q). Nach dem System des EEG kann die Kommission damit nicht die EEG-Umlage selbst meinen, sondern eigentlich nur die erhöhte Belastung der Letztverbraucher auf vertraglicher Ebene durch die Inrechnungstellung seitens der EVU. In Bezug auf die Rolle der ÜNB bleibt die Kommission ebenfalls mehrdeutig. Bei der Begründung (Rn. 103 bis 108) verwendet sie die Begriffe „beauftragen, bestimmen, betrauen“ als Synonyme. Auch zwischen „zentralisieren, verwalten und koordinieren“ wird kein Unterschied deutlich. Die Begriffe werden auch nicht definiert und subsumiert, sondern abwechselnd verwendet.

3. Zusammenfassung

Daraus folgt, dass die Einordnung der EEG-Umlage als staatliche Mittel durch die Kommission nicht überzeugend ist. Es fehlt schon an einer klaren Differenzierung zwischen EEG-Vergütung und EEG-Umlage und einem Verständnis für das System der verschiedenen Stufen. Allein aus der gesetzlichen Regelung der EEG-Umlage und Regeln zu ihrer Verwaltung ergibt sich noch keine Staatlichkeit der daraus erzielten Mittel. Außerdem ist die Intensität des staatlichen Einflusses geringer als von der Kommission dargestellt. Es gibt somit keine offensichtlichen Einfallstore für eine potentielle staatliche Einflussnahme auf die Erhebung, Berechnung und Weitergabe der EEG-Umlage⁶⁴.

⁶⁴ Vgl. dazu auch S. *Schlacke/J. Kröger*, DVBl. 2013, S. 408.

II. Besteht eine Diskriminierung durch das Grünstromprivileg?

§ 39 EEG setzt voraus, dass das Portfolio der Stromhändler bestimmte Anteile an Strom aus erneuerbaren Energien enthält, damit sie unter die Förderungsvoraussetzungen fallen. Die Kommission wertet dieses Privileg möglicherweise als Diskriminierung im Sinne von Art. 30 oder 110 AEUV. Sie argumentiert, dass die EEG-Umlage auf die gesamte Elektrizität in Deutschland verteilt werde, auch auf diejenige, die importiert wurde. Die Förderung durch die EEG-Umlage sowie § 39 EEG erhalte jedoch nur die national produzierte Elektrizität aus erneuerbaren Energien. Darin sieht die Kommission eine mögliche Verletzung der Art. 30 oder 110 AEUV (Rn. 244 ff.).

Diese Einschätzung überzeugt jedoch nicht, da weder die Voraussetzungen des Art. 30 noch die des Art. 110 AEUV vorliegen. Art. 30 und 110 AEUV sind grundsätzlich nicht nebeneinander anwendbar, sondern schließen sich aus⁶⁵. Für Art. 30 AEUV wird vorausgesetzt, dass eine Abgabe zollgleicher Wirkung auf die Einfuhr von Waren erhoben wird. Eine Abgabe zollgleicher Wirkung liegt dann vor, wenn es sich um eine einseitige finanzielle Belastung anlässlich des Grenzübertritts der Ware handelt, selbst wenn sie nicht zugunsten des Staates erhoben wird⁶⁶. Für Art. 110 AEUV ist eine inländische Abgabe auf Waren Voraussetzung.

Fraglich ist in Bezug auf beide Normen das Vorliegen einer Abgabe. In Bezug auf das EEG ist die Herkunft der EEG-Gelder aus staatlichen Mitteln aber gerade strittig und nach der hiesigen Auffassung nicht begründet. Die EEG-Umlage ist keine Abgabe, sondern stellt vielmehr ein Entgelt der EVU an die ÜNB dar. Das Entgelt wird zwar nicht für den Strom an sich bezahlt, da dieser nicht direkt an die EVU weitergeleitet wird. Das Entgelt wird für die Herkunft des Stroms aus erneuerbaren Energien bezahlt.

