

**Würzburger Studie zum
Umweltenergierecht**

**Europarechtliche Handlungsspielräume
Deutschlands bei der Förderung von Strom
aus erneuerbaren Energien**

**Zwischen den neuen Anforderungen der Erneuerbare-
Energien-Richtlinie und dem Beihilferecht**

erstellt von

Jana Viktoria Nysten, LL.M. (Maastricht)

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

Eine neue EU-Architektur für die Energiewende – EU ArchE

Gefördert durch:

STIFTUNG
MERCATOR

15

09.03.2020

Zitiervorschlag: *Jana Viktoria Nysten*, Europarechtliche Handlungsspielräume Deutschlands bei der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien, Würzburger Studie zum Umweltenergie-recht Nr. 15 vom 09.03.2020.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail nysten@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

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

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Gang der Darstellung	1
B. Bisherige Schritte hin zur Harmonisierung von nationalen Fördersystemen	2
I. Keine Harmonisierung durch die EE-Strom-RL und EE-RL.....	3
1. Erneuerbare-Energien-Strom-Richtlinie 2001/77/EG	3
2. Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG	3
II. Angleichung über den Umweg des Beihilferechts (UEBLL)	5
III. Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen Erneuerbare- Energien-Richtlinie (EE-RL II)	7
IV. Angleichung über Umweg des Beihilferechts gestoppt? – EuGH zum EEG 2012	8
C. Neue Vorgaben nach der neuen EE-RL II für nationale EE-Förderregelungen und ihr Umsetzungsbedarf ins deutsche Recht	9
I. Ausgestaltung nationaler EE-Förderregelungen nach Art. 4 EE-RL II.....	9
1. Allgemeine Anforderungen an Förderregelungen (Abs. 1) und Beihilferechtsvorbehalt (Abs. 9)	9
2. Marktbezogene Förderung von EE-Strom.....	12
3. Förderung auf wettbewerbliche Art und Weise, insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen	16
II. Öffnung von Förderregelungen, Art. 5 EE-RL II	23
1. Keine Verpflichtung zur Öffnung von Förderregelungen	23
2. Geöffnete Förderung in Deutschland - Erfahrungen und Ausblick	25
III. Stabilität der finanziellen Förderung, Art. 6 EE-RL II	25
1. EU-rechtlicher Schutz gegen (rückwirkende) Änderungen im Fördersystem.....	25
2. Planbarkeit und Umgang mit Änderungen im EEG in Deutschland	26
D. Zusammenspiel EE-RL II und UEBLL – der zukünftige Regelungsrahmen für den deutschen Gesetzgeber	27
I. Keine über das Beihilferegime hinausgehende Wirkung der UEBLL.....	27
II. Spielraum im Vergleich zu den beihilferechtlichen Vorgaben	29
III. Die Zukunft der UEBLL.....	31
E. Zusammenfassung	32

A. Einleitung und Gang der Darstellung

Im Rahmen des Gesetzgebungspakets der Europäischen Union „Saubere Energie für alle Europäer“¹ wurde auch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG (EE-RL)² neugefasst. Ende 2018 trat die neue Richtlinie 2018/2001/EU (EE-RL II)³ in Kraft und ihre Bestimmungen sind bis zum 30. Juni 2021 in deutsches Recht umzusetzen. Die EE-RL II sieht erstmalig konkrete sekundärrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Förderregelungen für erneuerbare Energie (im Folgenden auch EE abgekürzt) vor. Die Harmonisierung der Ausgestaltung der Förderregelungen der Mitgliedstaaten tritt damit in eine neue Phase ein. Denn bislang wurde die Annäherung der unterschiedlichen Förderregelungen in der EU maßgeblich über den Weg des Beihilferechts durch die Europäische Kommission (Kommission) auf Grundlage ihrer Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien 2014-2020 (UEBILL)⁴ betrieben⁵. Diese Vorgaben haben zudem einen maßgeblichen Einfluss auf die neuen Regeln zur Ausgestaltung von Förderregelungen nach der EE-RL II entfaltet. Für die zukünftige rechtliche Fortentwicklung des deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG 2017)⁶ ergibt sich dadurch eine komplexe rechtliche Gemengelage. So stehen die neuen Vorgaben der EE-RL II einerseits unter dem Vorbehalt des Beihilferechts. Andererseits stellt sich nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) von Ende März 2019 zum EEG 2012⁷ die Frage, ob das Beihilferecht für die künftige Ausgestaltung des EEG überhaupt noch eine Rolle spielt. Solange sich der Finanzierungsmechanismus in den durch die EuGH-Entscheidung vorgezeichneten Bahnen bewegt, sollten die beihilferechtlichen Vorgaben insbesondere auch aus den UEBLL nicht mehr einschlägig sein⁸. Sollten dagegen die aktuellen Pläne der Bundesregierung

¹ Vgl. dazu eingehend: *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ – Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9-17; *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ – EU-Strombinnenmarkt (Teil 2), ER 2019, S. 47-52; *Pause*, „Saubere Energie für alle Europäer“ – Was bringt das Legislativpaket der EU?, ZUR 2019, S. 387-396.

² Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140, 05.06.2009.

³ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. L 328, 21.12.2018.

⁴ Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. C 200, 28.06.2014.

⁵ Vgl. *Kahles/Pause*, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel /Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 67 ff.

⁶ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014, BGBl. I S. 1066, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 20. November 2019, BGBl. I, S. 1719.

⁷ EuGH Rs. C-405/16 P Urt. v. 28.03.2019.

⁸ *Kahles/Nysten*, Alles auf Anfang? – Die fehlende Beihilfeeigenschaft des EEG, EnWZ 2019, S. 147-152.

umgesetzt werden, die EEG-Umlage durch Staatseinnahmen aus der Bepreisung von CO₂ zu senken, werden die beihilferechtlichen Vorgaben weiter relevant sein⁹.

Die vorliegende Studie geht dem komplexen Zusammenspiel zwischen den Bestimmungen der neuen EE-RL II für die Ausgestaltung von Fördersystemen für EE-Strom und den UEbLL vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils zu EEG 2012 nach. Sie zeigt auf, welche Handlungsspielräume für den deutschen Gesetzgeber bei der zukünftigen Ausgestaltung des Förderdesigns bestehen.

Dabei wird zunächst die Entstehungsgeschichte der neuen EE-RL II kurz skizziert und der unionsrechtliche Rahmen dargestellt (unter B.). Dann werden die Regelungsinhalte der Art. 4 ff. EE-RL II und der sich hieraus ergebende Umsetzungsbedarf, aber auch neue Handlungsspielräume besprochen (unter C.). Darauf basierend werden abschließend das Zusammenspiel zwischen den UEbLL und den neuen sekundärrechtlichen Bestimmungen sowie die sich daraus ergebenden Handlungsspielräume für den deutschen Gesetzgeber diskutiert (unter D.).

B. Bisherige Schritte hin zur Harmonisierung von nationalen Fördersystemen

Es ist keine Selbstverständlichkeit, dass die neue EE-RL überhaupt konkrete Regelungen zur Ausgestaltung von Förderregelungen für EE-Strom enthält. Im Rahmen einer mittlerweile jahrzehntelangen Diskussion wurde auf EU-Ebene über eine mögliche Harmonisierung der EE-Förderregelungen im Sekundärrecht gesprochen (hierzu unter I.). Eine gewisse Vereinheitlichung erfolgte dann aber erst seit 2014 über den Umweg des Beihilferechts (hierzu unter II.). Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen EE-RL II fanden die bisherigen beihilferechtlichen Grundsätze zu großen Teilen Eingang in das Sekundärrecht (hierzu unter III.). Das Urteil des EuGH zum fehlenden Beihilfecharakter des EEG 2012 hat dem Einfluss der Kommission auf das EEG über den Umweg des Beihilferechts mittlerweile Grenzen gesetzt, was die Bedeutung der neuen Bestimmungen der EE-RL II stärkt (hierzu unter IV.).

⁹ *Kahles/Müller*, Senkung der EEG-Umlage und Beihilferecht – Optionen für die Verwendung der Einnahmen aus dem Brennstoffemissionshandelsgesetz und deren Rechtsfolgen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 48 vom 08.01.2020.