Wenn man das Vorliegen einer Abgabe gleichwohl bejahen würde, müsste darüber hinaus durch diese Abgabe eine Diskriminierung eingeführter Waren stattfinden (Art. 110 AEUV)⁶⁷ bzw. eine zollgleiche finanzielle Belastung anlässlich des Grenzübertritts der Ware vorliegen (Art. 30 AEUV)⁶⁸. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn die eingeführten Waren höher belastet werden und sie im Vergleich zu inländischen Waren gleichartig sind⁶⁹. Hier müsste also Strom, der aus erneuerbaren Energien produziert wurde, nach Deutschland eingeführt werden und höher belastet werden als gleichartiger inländischer Strom.

⁶⁵ Zur Abgrenzung: Art. 30 bezieht sich grundsätzlich auf grenzüberschreitende Abgaben, Art. 110 nur auf inländische Abgaben.

Vgl. auch: *H.-G. Kamann* in Streinz, Kommentar zum AEUV, Art. 110, Rn. 30; ders., Art. 30, Rn. 23; *C. Waldhoff* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 30, Rn. 11.

⁶⁶ Vgl. *H.-G. Kamann* in Streinz, Art. 30 AEUV, Rn. 11.

⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich: *C. Waldhoff* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum AEUV, Art. 110, Rn. 5; *H.-G. Kamann* in Streinz, Kommentar zum AEUV, Art. 110 AEUV, Rn. 2, Rn. 18 ff.;

⁶⁸ Vgl. dazu ausführlich: *H.-G. Kamann* in Streinz, Kommentar zum AEUV, Art. 30 AEUV, Rn. 2; *C. Waldhoff* in Calliess/Ruffert, Kommentar zum AEUV, Art. 30, Rn. 11.

⁶⁹ Vgl. *H.-G. Kamann* in Streinz, Kommentar zum AEUV, Art. 110 AEUV, Rn. 22; *D. Khan* in Geiger/ders./Kotzur, Art. 110 AEUV, Rn. 14.

An der Gleichartigkeit bestehen erhebliche Zweifel. In Deutschland wird unterschieden zwischen Strom auf der einen Seite, der gemäß § 16 EEG eingespeist und gemäß § 37 EEG (Strombörse) vermarktet wird und Strom auf der anderen Seite, der gemäß § 39 EEG (Direktvermarktung) vermarktet wird. Die Vermarktung nach § 37 EEG führt dazu, dass dieser Strom so genannter Graustrom wird, da die „grüne“ Eigenschaft an der Strombörse nicht erhalten bleibt. Die Vermarktung des Stroms nach § 39 EEG erfolgt mit Herkunftsnachweisen gemäß § 55 EEG, so dass dieser Strom weiterhin als Grünstrom gehandelt wird. Zum einen ist zu beachten, dass durch die Vergütung gemäß § 16 EEG nicht der Strom selbst gefördert wird, sondern die Anlagen, die ihn produzieren. Unabhängig davon fehlt es an der Gleichartigkeit, da die Förderung von Graustrom und Grünstrom verschieden läuft. Strom, der gemäß § 16 EEG eingespeist wird, darf gem. § 56 Abs. 2 EEG keinen Herkunftsnachweis erhalten, wird also nicht als Grünstrom vermarktet. Grünstrom mit Herkunftsnachweisen (egal ob in- oder ausländisch) steht somit nicht in direkter Konkurrenz. Darüber hinaus ergibt sich eine höhere Belastung des ausländischen Grünstroms nicht schon allein dadurch, dass der importierte Strom nicht unter die Förderungsregeln des EEG fällt.

Zusammenfassend betrachtet überzeugt die Einschätzung der Kommission in Bezug auf das Grünstromprivileg nicht. Zum einen fehlt eine klare Positionierung, ob Art. 30 oder 110 AEUV einschlägig sein soll, zum anderen sind die jeweiligen Voraussetzungen nicht aufgearbeitet. Vor allem ist das Vorliegen einer Abgabe fraglich.

III. Einordnung der Besonderen Ausgleichsregelung

Die Kommission wertet die Besondere Ausgleichsregelung als Beihilfe (Rn. 76 ff. und 138 ff.) und kann unter den bisher vorgelegten Informationen eine Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Binnenmarkt nicht ohne weiteres bejahen (Rn. 200 ff.). Diese Auffassung überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht.