I. Keine Harmonisierung durch die EE-Strom-RL und EE-RL

1. Erneuerbare-Energien-Strom-Richtlinie 2001/77/EG

Die Förderung des EE-Ausbaus auf europäischer Ebene geht auf die 1990er Jahre zurück. Nach ersten Technologie- und Forschungsprogrammen wurden ab 1996 auch generellere Förderansätze diskutiert¹⁰. Diese Diskussion mündete schlussendlich in der Erneuerbare-Energien-Strom-Richtlinie (EE-Strom-RL)¹¹. Darin wurden jedoch lediglich Richtziele für eine vermehrte Nutzung von EE-Strom festgelegt und die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, „geeignete Maßnahmen“ zu treffen um jene Richtziele zu erreichen¹². In Art. 4 Abs. 1 EE-Strom-RL wurde dann unter dem Vorbehalt des Beihilferechts die Möglichkeit von „Förderregelungen“ erwähnt. Diese wurden jedoch nicht weiter definiert. Vielmehr wurde der Kommission für die beihilferechtliche Prüfung mitgegeben, dass diese Maßnahmen den Zielen der Gemeinschaft dienen würden¹³. Damit sollten in den Mitgliedstaaten teilweise bereits bestehende Regelungen, wie das Stromeinspeisegesetz¹⁴ in Deutschland, aufrecht erhalten bleiben¹⁵. Der damalige EG-Gesetzgeber ließ den Mitgliedstaaten hier bewusst Freiraum: Art. 4 Abs. 2 EE-Strom-RL forderte vielmehr die Kommission auf, die Entwicklungen in den Mitgliedstaaten zu verfolgen und zu den unterschiedlichen EE-Förderregelungen zu berichten. Darauf basierend könne über einen einheitlichen Fördermechanismus diskutiert werden¹⁶.

2. Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG

Die Kommission kam dem im Rahmen der EE-Strom-RL erteilten Auftrag nach und entfachte in der Folge eine Debatte um die Harmonisierung von EE-Förderregelungen. Die Kommission war

¹⁰ Calliess/Hey, Erneuerbare Energien in der Europäischen Union und das EEG: Eine Europäisierung „von unten“? in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 237.

¹¹ Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt ABl. L 283, 27.10.2001; vgl. zur Entstehungsgeschichte *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien: Die Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, 2002, S. 79 ff.

¹² Art. 3 Abs. 1 EE-Strom-RL; vgl. dazu eingehend *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien: Die Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, 2002, S. 93 f.

¹³ Vgl. Wortlaut Art. 4 Abs. 1 EE-Strom-RL: „[...] wobei davon auszugehen ist, dass sie zur Verwirklichung der Ziele der Artikel 6 und 174 des Vertrags beitragen.“

¹⁴ Gesetz über die Einspeisung vom Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz vom 7. Dezember 1990, BGBl. I S.2633.

¹⁵ Calliess/Hey, Erneuerbare Energien in der Europäischen Union und das EEG: Eine Europäisierung „von unten“? in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 238 f.

¹⁶ Vgl. Wortlaut Art. 4 Abs. 2 EE-Strom-RL: „Zusammen mit diesem Bericht wird gegebenenfalls ein Vorschlag zur Schaffung eines gemeinschaftlichen Rahmens für Regelungen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen vorgelegt.“ Dazu auch: *Lehnert/Vollprecht*, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 312.

nämlich zu dem Schluss gekommen, dass die in einigen Mitgliedstaaten gehandhabten „Quotensysteme“ effektiver seien als die in anderen Mitgliedstaaten – darunter Deutschland – bestehenden „Einspeisetarifsysteme“¹⁷. Entsprechend enthielt ihr im Jahr 2008 vorgelegter Vorschlag für eine neue Erneuerbare-Energien-Richtlinie ein System, in dem Herkunftsnachweise dazu genutzt werden sollten, EE-Mengen zwischen den Mitgliedstaaten aufzuteilen, und so die nationalen – nunmehr verbindlichen – EE-Ausbauziele erreichen zu können¹⁸. Zwar sollte es den Mitgliedstaaten freigestellt sein, ihre nationalen Fördersysteme zu gestalten, und es wurden u. a. sowohl Einspeisetarife als auch Quotensysteme genannt. Zwischen den Mitgliedstaaten wollte die Kommission jedoch ein einheitliches europäisches Quotensystem schaffen. Dies war jedoch schlussendlich im Gesetzgebungsverfahren nicht konsensfähig¹⁹.

Schließlich wurde in der im Jahr 2009 in Kraft getretenen EE-RL dann der Grundsatz fortgeschrieben, dass die Mitgliedstaaten – vorbehaltlich des Beihilferechts – über ein Ermessen verfügen, was die Ausgestaltung und Beibehaltung ihrer nationalen EE-Fördersysteme betrifft²⁰. Inhaltliche Anforderungen stellt die EE-RL nämlich nicht. Dieser Grundsatz wurde darüber hinaus ausdrücklich in den Erwägungsgründen aufgenommen²¹. So bestimmt Art. 3 Abs. 3 EE-RL, dass die Mitgliedstaaten „*unter anderem*“ Förderregelungen zur Erreichung ihres Erneuerbaren-Ziels anwenden können.

Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bezüglich der Ausgestaltung der EE-Förderung findet sich dann auch in der mit Art. 2 Buchst. k) EE-RL erstmalig eingeführten Definition von „*Förderregelungen*“ wieder. Demnach handelt es sich bei einer Förderregelung um

„ein Instrument, eine Regelung oder einen Mechanismus, das bzw. die bzw. der von einem Mitgliedstaat oder einer Gruppe von Mitgliedstaaten angewendet wird und die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dadurch fördert, dass die Kosten dieser Energie gesenkt werden, ihr Verkaufspreis erhöht wird oder ihre Absatzmenge durch eine Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie oder auf andere Weise gesteigert wird. Dazu zählen unter anderem Investitionsbeihilfen, Steuerbefreiungen oder -erleichterungen, Steuererstattungen, Förderregelungen, die zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen verpflichten, einschließlich solcher, bei denen grüne Zertifikate verwendet werden, sowie direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarife und Prämienzahlungen;“

¹⁷ Lehnert/Vollprecht, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 312.

¹⁸ Siehe Art. 8 RL-Entwurf, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources, COM(2008) 19 final, 2008/0016 (COD), v. 23.01.2008.

¹⁹ Lehnert/Vollprecht, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307, 313.

²⁰ Für eine grundlegende Diskussion des Für und Wider einer harmonisierten Förderung: Callies/Hey, Erneuerbare Energien in der Europäischen Union und das EEG: Eine Europäisierung „von unten“? in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 240; Sensfuß et al., Fortentwicklung des Erneuerbaren Energien Gesetzes (EEG) zur Marktdurchdringung erneuerbarer Energien im deutschen und Europäischen Strommarkt, Endbericht, 2007; Fouquet/Johansson, European renewable energy policy at crossroads. Focus on electricity support mechanisms, Energy Policy 2008, S. 4079 ff.

²¹ Erwägungsgrund 25 EE-RL.

Die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten, Förderregelungen anzuwenden, bzw. der Ermessensspielraum bei deren Ausgestaltung, wurde in der EuGH-Rechtsprechung regelmäßig bestätigt²². Die Debatte um die Harmonisierung von EE-Förderregelungen war damit jedoch nicht beendet. Im Rahmen von Berichten der Kommission²³ und einigen Forschungsvorhaben²⁴ wurde dies immer wieder diskutiert, zumal in der Zwischenzeit durch den Vertrag von Lissabon mit Art. 194 AEUV eine neue und ausdrückliche Kompetenz der EU für den Energiebereich geschaffen worden war²⁵.

II. Angleichung über den Umweg des Beihilferechts (UEBLL)

Dass es doch zu bestimmten Vorgaben zur Ausgestaltung von EE-Förderregelungen kam, ist der parallellaufenden beihilferechtlichen Entwicklung geschuldet²⁶. Zeitgleich zu den Bewertungen des Funktionierens der EE-RL entwickelte die Kommission die UEBLL für die Jahre 2014 bis 2020. In diesen ist u.a. vorgesehen, dass die nationale EE-Förderung wettbewerblich ausgestaltet sein soll und im Regelfall über Ausschreibungen und über eine Marktprämie zusätzlich zu dem am Markt erzielten Strompreis zu erfolgen hat²⁷.

Die Bedeutung der UEBLL ergibt sich vor folgendem Hintergrund: Nationale EE-Förderregelungen können je nach ihrer Ausgestaltung grundsätzlich unter den Begriff der staatlichen Beihilfe fallen²⁸. Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Allerdings ist dieses Verbot weder absolut noch unbeding²⁹: Insbesondere können bestimmte Beihilfen über Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV durch die Kommission genehmigt werden, wenn sie einem Ziel von allgemeinem Interesse dienen und geeignet und erforderlich zur Erreichung dieses Ziels sind. Ferner sollten

²² Vgl. beispielsweise: EuGH, Rs. C-195/12, Urt. v. 26.10.2013, IBV & Cie, Rn. 61; EuGH, Rs. C-573/12, Urt. v. 01.07.2014, Ålands Vindkraft AB, Rn. 98 f.; EuGH, Rs. C-215/16, Urt. v. 20.09.2017, Elecdey Carcelen u.a., Rn. 31.

²³ European Commission, Guidance for the design of renewables support schemes, SWD(2013) 439 final, Brüssel, 5.11.2013.

²⁴ Resch et al., Final report of the beyond2020 project: Approaches for a harmonisation of RES(-E) support in Europe, 2014.

²⁵ Vgl. dazu ausführlich: Fouquet/Nysten/Johnston/van der Marel, Report on legal requirements and policy recommendations for the adoption and implementation of a potential harmonised RES support scheme, 2014.

²⁶ Kahles/Pause, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel/Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 78 f.

²⁷ Rn. 124 f. UEBLL.

²⁸ Vgl. dazu: Kahles/Pause, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel/Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 78 f.; zur fehlenden Beihilfeeigenschaft des EEG: Kahles/Nysten, Alles auf Anfang? – Die fehlende Beihilfeeigenschaft des EEG, EnWZ 2019, S. 147-152.

²⁹ EuGH, Rs. C-78/76, Urt. v. 22.03.1977, Steinike & Weinlig, Rn. 8.

die Maßnahmen einen Anreizeffekt haben, vom Umfang her auf das Minimum begrenzt sein, negative Effekte vermeiden und transparent ausgestaltet sein³⁰.

Erfüllt eine EE-Förderregelung den Beihilfetatbestand, untersteht sie der Genehmigungspflicht durch die Kommission³¹, womit eine gewisse Rechtsunsicherheit einhergeht. Denn die Kommission verfügt bei der Beurteilung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen über ein weites Ermessen³². Um die Transparenz, die Vorhersehbarkeit und die Rechtssicherheit ihres Vorgehens diesbezüglich zu erhöhen, hat die Kommission auch im Umwelt- und Energiebereich seit Jahren regelmäßig sogenannte Leitlinien erlassen. In ihnen werden der Zweck und die Grundsätze ihrer Politik, die den beihilferechtlichen Entscheidungen im Einzelfall zugrunde liegen, aufgezeigt³³. Diese Leitlinien stellen – nicht zuletzt aus Gründen des Vertrauensschutzes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes – eine Art Selbstbindung der Kommission dar, auch wenn sie an sich für die Mitgliedstaaten nicht rechtsverbindlich sind³⁴.

Über die beihilferechtliche Genehmigungspflicht und die UEBLL erlangte die Kommission einigen Einfluss über all jene EE-Förderregelungen, die den Tatbestand der staatlichen Beihilfe erfüllten³⁵. In der Literatur wurden die UEBLL daher dafür kritisiert, dass sie zu weit in die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten eingreifen würden, und damit u.a. ihre Souveränitätsrechte einschränken würden³⁶.

³⁰ Dazu allgemein: von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 2016, 59. EL, Art. 107 AEUV, Rn. 150 f.; spezifisch für die UEBLL vgl. Rn. 296 sowie Rn. 27 UEBLL.

³¹ Ausnahmen bestehen für Fördermaßnahmen, die etwa nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung von dieser Pflicht freigestellt sind oder unter die Grenzen der „De-Minimis-Verordnung“ fallen, vgl. Art. 36 bis 49 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187, 26.6.2014, S. 1 ff. sowie Art. 3 Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352, 24.12.2013, S. 1 ff.

³² EuGH, Rs. C-78/76 Urt. v. 22.03.1977, Steinike & Weinlig, Rn. 8; EuGH, Rs. C-730 Urt. v. 17.09.1980, Philip Morris, Rn. 24.

³³ Vgl. etwa EuG, Rs. T-187/99 Urt. v. 07.06.2001, Agrana Zucker und Stärke/Kommission, Rn. 56; Pause, Die Beihilfeleitlinien der Kommission für den Energie- und Umweltbereich, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 223; von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 2016, 59. EL, Art. 107 AEUV, Rn. 156.

³⁴ Pause, Die Beihilfeleitlinien der Kommission für den Energie- und Umweltbereich, in Müller/Kahl (Hrsg.) Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 224; Ludwigs, Die Energiewende und der Energiebinnenmarkt – Konvergenzen und Konfliktlinien, in: Gundel/Lange (Hrsg.) Neuausrichtung der deutschen Energieversorgung – Zwischenbilanz der Energiewende, 2015, S. 38.

³⁵ Kahles/Pause, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel /Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 78 f.

³⁶ Eingehend: Pause, Die Beihilfeleitlinien der Kommission für den Energie- und Umweltbereich, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 244; Münchmeyer/Kahles/Pause, Erfordert das europäische Beihilferecht die Einführung von Ausschreibungsverfahren im EEG?, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 5, 16.07.2014, S. 7 ff.; a. A.: Ludwigs, Stand und Entwicklung der Rechtsordnung des Energiebinnenmarktes, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 136.

III. Diskussion im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL II)

Die Diskussion darüber, welches Maß an EU-Vorgaben für die EE-Förderregelungen der Mitgliedstaaten gelten sollte, wurde schließlich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur neuen EE-RL II fortgeführt. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission vom November 2016 war diesbezüglich noch sehr zurückhaltend³⁷. Art. 4 des Vorschlags enthielt allgemeine Grundsätze für die Anwendung von Förderregelungen. So sollten unnötige Störungen im Strommarkt vermieden werden und Erzeuger Angebot und Nachfrage, sowie die Netzsituation im Auge behalten (Abs. 1). Darüber hinaus solle eine Marktintegration angestrebt und Erzeuger einem Preissignal ausgesetzt werden (Abs. 2). Dabei sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Förderung unter offenen, transparenten, nicht-diskriminierenden, wettbewerblichen und kosteffektiven Umständen erfolgt (Abs. 3). Die Evaluierung der Effektivität jener Förderregelungen sollte den Mitgliedstaaten überlassen sein (Abs. 4), wobei großer Wert auf die Stabilität der Förderung gelegt werden sollte³⁸.

Im Rahmen des Trilogverfahrens stellte sich jedoch schnell heraus, dass der EU-Gesetzgeber anderer Ansicht als die Kommission war und konkrete Regelungen zur Ausgestaltung von EE-Förderregelungen in der EE-RL II verankern wollte. Dabei lehnten weder Parlament noch Rat das in den UEBLL festgelegte Förderdesign generell ab. Änderungsvorschläge waren teils wörtlich aus den UEBLL übernommen und schrieben – mit Ausnahme von kleinen und Demonstrationsvorhaben – Marktprämien und, in der Regel, auch Ausschreibungen vor. Die Möglichkeit von technologiespezifischen Ausschreibungen wurde dabei mit unterschiedlicher Ausprägung betont³⁹. Insbesondere das Parlament machte sich zudem für die Berücksichtigung der Besonderheiten von neu in die EE-RL II aufgenommenen Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften⁴⁰ stark. Auch die

³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), COM/2016/0767 final/2 - 2016/0382 (COD), v. 30.11.2016.

³⁸ Vgl. Art. 6 des Vorschlags der Kommission: *“Without prejudice to adaptations necessary to comply with State aid rules, Member States shall ensure that the level of, and the conditions attached to, the support granted to renewable energy projects are not revised in a way that negatively impacts the rights conferred thereunder and the economics of supported projects.”*

³⁹ Während beide Institutionen sie anführten, stehen in den Formulierungen des Parlaments technologiespezifische und -neutrale Ausschreibungen eher ebenbürtig, so dass die Mitgliedstaaten „insbesondere“ in bestimmten Fällen technologieneutrale Förderung gewähren können; hingegen schlug der Rat vor, dass technologiespezifische Ausschreibungen als Ausnahme unter bestimmten Bedingungen erlaubt sein sollten, vgl. Rat der Europäischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.04.2018, S. 117.

⁴⁰ Jetzt geregelt, einschließlich des vom Parlament geforderten Grundsatzes der Berücksichtigung von deren Eigenschaften im Rahmen der Förderung und des Diskriminierungsverbots, in Art. 22 EE-RL II.

Planbarkeit war ein wichtiger Aspekt. Neben dem Schutz der EE-Anlagenbetreiber vor (rückwirkenden) Änderungen in den Förderbedingungen und damit einhergehenden Verlusten wurde zusätzlich die Festlegung klarer Ausschreibungsbedingungen und Prozesse gefordert⁴¹.