1. Begünstigung

Auch hier stellt sich die Frage der Begünstigung⁷⁰. Die Kommission bejaht das Vorliegen eines Vorteils mit dem Hinweis auf den begrenzten Umfang der EEG-Umlage (Rn. 76). Sie setzt sich jedoch auch in diesem Falle nicht mit der Frage der Gegenleistung auseinander. Immerhin müssen die als stromintensiv definierten Unternehmen einen Mindestbeitrag leisten; sie werden nicht vollumfänglich von der Umlage befreit. Unternehmen, die mehr als 10 GWh an Strom verbrauchen, müssen darüber hinaus eine Zertifizierung durchlaufen, um die Besondere Ausgleichsregelung überhaupt in Anspruch nehmen zu können. Dadurch sollen die Energieeffizienz gesteigert sowie der Energieverbrauch gemindert werden, § 41 Abs. 1 Nr. 2 EEG.

⁷⁰ Siehe ausführlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen oben unter B.I.1.a).

Das Vorliegen einer marktgerechten Gegenleistung ist zumindest nicht von vornherein auszuschließen⁷¹.

2. Staatlichkeit der Mittel

Wie oben bereits dargelegt, involviert die EEG-Umlage gerade keine staatlichen Mittel. Insofern kann auch die Verringerung bzw. Begrenzung der EEG-Umlage keinen Verzicht auf staatliche Mittel darstellen, wie im Eröffnungsbeschluss ausgeführt wird (Rn. 138). Allerdings stellt sich die Frage, ob sich diese Einordnung durch die Rolle des Bundesamtes für Ausfuhrkontrolle und Wirtschaft (BAFA) im Rahmen des Antragsverfahrens auf Begrenzung ändert. Das BAFA ist eine staatliche Behörde, welche die Genehmigungen der Begrenzung der EEG-Umlage für die stromintensiven Unternehmen erteilt. Die Kommission schließt hieraus, dass der Staat auch auf dieser Ebene unmittelbarer Beteiligter bliebe. Hierbei verkennt sie allerdings, dass das BAFA in seiner Entscheidung gebunden ist, d.h. es hat keinen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Entscheidung, sofern die Voraussetzungen für eine Begrenzung vorliegen. Außerdem hat das BAFA weder Kontrollmöglichkeiten noch einen Zugriff auf die Mittel aus der EEG-Umlage. Somit sind auch in Bezug auf die Besondere Ausgleichsregelung mangels staatlichen Zugriffs keine staatlichen Mittel involviert⁷².

3. Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt

Sieht man – wie die EU-Kommission – in der Besonderen Ausgleichsregelung gleichwohl eine Beihilfe, stellt sich die Frage, ob einer der Ausnahmetatbestände greift. Denkbar ist eine Einordnung unter einen der Ausnahmetatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV. Die Bundesregierung bejaht – für den Fall, dass das Vorliegen einer Beihilfe gegeben sein sollte – eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 Abs. 3 sowohl nach lit. b) als auch nach lit. c) AEUV⁷³, da das EEG dem gemeinsamen europäischen Interesse des Ausbaus erneuerbarer Energien diene und zur Förderung der erneuerbaren Energien erforderlich sei⁷⁴. Die Kommission zweifelt sowohl am Vorliegen eines gemeinsamen europäischen Interesses im Sinne von

⁷¹ Vgl. dazu: bejahend: K. Gent/Y. Hädrich/E. Herbolt, *Strompreisentlastungen für Unternehmen in der beihilfrechtlichen Bewertung*, 1. Auflage 2013, S. 89: „Die gestaffelte Entlastung von der EEG-Umlage nach § 41 Abs. 3 EEG stellt die marktübliche Gegenleistung für die von den begünstigten stromintensiven Unternehmen insoweit erbrachten Leistungen dar. Leistung und Gegenleistung stehen dabei in einem angemessenen, marktkonformen Verhältnis.“; verneinend: S. Schlacke/J. Kröger, *Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG*, NVwZ 2013, S. 313: „Die Begrenzung der EEG-Umlage (...) bedeutet daher eine Begünstigung im Sinne der Minderung einer Belastung, die von den normalen Marktbedingungen abweicht.“