IV. Angleichung über Umweg des Beihilferechts gestoppt? – EuGH zum EEG 2012

Am 29. März 2019 hat der EuGH entschieden, dass – entgegen der Auffassung der Kommission und des Europäischen Gerichts (EuG) – das deutsche EEG 2012 keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, da das Kriterium „*staatlich oder aus staatlichen Mitteln*“ nicht erfüllt ist⁴². Dies sorgte für Aufsehen, hatte der deutsche Gesetzgeber in den jüngsten EEG-Reformen doch regelmäßig auf die beihilferechtlichen Vorgaben der UEBLL verwiesen, wenn es etwa um die Einführung von Ausschreibungen ging⁴³.

Zwar gilt das Urteil des EuGH nur für das EEG 2012. Die Untersuchungen der Kommission⁴⁴ und des EuG⁴⁵ in erster Instanz, wie dann auch schlussendlich des EuGH in zweiter Instanz waren auf die damalige Gesetzeslage beschränkt und es wurden insbesondere keine Aussagen zum EEG 2017 getroffen. Allerdings hat sich der Umlagemechanismus im EEG seither nicht wesentlich geändert, sodass von einer grundsätzlichen Übertragbarkeit ausgegangen werden kann, nach der auch das EEG 2017 in heutiger Fassung keine Beihilfe darstellen sollte⁴⁶.

⁴¹ Rat der Europäischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.04.2018, S. 119.

⁴² EuGH, Rs. C-405/16 P Urt. v. 28.03.2019.

⁴³ *Kahles/Pause*, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel /Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 78 f.; *Stiftung Umweltenergierecht*, Das EEG 2012 ist keine Beihilfe – was genau bedeutet das EuGH Urteil? Fragen und Antworten, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 41 v. 04.04.2019.

⁴⁴ Beschluss (EU) 2015/1585 der Kommission vom 25.11.2014 über die Beihilferegelung SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN); zur Einordnung vgl. *Grabmayr/Stehle/Pause/Müller*, Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012: Inhalte, Einordnungen und Konsequenzen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 2, Februar 2014.

⁴⁵ EuG, Rs. T-47/15, Urt. v. 10.05.2016.

⁴⁶ Dieser Auffassung: *Scholtka/Trottmann*, Das EEG (2012) ist keine Beihilfe, ER 2019, S. 94; *Kahles/Nysten*, Alles auf Anfang? – Die fehlende Beihilfeeigenschaft des EEG, EnWZ 2019, S. 147, 152; *Frenz*, EEG-Kontrolle nach EU-Sekundärrecht statt gemäß Beihilfenverbot als Folge des EuGH-Urteils vom 28.03.2019; RdE 2019, S. 209; *Meitz*, Anmerkung zum Urteil des EuGH Rs. C-405/16 P, ZUR 2019, S. 353, 355 (jedenfalls zum größten Teil, d.h. mit Ausnahme der gesetzlichen Verpflichtung zur Wälzung auf die Letztverbraucher); *Stöbener de Mora*, Anmerkung zu EuGH: Förderung nach EEG nicht als staatliche Beihilfe qualifizierbar, NVwZ 2019, S. 626, 634; zurückhaltend: *Overkamp/Brinkschmidt*, Der Beihilfenbegriff im Wandel: Die Entscheidung des EuGH zum EEG 2012 als Wendepunkt der „Beihilfenpolitik“?, DÖV 2019, S 868, 875; a. A.: *Ludwigs*, Die Förderung erneuerbarer Energien vor dem EuGH – Luxemburg locuta, causa non finita!, NVwZ 2019, S. 909, 912.

Allerdings haben zahlreiche Vorgaben, die die Kommission Deutschland im Rahmen der beihilfe-rechtlichen Genehmigung zum EEG 2014 bzw. 2017 auferlegte, nunmehr ihren Weg ins Sekun-därrecht gefunden. Entsprechend stellt sich die Frage, welche Regelungen der EE-RL II in Deutsch-land noch umzusetzen sind und welche Spielräume der Gesetzgeber dabei haben mag, wenn das Beihilferegime und die UEBLL keine Anwendung finden.

C. Neue Vorgaben nach der neuen EE-RL II für nationale EE-Förderre-gelungen und ihr Umsetzungsbedarf ins deutsche Recht

Im Folgenden werden die Regelungsinhalte der EE-RL II im Hinblick auf Vorgaben für die Ausge-staltung von nationalen EE-Förderregelungen untersucht. Dabei werden der Stand der Umset-zung in Deutschland, auch vor dem Hintergrund des durch die Beachtung der UEBLL erfolgten Systemwechsels in den letzten Jahren, betrachtet und Änderungsbedarfe oder -möglichkeiten skizziert. Art. 4 EE-RL II enthält dabei detaillierte Bestimmungen, wonach die Förderung erneuer-barer Energien auf marktbezogene und wettbewerbliche Art und Weise verwirklicht werden muss (dazu I.). Art. 5 EE-RL II nimmt ergänzend dazu die Möglichkeiten der Öffnung nationaler EE-Förderregelungen in den Blick (siehe dazu II.), Art. 6 EE-RL II soll die Stabilität der Förderung sicherstellen (siehe dazu III.).

I. Ausgestaltung nationaler EE-Förderregelungen nach Art. 4 EE-RL II

Die EE-RL II macht erstmals dezidierte inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung von „Förderre-gelungen für Energie aus erneuerbaren Quellen“, die den – vorbehaltlich des Beihilferechts - be-stehenden Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten bestimmen.

1. Allgemeine Anforderungen an Förderregelungen (Abs. 1) und Beihilferechts-vorbehalt (Abs. 9)

a) Allgemeine Anforderungen (Abs. 1)

Nach Art. 4 Abs. 1 EE-RL II „können“ Mitgliedstaaten „Förderregelungen anwenden, um das in Art. 3 Abs. 1 festgelegte Unionsziel für den Einsatz von erneuerbarer Energie und ihren jeweiligen auf nationaler Ebene festgelegten Beitrag zu diesem Ziel zu erreichen oder zu übertreffen“. Hie-raus ergibt sich zum einen, dass die Anwendung von Förderregelungen durch die Mitgliedstaaten keine Pflicht, sondern im Prinzip optional ist. Zum anderen müssen die Mitgliedstaaten aber ihre Ziele zum Ausbau der erneuerbaren Energien erfüllen. Anders als in der EE-RL werden in der EE-RL II dabei keine verbindlichen nationalen Ziele vorgeschrieben. Vielmehr legen die Mitgliedstaa-ten nach Art. 3 Abs. 2 EE-RL II die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Nationalen Energie- und

Klimapläne (NEKP) selbst nationale Beiträge fest, mit denen das Unionsziel erreicht werden soll. Während der rechtliche Rahmen keine eindeutige Verbindlichkeit der nationalen Beiträge vorgibt, wird allgemein jedoch davon ausgegangen, dass sich die Mitgliedstaaten selbst zur Leistung ihrer Beiträge verpflichten und zumindest Maßnahmen ergreifen müssen, um Beiträge und Zielpfade einzuhalten⁴⁷. Gegebenenfalls bestehen dann nach der sogenannten Governance-Verordnung⁴⁸ Korrekturmöglichkeiten für die Kommission, wenn die Beiträge nicht ausreichend sind, um unionsweit auf einen Anteil von mindestens 32% EE am Bruttoendenergieverbrauch im Jahr 2030 zu kommen⁴⁹.

Die Regelungen in den folgenden Absätzen des Art. 4 EE-RL II gelten entsprechend für den Fall, dass die Mitgliedstaaten Förderregelungen im Sinne der EE-RL II einführen. Diese sind – wie schon unter der EE-RL – in Art. 2 Nr. 5 EE-RL II weit definiert⁵⁰. Damit fallen wohl alle denkbaren Maßnahmen, die zur Finanzierung des EE-Ausbaus führen können, unter diesen Begriff und entsprechend unter die Regelungen in Art. 4 EE-RL II.

b) Beihilferechtsvorbehalt (Abs. 9)

Art. 4 Abs. 9 EE-RL II stellt den gesamten Art. 4 EE-RL II unter den Vorbehalt des Beihilferechts. Dies beeinträchtigt nicht die Pflicht der Mitgliedstaaten, die Vorgaben dieser sekundärrechtlichen Bestimmung umzusetzen. Vielmehr wird damit ausgedrückt, dass sich Förderregelungen nicht einer beihilferechtlichen Prüfung entziehen können. Die Art. 107 und 108 AEUV – und damit die primärrechtlichen Bestimmungen des Beihilferechts – gelten „*unbeschadet*“⁵¹ für alle EE-Förderregelungen.

Diese Bestimmung ist dabei primär deklaratorischer Art: Die Mitgliedstaaten sind in der Umsetzung der EE-RL II ohnehin an die primärrechtlichen Vorgaben, u.a. der Art. 107 und 108 AEUV gebunden. Mitgliedstaaten, deren Förderregelungen staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen, müssen also bei der Ausgestaltung ihrer Förderregelungen sowohl die Vorgaben der EE-RL II als auch das Beihilferecht beachten.

⁴⁷ *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ – Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9, 13, auch *Schulz/Losch*, Die geplante Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie, EnWZ 2017, S. 107, 109 f.; *Frenz*, Ökostromförderung nach dem neuen EU Sekundärrecht, ZNER 2019, S. 88.

⁴⁸ Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 663/2009 und (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2009/119/EG und (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 328/1, 21.12.2018.

⁴⁹ Dazu umfassend: *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ – Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu bereits oben die Ausführungen zur EE-RL unter B. I. 2; die Definition wurde in der EE-RL II nur marginal angepasst: aus „Prämienzahlungen“ in der EE-RL wurde die „Zahlung einer gleitenden oder festen Prämie“; vgl. auch *Pause/Kahles*, Die finale Rechtsakte des EU-Winterpaket „Saubere Energie für alle Europäer“ - Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9, 13.

⁵¹ Art. 4 Abs. 9 EE-RL II.

Auffallend ist, dass sich Art. 4 Abs. 1 EE-RL II allgemein auf den Einsatz erneuerbarer Energie bezieht. Diese Ausweitung ist im Rahmen des Trilogverfahrens durch Betreiben des Parlaments erfolgt⁵². Die Kommission hatte ursprünglich nur Förderregelungen für EE-Strom adressieren wollen. Zwar werden in den Absätzen 2 bis 6 ausschließlich Vorgaben zu Förderregelungen für EE-Strom gemacht. Die Absätze 1, sowie 7 bis 9 – und damit insbesondere das Regime des Beihilferechts – gelten jedoch für Förderregelungen für alle Formen der Nutzung erneuerbarer Energien. Dies ist insofern konsequent, da die UEBLL bereits beihilferechtliche Vorgaben auch für die Förderung von EE außerhalb des Stromsektors enthalten⁵³.

Art. 4 Abs. 1 EE-RL II ist in Deutschland bereits umgesetzt, da EE-Förderregelungen bereits in unterschiedlichen Bereichen existieren. Das EEG dient als umfassende Förderregelung der Erreichung der EE-Ausbauziele der Bundesrepublik für den Strombereich, welche nicht zuletzt auch auf die EE-RL zurückgehen⁵⁴. Es dient ferner der Steigerung des Anteils der EE im gesamten Bruttoendenergieverbrauch auf die von der EE-RL mindestens verlangten 18% bis 2020⁵⁵. Auch wurden das EEG 2014 und das EEG 2017 bei der Kommission angemeldet und nach einer beihilferechtlichen Prüfung als mit dem Beihilferecht vereinbar genehmigt⁵⁶, sodass der Vorbehalt von Deutschland in der jüngeren Vergangenheit berücksichtigt wurde, selbst wenn die Anmeldung als „Nicht-Beihilfe“ erfolgt war⁵⁷.

Für die Bereiche Wärme und Verkehr werden derzeit andere Maßnahmen genutzt, um die EU-Vorgaben zur Steigerung des EE-Anteils am Bruttoendenergieverbrauch zu erreichen⁵⁸. Ob die gewählten EE-Förderregelungen in den jeweiligen Sektoren allerdings auch ausreichend sein werden, um die Erreichung des Unionsziels sowie des nationalen EE-Ziels nach Art. 4 Abs. 1 EE-RL sicherzustellen, wird sich künftig zeigen müssen.

⁵² Vgl. die Übersichtstabelle bei: Rat der Europäischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.07.2018, S. 115 ff.

⁵³ Rn. 131 UEBLL.

⁵⁴ § 1 Abs. 2 EEG 2017.

⁵⁵ Vgl. § 1 Abs. 3 EEG 2017.

⁵⁶ Vgl. Europäische Kommission, SA.45461 (2016/N) – Germany, EEG 2017 -Reform of the Renewable Energy Law, Letter to the Member State v. 20.12.2016; Europäische Kommission, SA.38632 (2014/N) – Germany, EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law, Letter to the Member State v. 23.07.2014.

⁵⁷ Dazu auch *Kahles/Nysten*, Alles auf Anfang? – Die fehlende Beihilfeeigenschaft des EEG, EnWZ 2019, S. 147, 151.

⁵⁸ Für den Wärmesektor setzt die Bundesregierung hauptsächlich auf die Renovierungsstrategie und bindet den Ausbau der EE insbesondere auch in anderen Effizienzmaßnahmen ein. Im Verkehr bestehen zahlreiche Maßnahmen zur Förderung der E-Mobilität, vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf des nationalen integrierten Energie- und Klimaschutzplans, v. 04.01.2019, S. 56. Der finale Plan liegt bis dato noch nicht vor.

2. Marktbezogene Förderung von EE-Strom

a) Allgemeine Anforderungen (Abs. 2)

Nach Art. 4 Abs. 2 EE-RL II sollen die Förderregelungen für EE-Strom Anreize für eine marktba- sierte und marktorientierte Integration von EE-Strom in den Strommarkt setzen. Dabei werden neben der Vermeidung von unnötigen Wettbewerbsverzerrungen auf den Strommärkten insbe- sondere etwaige Systemintegrationskosten und die Netzstabilität als zu berücksichtigende As- pekte genannt.

Art. 4 Abs. 2 EE-RL II zielte nach dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission ausschließlich auf die Marktintegration⁵⁹ und auch Parlament und Rat diskutierten an dieser Stelle u.a. die Ausrich- tung der EE-Stromproduktion an Marktpreissignalen⁶⁰. Die Faktoren Systemintegrationskosten und Netzstabilität waren im Rahmen des Trilogverfahrens zunächst unberücksichtigt geblieben und kamen erst zum Ende des Verfahrens hin in Art. 4 Abs. 2 EE-RL II unter⁶¹. Sie bilden nun den „Mehrwert“ gegenüber den Marktintegrationsbestimmungen, indem sie die netzseitige Integra- tion von EE-Strom betonen. Die marktseitige Integration, und damit auch die Vorschläge von Par- lament und Rat zu Preissignalen und Marktprämien, findet sich vertieft in Art. 4 Abs. 3 EE-RL II.

Wenn es um den Aspekt der Netzstabilität geht, auf den Art. 4 Abs. 2 EE-RL II ausdrücklich ver- weist, ist darauf hinzuweisen, dass eine grundsätzliche Standardbilanzierungsverantwortlichkeit für EE-Anlagen nunmehr in der Strombinnenmarktverordnung⁶² geregelt ist. Aus dem bisherigen vorrangigen oder garantierten Einspeisevorrang nach der EE-RL wird zukünftig eine Art „nach- rangige Abregelung“⁶³, bei der EE-Strom im Falle eines nicht-marktbasierten Redispatch zuletzt abgeregelt wird⁶⁴. Dabei gilt nach Art. 12 Abs. 1 Strombinnenmarktverordnung generell das Prin- zip des marktbasiereten Dispatch, und nur für kleinere Anlagen können Ausnahmen vorgesehen

⁵⁹ Der Vorschlag der Kommission wollte in jenem Absatz lediglich die Förderung über eine Marktprämie regeln vgl. Übersichtstabelle bei: Rat der Europäischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.07.2018, S. 116.

⁶⁰ Rat und Parlament fügten diesem Vorschlag zunächst Ausnahmetatbestände zu, die das Parlament ausdrücklich in der EE-RL II regeln wollte, wohingegen der Rat keine Schwellenwerte vorgab, vgl. Übersichtstabelle: Rat der Euro- päischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.07.2018, S. 116.

⁶¹ Das sogenannte „Vierspalten-Dokument“ führte diese Änderungen noch gar nicht auf, vgl. Übersichtstabelle: Rat der Europäischen Union, Sekretariat, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), Interinstitutional File 2016/0382 (COD), Brüssel, v. 04.07.2018, S. 116.

⁶² Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitäts- binnenmarkt, ABl. L 158/54, 14.6.2019.

⁶³ Art. 13 Abs. 6 Strombinnenmarktverordnung.