⁷² Siehe dazu auch die in der Literatur vertretenen Auffassung, dass die Beziehungen privatrechtlicher Natur sind und auch die Rolle des BAFA dies nicht ändert: A. Große/M. Kachel in Altröck/Oschmann/Theobald, *Kommentar zum EEG*; 4. Auflage 2013, § 40, Rn. 32; D. Greinacher, *Besondere Ausgleichsregelung als Beihilfe?*, ER 2013, S. 13; S. Schlacke/J. Kröger, *Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG*, NVwZ 2013, S. 313; zu einem anderen Ergebnis kommen: R. Ismer/A. Karch, *Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht*, ZUR 2013, S. 533; F. Eckardt, *Energiewende und EU-Beihilfenrecht*, EurUP 2013, S. 202-203.

⁷³ Siehe zum Inhalt dieser Norm oben A.III.2, IV.2. sowie V.2.

⁷⁴ Vgl. zur Argumentation oben unter A.V.2.

Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV als auch an der Erfüllung der Voraussetzungen für eine mit dem Binnenmarkt vereinbare Förderung des Ausbaus der erneuerbaren Energien gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV⁷⁵.

a) Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV

Wie oben bereits dargelegt, setzt die Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV i.V.m. R. 147 ff. der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen⁷⁶ Folgendes voraus:

- Eine klare Definition des Projekts (inklusive Umsetzung, beteiligte Akteure, Ziele, Auswirkungen, Mittel),
- ein gemeinsames europäisches Interesse,
- die Notwendigkeit der Unterstützung und einen Anreizeffekt,
- ein erhebliches Ausmaß des Projekts im Hinblick auf Größe und Auswirkungen.

Hier kommt als Projekt oder Vorhaben der Ausbau erneuerbarer Energien in Frage. Das EEG beinhaltet Ziele, die Art und Weise der Umsetzung, sowie Informationen über Mittel und Akteure. Auch die Auswirkungen des Projekts sind klar: der Anteil der Anlagen, die Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen, soll erheblich wachsen. Das gemeinsame europäische Interesse könnte im Umweltschutz, der nachhaltigen Energieversorgung sowie dem damit verbundenen Ausbau der erneuerbaren Energien liegen⁷⁷. Als konkretes Vorhaben kommen die 20/20/20-Ziele in Frage, die in Bezug auf den Anteil der erneuerbaren Energien in der RL 2009/28/EG festgelegt sind. Die Bundesregierung führt hierzu an, dass die reduzierte EEG-Umlage dem Umweltschutz diene, da sie erst durch sie in die Lage versetzt werde, Finanzierungsmittel zur Förderung der Erzeugung von EE-Strom und zur Einhaltung der Zielvorgaben der EU in Bezug auf die Verringerung von Treibhausgasemissionen sicherzustellen (Rn. 225). Die Kommission erkennt allerdings zu Unrecht nicht an, dass der Ausbau erneuerbarer Energiegewinnung grundsätzlich ein Ziel von gemeinsamem europäischem Interesse sein könnte und nicht ausschließlich im nationalen Interesse liege (Rn. 211). Dieses Vorbringen überzeugt allerdings nicht. Denn die von den Mitgliedstaaten zu erbringenden Ziele sind ihrerseits nur Teilzeile des gemeinsamen europäischen Ziels, bis 2020 einen Anteil von 20 % erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch zu erreichen. Insofern erscheint die von Deutschland vorgebrachte Argumentation, die Besondere Ausgleichsregelung diene dem Gleichgewicht zwischen Klimaschutz und nachhaltigem Wachstum (Rn. 218), nicht von vorneherein als nicht nachvollziehbar.

⁷⁵ So ebenfalls *F. Ekardt*, *Energiewende und EU-Beihilfenrecht*, EurUP 2013, S. 203, da der Autor keine umweltschutzbezogenen Vorteile erkennen kann.

⁷⁶ Kommission, *Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen*, Abl. v. 01.04.2008, Nr. C 82/1.

⁷⁷ Ebenso: *T. Jestaedt* in Heidenhein, *European State Aid Law*, 2010, § 16, Rn. 7: „*Projects to save energy and to rationally use energy are projects of common European interest*“.