⁶⁴ Ausführlich dazu: *Pause/Kahles*, Die finalen Rechtsakte des EU-Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ – EU-Strombinnenmarkt (Teil 2), ER 2019, S. 47; *Kahles/Kahl/Pause*, Die Vorschläge zur Neuregelung des Vorrangs erneuerbarer Energien im Energie-Winterpaket der Europäischen Kommission, Würzburger Studien zum Umwelte- nergierecht Nr. 5, Mai 2017.

werden. Als Verordnung gelten die neuen Regelungen der Strombinnenmarktverordnung unmittelbar und ohne Umsetzungsbedarf in den Mitgliedstaaten, so dass eine gewisse netzseitige Integration bereits verbindlich vorgegeben ist.

Auch die UEBLL sehen grundsätzlich eine Marktintegration der EE vor, die sich in einer grundsätzlichen Förderung durch eine Marktprämie, Standardbilanzausgleichsverantwortung und die Abwesenheit von Anreizen zur Stromerzeugung bei Zeiten von negativen Preisen manifestiert⁶⁵.

Entsprechend ist das Prinzip der Marktintegration, nicht zuletzt durch die Umsetzung der Anforderungen der UEBLL, seit dem EEG 2014 im EEG verwirklicht. Dass die Förderung nach dem EEG marktbasierend und marktorientiert erfolgen soll, ist bereits grundsätzlich in § 2 Abs. 1 und 2 EEG 2017 festgelegt. Dort heißt es, dass EE-Strom in das Elektrizitätssystem integriert und zum Zweck der Marktintegration direkt vermarktet werden soll. Ausnahmen von der Direktvermarktung bestehen nur für Anlagen von bis zu 100 kW, die eine Einspeisevergütung erhalten können, sowie Anlagen, die sich temporär in der Ausfallvergütung befinden⁶⁶. Zwar besteht in Deutschland für die Netzbetreiber immer noch die allgemeine Verpflichtung, Strom, der nach dem EEG gefördert wird, „*unverzüglich vorrangig physikalisch*“ abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen⁶⁷. Allerdings ist dieser Einspeisevorrang vorbehaltlich des Einspeisemanagements im Fall von Netzengpässen nach § 14 EEG 2017 geregelt. Für Anlagenbetreiber in der Direktvermarktung besteht darüber hinaus zudem die Pflicht zur Führung eines ausgeglichenen Bilanzkreises⁶⁸. Damit wird neben dem Aspekt der Marktintegration auch dem Aspekt der Netzstabilität Rechnung getragen.

b) Maximierung der Marktintegration und Marktprämie (Abs. 3)

Art. 4 Abs. 3 EE-RL II geht gegenüber dem vorherigen Absatz inhaltlich bezüglich der Marktintegration verstärkt in die Tiefe. EE-Strom soll durch die Erzeuger selbst im Strommarkt nach den dort geltenden Regeln gehandelt werden. Erzeuger sollen insbesondere auch auf Marktpreissignale reagieren und gemäß Angebot und Nachfrage versuchen, ihre Einnahmen zu maximieren. Entsprechend sollen Einspeisetarife dann auch nur noch ausnahmsweise und ausschließlich für kleine Anlagen und Demonstrationsvorhaben möglich sein. Für alle anderen Anlagen ist der zulässige Preisstützungsmechanismus eine Prämie zusätzlich zu dem im Markt erzielten Preis.

Zur genaueren Ausgestaltung der Marktprämie macht die Regelung keine weiteren Vorgaben. Diese kann somit beispielsweise gleitend oder fix sein. In der politischen Diskussion standen sich diese beiden Konzepte gegenüber. Die gleitende Marktprämie stellt eine vom Marktpreis abhängige Prämie dar, die somit ein Einkommen verschaffen kann. Zwar schwankt dieses mit dem Marktpreis und kann tatsächlich „null“ betragen, so dass Erzeuger einem gewissen Marktrisiko

⁶⁵ Rn. 124 UEBLL.

⁶⁶ § 21 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EEG 2017.

⁶⁷ § 11 Abs. 1 S. 1 EEG 2017.

⁶⁸ Vgl. § 20 Abs. 4 EEG 2017.

ausgesetzt sind. Die feste Marktprämie stellt dagegen einen pauschalen Fixbetrag dar, der unabhängig vom Marktpreis ausbezahlt wird. Die Diskussion um diese beiden Konzepte hat sich auch in der Definition des Begriffs der „Förderregelung“ manifestiert, die ausdrücklich um die beiden Varianten ergänzt wurde⁶⁹. Der Wortlaut der Regelung des Art. 4 Abs. 3 S. 2 EE-RL sieht die fixe oder gleitende Marktprämie aber nur als eine Form unter verschiedenen Formen der Marktprämie vor („*unter anderem*“). Andere Prämienmodelle wären also auch denkbar⁷⁰.

Art. 4 Abs. 3 EE-RL II nimmt zwar Kleinanlagen vom Erfordernis der Marktprämie aus, definiert allerdings nicht, was unter einer „Kleinanlage“ zu verstehen ist. Auch die Begriffsbestimmungen in Art. 2 EE-RL II enthalten keine entsprechende Definition⁷¹, was einen gewissen Freiraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Bestimmung nahelegt.

In diesem Zusammenhang sind allerdings die oben bereits erwähnten Vorgaben der Strombinnenmarktverordnung zu berücksichtigen. Dies wird durch den Wortlaut des Art. 4 Abs. 3 EE-RL II „*unbeschadet der für Elektrizität geltenden Binnenmarktvorschriften der Union*“ ausdrücklich bestätigt. Die Strombinnenmarktverordnung nimmt nämlich bestimmte Schwellenwerte für eine Ausnahme von der Bilanzierungsverantwortlichkeit an: Hier gelten nach Art. 5 Abs. 2 und 4 Strombinnenmarktverordnung Werte von 400 kW bzw. 200 kW ab 2026. Dies findet sich auch in Art. 12 Abs. 2 Strombinnenmarktverordnung bezüglich des marktbasierten Dispatch wieder. Anders als für die Standardbilanzierungsverantwortlichkeit, von der die Mitgliedstaaten „Freistellungen“ erteilen können, wenn die Anlagenkapazität den entsprechenden Schwellenwert nicht übersteigt, handelt es sich bei Art. 12 Abs. 2 Strombinnenmarktverordnung um eine Verpflichtung. Da jene Bestimmung unmittelbar gilt und keinen Ermessensspielraum lässt, wird sie nicht nur von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer EE-Förderregelungen, sondern wohl auch von der Kommission berücksichtigt werden müssen⁷².

Indem alle Anlagen größer als 400 kW (bzw. 200 kW) im Prinzip bilanzierungspflichtig und einem System des marktbasierten Dispatch unterworfen sind, sind den nach der EE-RL II prinzipiell offenen Schwellenwerten für eine Ausnahme von der marktbasierten Förderung über eine Marktprämie dann auch klare Grenzen gesetzt: Feste Einspeisetarife, wie sie derzeit in Deutschland noch für kleinere Anlagen bis 100 kW bestehen, benötigen netzseitig eine Ausnahme von der Bilanzierungspflicht und einen Einspeisevorrang. Während dies beides für Anlagen bis 400 kW

⁶⁹ Art. 3 Nr. 5 letzter Hs. EE-RL II.

⁷⁰ So kursieren etwa Vorschläge zu einer symmetrisch gleitenden Marktprämie, die im Falle von hohen Marktpreisen von EE „negativ“ wird, d.h. zu einer Rückzahlung der in Zeiten von niedrigen Marktpreisen erhaltenen Förderung führt, vgl. *Neuhoff et. al., Ausgestaltungsoptionen für Symmetrische Marktprämie*, DIW 2018.

⁷¹ Vielmehr wird in Erwägungsgrund 17 EE-RL II auf die Bestimmungen des Beihilferechts verwiesen. Die UE BLL enthalten jedoch auch keine Definition, lediglich Schwellenwerte, die je nach Anwendungsbereich unterschiedlich sein können.

⁷² In diesem Zusammenhang fällt auf, dass anders als bei den Ausnahmen bezüglich der Förderung über Marktprämie und Ausschreibungen die Erwägungsgründe der EE-RL II die Ausnahmen von der Bilanzierungsverpflichtung nicht adressieren. Ob der EU-Gesetzgeber dies im Sinne der Strombinnenmarktverordnung bewusst unterlassen hat, bleibt offen.

durch die Strombinnenmarktverordnung gewährleistet werden kann, werden solche Förderregelungen jenseits der durch die Strombinnenmarktverordnung vorgegebenen Werte nicht mehr möglich sein.

aa) Anpassungsbedarf in Deutschland?

Einspeisetarife sind nach dem EEG 2017 grundsätzlich nur noch für Anlagen unter 100 kW möglich. Anlagen mit einer höheren installierten Kapazität müssen ihren Strom – wenn sie Förderung über eine Marktprämie in Anspruch nehmen wollen - direkt vermarkten und unterliegen damit nach § 20 Ziff. 1 Abs. 4 EEG 2017 einer Bilanzierungspflicht. Damit sind die entsprechenden Vorgaben der EE-RL II in Deutschland bereits umgesetzt. Dass die Strombinnenmarktrichtlinie eine Ausnahme für Anlagen bis zu 400 kW (bzw. 200 kW) zulassen würde, führt nicht zu einem Änderungsbedarf im EEG, da dieser Schwellenwert als eine Obergrenze zu verstehen ist und es den Mitgliedstaaten entsprechend freisteht, einen niedrigeren Wert anzusetzen. Allerdings wird – sollte Deutschland seine EE-Ausbauziele verfehlen bzw. eine Verfehlung wahrscheinlich werden – ein solcher niedrigerer Wert vermutlich verstärkt ins Auge genommen werden und entsprechend einem erhöhten Maß an Rechtfertigung nach Art. 12 Abs. 3 Strombinnenmarktverordnung bedürfen⁷³.

bb) Sonderfall: Negative Preise

Die UEBLL enthalten zusätzlich zu den Anforderungen an Marktprämie und Standardbilanzierungspflicht in Rn. 124 Buchst. c) folgende Vorgabe: *„Es werden Maßnahmen getroffen, um sicherzustellen, dass die Stromerzeuger keinen Anreiz haben, Strom zu negativen Preisen zu erzeugen.“* Dies ist demnach eine der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beihilfe zur Förderung von EE-Strom. In der EE-RL II findet sich eine solche Bestimmung allerdings nicht. Hier wird lediglich allgemein verlangt, dass die EE-Förderregelung sicherstellt, dass Produzenten auf Preissignale reagieren⁷⁴.

Deutschland hat die Vorgabe der UEBLL in § 23 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. § 51 EEG 2017 umgesetzt. Dort heißt es:

„Wenn der Wert der Stundenkontrakte für die Preiszone für Deutschland am Spotmarkt der Strombörse in der vortägigen Auktion in mindestens sechs aufeinanderfolgenden Stunden negativ ist, verringert sich der anzulegende Wert für den gesamten Zeitraum, in dem die Stundenkontrakte ohne Unterbrechung negativ sind, auf null.“

Ausgehend davon, dass das EEG auch in seiner jetzigen Form keine Beihilfe darstellt, wäre diese Bestimmung nicht mehr erforderlich und könnte künftig gestrichen werden.

⁷³ Vgl. v.a. Art. 12 Abs. 3 lit. c) Strombinnenmarktverordnung.

⁷⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EE-RL II.

cc) Anpassungsbedarf in den UEBLL

Wie bereits erwähnt, gehen die UEBLL wie die EE-RL II von einer Förderung über Marktprämien und einer Standardbilanzierungspflicht aus⁷⁵. Allerdings werden hier konkrete Vorgaben dazu gemacht, unterhalb welcher Schwellenwerte die Mitgliedstaaten von diesem Prinzip abweichen können. So heißt es, dass Anlagen mit weniger als 500 kW oder Windenergieanlagen mit weniger als 3 MW oder 3 Erzeugungseinheiten von der verpflichteten Direktvermarktung und damit auch dem Prinzip der Förderung über eine Marktprämie ausgenommen werden können⁷⁶. Für sie sind Einspeisetarife nach den UEBLL also noch zulässig. Im 19. Erwägungsgrund der EE-RL II wird auf diese – im Übrigen vom Parlament ursprünglich auch direkt in der Formulierung des Art. 4 EE-RL II vorgesehenen – Schwellenwerte verwiesen. Dies legt nahe, dass der EU-Gesetzgeber diese Schwellenwerte im Auge hatte und die Mitgliedstaaten keine größeren Anlagen ausnehmen dürfen⁷⁷.

Jedoch wurden mit der Verpflichtung zum marktbasierten Dispatch nach Art. 12 Strombinnenmarktverordnung nunmehr Regelungen getroffen, die die Ausnahme von der Standardbilanzierungsverpflichtung, und damit schlussendlich feste Einspeisetarife, für Anlagen mit mehr als 400 kW (bzw. 200 kW ab 2026) unmöglich machen. Da die Bestimmungen der Verordnung unmittelbar gelten, kann auch in den UEBLL bzw. der Kommissionspraxis bei der Genehmigung von Beihilfen nicht davon abgewichen werden. Die Schwellenwerte in Rn. 125 UEBLL sind entsprechend anzupassen.

3. Förderung auf wettbewerbliche Art und Weise, insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen

a) Förderung auf offene, transparente, wettbewerbsfördernde, nichtdiskriminierende und kosteneffiziente Weise (Abs. 4)

Art. 4 Abs. 4 EE-RL II sieht vor, dass EE-Strom *„auf offene, transparente, wettbewerbsfördernde, nichtdiskriminierende und kosteneffiziente Weise gefördert wird“*. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission beließ es bei diesem Grundsatz. Im Rahmen des Trilogverfahrens wurde die Regelung jedoch – ähnlich dem unter den UEBLL geltenden System – um Regelungen zur Ausgestaltung von Ausschreibungen ergänzt (Art. 4 Abs. 4 S. 2 und insbesondere Art. 4 Abs. 5 EE-RL II). Dies kann dahingehend interpretiert werden, dass der EU-Gesetzgeber Ausschreibungen als Hauptumsetzungsbeispiel des Grundsatzes nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 EE-RL II ansieht.

⁷⁵ Rn. 124 UEBLL.

⁷⁶ Rn. 125 UEBLL.

⁷⁷ Vgl. dazu auch *Pause/Kahles*, Die finale Rechtsakte des EU-Winterpaket „Saubere Energie für alle Europäer“ - Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9, 14.

Allerdings schreibt Art. 4 Abs. 4 EE-RL II nicht per se vor, dass die Mitgliedstaaten Ausschreibungen nutzen müssen. Andere Förderregelungen, die den genannten Kriterien gerecht werden, sollten auch möglich sein. Dabei ist insbesondere der Begriff „wettbewerbsfördernd“ näher zu betrachten. Wie könnte eine „wettbewerbsfördernde“ Förderung aussehen, wenn nicht ausgeschrieben wird? Kann man nicht auch argumentieren, dass Marktprämien, die den Erzeuger einem Marktpreissignal und damit dem Wettbewerb im Markt aussetzen, dieses Kriterium bereits erfüllen? Speziell bei fixen Marktprämien, die keine festen Einnahmen garantieren, oder jüngst diskutierten Modellen zu flexiblen Marktprämien, die im Falle von hohen Marktpreisen negativ werden können, könnte man argumentieren, dass der Wettbewerb im Strommarkt voll an die EE-Erzeuger weitergegeben wird⁷⁸. Auch das Kriterium der Kosteneffizienz ließe sich u.U. nachweisen.

Die EE-RL II lässt somit Spielraum für die Umsetzung von Förderregelungen ohne Ausschreibungen. Sie schließt damit einerseits an die UEBLL an, in denen zwar im Grundsatz Ausschreibungen vorgegeben sind, aber auch Ausnahmen möglich sind. Anders als die UEBLL enthält die EE-RL II allerdings keine ausdrückliche Aufzählung von Ausnahmefällen, etwa für den Fall, dass Ausschreibungen aufgrund von unzureichender Zahl an Bietern, der Gefahr von strategischem Bieten oder Unterbietung nicht zu effizienten Ergebnissen führen würden⁷⁹. Dennoch kann es nicht im Sinne des EU-Gesetzgebers sein, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, „unwirtschaftliche“ Ausschreibungssysteme zu schaffen und damit die Erreichung des EE-Ausbauziels der EU zu behindern⁸⁰. Dies wäre zumindest auch nicht kosteneffizient im Sinne des Art. 4 Abs. 1 S. 1 EE-RL II. Damit ist festzuhalten, dass nach Art. 4 Abs. 4 EE-RL II Ausschreibungen nur eine Möglichkeit der EE-Stromförderung sind⁸¹, und dass, insbesondere wenn Ausschreibungen nicht zu einer kosteneffizienten Förderung führen würden, auch andere Modelle möglich sind.