Die Kommission lässt in ihrer neuesten Mitteilung zu den im Rahmen der Prüfung des Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV heranzuziehenden Kriterien⁷⁸ erkennen, dass sie strenge Maßstäbe an das Vorliegen von Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (VGEI) anlegen möchte. Für das gemeinsame europäische Interesse ist nach den Vorgaben des Entwurfs erforderlich, dass (a) das Vorhaben klar, konkret und nachvollziehbar einen Beitrag zu einem oder mehreren Zielen leistet und einen erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit und das nachhaltige Wachstum der EU hat und dabei aber auch auf gesellschaftliche Herausforderungen oder Wertschöpfung eingeht, (b) der Beitrag des Vorhabens substantiell ist, (c) mehr als ein Mitgliedstaat der EU involviert ist und sich die Vorteile des Vorhabens auf einen Großteil der EU erstrecken und (d) die Vorteile für die europäische Wirtschaft oder Gesellschaft von Bedeutung sind. In Bezug auf das Vorhaben der RL 2009/28/EG lässt sich argumentieren, dass es klar darauf abzielt, einen Beitrag zu dem Ziel einer nachhaltigen und klimaschonenden Energieversorgung zu leisten. Das Vorhaben erstreckt sich auch auf einen erheblichen Teil der EU, da sich alle Mitgliedstaaten zum Ausbau verpflichtet haben. Was dagegen die Kriterien „substantiell“ und „Bedeutung für die europäische Wirtschaft oder Gesellschaft“ anbelangt, so wird im Entwurf nicht ganz klar, was genau sie voraussetzen sollen.

b) Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV

Die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV können in folgende Fragen gefasst werden:

- Liegt ein Ziel gemeinsamen Interesses vor?
- Ist die Maßnahme geeignet, um dieses Ziel zu erreichen?
- Bewirkt die Maßnahme einen Anreizeffekt und ist sie verhältnismäßig?
- Sind die negativen Effekte auf den Wettbewerb so gering, so dass die positiven Aspekte überwiegen?

Als Ziel gemeinsamen Interesses kommen die Ziele der EU gemäß Art. 3 EUV in Betracht, wie z.B. ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität. Außerdem ist auch der Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit des Europäischen Wirtschaftsraumes von großer Bedeutung für die EU. Die Besondere Ausgleichsregelung könnte insofern eine geeignete Maßnahme sein, da beide Ziele (Umweltschutz und Wettbewerb) unterstützt werden könnten: Sie könnte zum einen einen Beitrag zur Finanzierung des Ausbaus der erneuerbaren Energien leisten und zum anderen gleichzeitig den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit ermöglichen. Der Anreizeffekt wäre dann zu bejahen, da die betroffenen Unternehmen dadurch ihre Produktionsstandorte in der EU belassen. Auch von einer Verhältnismäßigkeit könnte insofern auszugehen sein, da nicht offensichtlich ersichtlich ist, auf welche Art und Weise sonst die beiden Ziele miteinander in Einklang gebracht werden können. Problematisch und letztendlich

⁷⁸ Kommission, Entwurf einer Mitteilung, Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, vom 28.1.2014, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_cei/draft_communication_ipcei_de.pdf

im Moment nicht abschließend zu beantworten, ist die Frage, inwiefern Unternehmen in anderen Ländern weniger belastet werden als in Deutschland und sich negative Aspekte für den Wettbewerb innerhalb der EU ergeben⁷⁹.

Maßgeblich für die weitere Beurteilung wird sein, in welcher Form die Idee der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von nationalen Unternehmen durch Verhinderung der Abwanderung (sog. *Carbon leakage*) auch dem Klima- und Umweltschutz dienen kann und wie diese Idee richtigerweise adressiert werden kann. Die Kommission hat in ihrem Entwurf für neue Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020⁸⁰ diesen Gedanken aufgegriffen. Sie schlägt dabei, neben zu beachtenden Aspekten der Transparenz vor, dass der Handel mit Drittstaaten innerhalb eines Sektors eine bestimmte Grenze übersteigen müsse und die Finanzierung der Förderung erneuerbarer Energien zu einem erheblichen Anstieg der Produktionskosten – gemessen in Prozent der Bruttowertschöpfung – um mindestens 5 % der Bruttowertschöpfung führen müsse. Der Ausgleich dürfe ferner allein in Form eines Pauschalbetrags gezahlt werden, wobei der Beihilfeempfänger einen bestimmten Anteil an den Mehrkosten tragen müsse. Auch wenn Details der Regelung noch nicht endgültig festgelegt sind, so wird deutlich, dass die Vorgaben des Leitlinien-Entwurfs über den derzeitigen Inhalt des EEG hinausgehen. Gleichwohl findet nunmehr die Frage der Ermäßigung von Umlagen für stromintensive Unternehmen ausdrückliche Beachtung durch die Kommission und wird nicht bereits von vornherein ausgeschlossen.

c) Zusammenfassung

Nach aktuell geltender Rechtslage muss sich die Vereinbarkeit aus Art. 107 Abs. 3 lit. b) oder c) AEUV direkt ergeben. Sowohl das Vorliegen eines VGEI als auch ein gemeinsames Interesse an Klimaschutz und Wettbewerbserhalt sind nicht ausgeschlossen. In der abschließenden Betrachtung ist auch hier die Argumentation der Kommission nicht überzeugend. Für die Annahme der Staatlichkeit der Mittel und damit dem Vorliegen einer Beihilfe gibt es keine Anhaltspunkte. Darüber hinaus kann eine Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. b) oder c) AEUV nicht ohne weiteres verneint werden.

C. Zusammenfassung

Die Kommission hat in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 das EEG 2012 überprüft und ist zu dem vorläufigen Ergebnis gekommen, dass das System der EEG-Finanzierung aus

⁷⁹ Andere Auffassung: R. Ismer/A. Karch, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht, ZUR 2013, S. 534; die Autoren sehen in der besonderen Ausgleichsregelung eine bloße Wirtschaftsförderung, keine Umweltschutzaspekte. Ebenso: C. Bickenbach, Die Finanzierung der Energiewende in der Zwickmühle aus Finanzverfassung und Art. 107, 108 AEUV, DÖV 2013, S. 961; der Autor begründet dies damit, dass die besondere Ausgleichsregelung nur dem Produktionsstandort Deutschland dienen würde.

⁸⁰ Entwurf der Kommission v. 18.12.2013 für Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020, Rn. 180 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/draft_guidelines_en.pdf. Siehe dazu Fußnote 25 sowie ausführlicher zum Entwurf der Leitlinien auf S. 28 ff.

staatlichen Mitteln gespeist werde. Die EEG-Umlage sei daher als Beihilfe zu qualifizieren. Die Kommission greift insbesondere die Vergütung der Anlagenbetreiber, das Grünstromprivileg und die Besondere Ausgleichsregelung an. Sie kommt zu dem Schluss, dass die Vergütung der Anlagenbetreiber beihilferechtlich als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könne. Dies gelte grundsätzlich auch für das Grünstromprivileg, allerdings bestehen diesbezüglich Zweifel, ob das Grünstromprivileg eine diskriminierende Wirkung habe, insofern hält die Kommission einen Verstoß gegen Art. 30 oder 110 AEUV für möglich. Ferner hat sie Zweifel an Vereinbarkeit der Besonderen Ausgleichsregelung mit dem Binnenmarkt.

Die Argumentation der Kommission ist nicht überzeugend. Im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung unterlässt die Kommission eine umfassende Prüfung und beschränkt sich allein auf die Feststellung, wer einen möglichen Vorteil haben könnte. Auch die Argumentation im Hinblick auf die Staatlichkeit der Mittel überzeugt nicht. Denn bei Untersuchung der Frage, ob im EEG-Mechanismus staatliche Mittel zum Einsatz kommen, vermischt die Kommission die verschiedenen Stufen des EEG-Systems und differenziert nicht sauber zwischen der Vergütung, die die Anlagenbetreiber erhalten, und der EEG-Umlage. Die Kommission erkennt daher nicht, dass das EEG keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist, da es nach wie vor aus den Mitteln Privater gespeist wird und der Staat keine Kontrolle über die Verwendung dieser Mittel hat.