Werden Ausschreibungen genutzt, so sieht Art. 4 Abs. 4 S. 2 EE-RL II die Möglichkeit vor, Kleinanlagen und Demonstrationsvorhaben von der Teilnahme an Ausschreibungen ausnehmen. Was die Ausnahmen für Kleinanlagen betrifft, stellt der 19. Erwägungsgrund der EE-RL II auf die Schwellenwerte der UEBLL ab, d.h. grundsätzlich Anlagen unter 1 MW bzw. 6 MW oder 6 Erzeugungsanlagen bei der Windenergie (vgl. auch Erwägungsgrund 17). Der Vorschlag des Parlaments, diese Schwellenwerte direkt im Normtext vorzusehen, hatte sich letztlich nicht durchge-

⁷⁸ Vgl. etwa *Neuhoff et. al.*, Ausgestaltungsoptionen für Symmetrische Marktprämie, DIW 2018.

⁷⁹ Vgl. Rn. 126 UEBLL.

⁸⁰ So kann auch Erwägungsgrund 19 EE-RL II verstanden werden, in dem es ausdrücklich heißt, dass Ausschreibungen zu Kosteneffizienz führen können, allerdings nicht in jedem Fall. Dort wird darauf abgestellt, dass die Kommission ja – wohl im Rahmen der hier als Selbstverständlichkeit vorausgesetzten beihilferechtlichen Prüfung – ohnehin eine Einzelfalluntersuchung anstellen würde, ob und wenn ja wie eine entsprechende Förderung im jeweiligen MS ausgestaltet sein darf. Fraglich ist, wie sich diese Aussagen, und das System der EE-RL II diesbezüglich, auf Förderregelungen auswirken, die keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. AEUV sind und damit eben nicht einer solchen Prüfung unterzogen werden müssen. Vgl. dazu unten.

⁸¹ Ggf. anders: *Frenz*, Ökostromförderung nach dem neuen EU Sekundärrecht, ZNER 2019, S. 87, 90; der Autor scheint davon auszugehen, dass Ausschreibungen nach Art. 4 Abs. 4 EE-RL II die einzige Möglichkeit seien, die Kriterien des ersten Satzes zu erfüllen.

setzt. Eine einheitliche Definition dessen, was im Rahmen von Förderregelungen eine „Kleinanlage“ darstellt, findet sich im EU-rechtlichen Rahmen also nicht direkt im Normtext. Die Schwellenwerte der Strombinnenmarktverordnung (400 bzw. 200 kW) sind dabei nur für die Frage nach der Standardbilanzierungsverantwortlichkeit bzw. dem marktbasierten Dispatch definiert (und damit implizit auch für die Möglichkeit von Einspeisetarifen) und gelten somit nicht für Ausnahmen von den Ausschreibungen. Für Ausnahmen von Ausschreibungsverfahren können daher prinzipiell auch höhere Schwellenwerte vorgesehen werden.

Ferner können die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 4 S. 3 EE-RL II Mechanismen einsetzen, die für eine regionale Diversifizierung beim Einsatz von EE-Strom sorgen sollen, „um insbesondere eine kostenwirksame Systemintegration sicherzustellen“. Dies kann Sonderregelungen ermöglichen, etwa um unterschiedlich „gute“ Standorte für Wind- oder Solarstrom im Rahmen von Ausschreibungsverfahren zu würdigen (wie etwa im Rahmen des deutschen Referenzertragsmodells oder der Verteilnetzkomponente bei Innovationsausschreibungen nach dem EEG). Der Zusatz zur Systemintegration wird in der Literatur dahingehend aufgefasst, dass er Regelungen ermöglichen soll, die den Ausbau von EE-Strom an den Netzausbau anpasst. So sei es denkbar, den Ausbau von Windstrom im Norden Deutschlands anderen Ausschreibungsregeln zu unterstellen, als Windstrom im Süden, zumindest solange die Netzengpässe in Mitteldeutschland nicht behoben sind⁸². Wie aber auch bezüglich der anderen Ausnahmetatbestände handelt es sich hierbei nicht um eine Verpflichtung, sondern um eine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vom Prinzip der Ausschreibung (teilweise) abzuweichen.

In Deutschland werden Betreiber von EE-Anlagen mit einer installierten Kapazität von mehr als 100 kW nach dem EEG bereits über eine Marktprämie gefördert. Dabei wird die Höhe der Marktprämie grundsätzlich nach § 22 Abs. 1 EEG durch ein Ausschreibungsverfahren ermittelt. Ausnahmen bestehen für kleinere Anlagen von weniger als 750 kW für Wind- und Solaranlagen⁸³ bzw. 150 kW für Biomasseanlagen⁸⁴. Damit sind die Vorgaben der EE-RL II bzw. auch die Schwellenwerte der UEPLL bereits eingehalten.

Für bestimmte Technologien (Wasserkraft, aber auch Biomasse) hat Deutschland allerdings entschieden keine Ausschreibungen durchzuführen, da dies aufgrund begrenzter Potenziale und/oder mangelndem Wettbewerb zu suboptimalen Ergebnissen führen würde. Die Kommission hat das im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigung des EEG 2017 dann auch akzeptiert⁸⁵. Diese Ausnahmen sollten aus den im Vorangegangenen geschilderten Grundsätzen der EE-RL II auch für die Zukunft möglich sein, so dass hier kein Anpassungsbedarf erkenntlich ist.

⁸² Vgl. Frenz, Ökostromförderung nach dem neuen EU Sekundärrecht, ZNER 2019, S. 87, 90.

⁸³ § 22 Abs. 2 bzw. 3 EEG 2017.

⁸⁴ § 22 Abs. 4 EEG 2017.

⁸⁵ Europäische Kommission, State Aid SA.45461 (2016/N) – Germany, EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law, Letter to the Member State v. 20.12.2016, S. 46 f.

b) Technologiespezifität als Ausnahme bei Ausschreibungsverfahren (Abs. 5)

Im Umkehrschluss aus Art. 4 Abs. 5 EE-RL II ergibt sich für den Fall, dass Ausschreibungsverfahren genutzt werden – das Prinzip der Technologieneutralität. Denn dort ist festgelegt, dass die Mitgliedstaaten die Ausschreibungsverfahren nur aus den dort aufgezählten Gründen auf bestimmte Technologien beschränken dürfen. Im Grundsatz sollen alle EE-Stromerzeuger gegeneinander im offenen und diskriminierungsfreien Wettbewerb um eine Förderung konkurrieren (vgl. insofern auch den Grundsatz nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 EE-RL II). Die Annahme ist dabei, dass dies i.d.R. dazu führt, dass die kostengünstigsten Technologien sich durchsetzen⁸⁶. Allerdings können die Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen eine Spezifizierung vornehmen. Dies soll – dem Wortlaut nach abschließend – dann der Fall sein, wenn das langfristige Potenzial einer Technologie, die Notwendigkeit der Diversifizierung, Netzintegrationskosten oder Netzstabilität dies erfordern. Im Falle der Stromerzeugung aus Biomasse ist als weiterer Grund vorgesehen, dass technologiespezifische Ausschreibungen durchgeführt werden können, wenn dies notwendig ist, um Wettbewerbsverzerrungen auf den Rohstoffmärkten zu vermeiden.

Die Formulierung des Art. 4 Abs. 5 EE-RL II ist den Vorgaben in Rn. 126 UAbs. 5 UEBLL sehr ähnlich. Auffällig ist aber erstens, dass die UEBLL hier „*unter anderem*“ jene Tatbestände nennen und somit keine abschließende Formulierung verwenden. Art. 4 Abs. 5 EE-RL II ist insofern strenger, da aufgrund der abschließenden Formulierung des Wortlauts („*angesichts folgender Gründe*“) keine weiteren Ausnahmegründe zugelassen scheinen.

Zweitens stellt die EE-RL II auf das „*langfristige Potenzial einer bestimmten Technologie*“ ab, statt auf das „*längerfristige Potenzial einer bestimmten neuen, innovativen Technologie*“ wie es in den UEBLL heißt. Die EE-RL II ist diesbezüglich somit im Vergleich zu den UEBLL weiter formuliert, da auch Ausnahmen für bestehende Technologien mit entsprechendem langfristigem Potenzial erlaubt scheinen. Dies muss allerdings nicht zwingend zu einem Konflikt zwischen den Regelungen der UEBLL und der EE-RL II führen. Denn die Kommission hat durch die nicht abschließende Formulierung der Ausnahmegründe in den UEBLL die Möglichkeit, auch andere Ausnahmen zu genehmigen⁸⁷. Außerdem zeigt die Genehmigungspraxis der Kommission, dass auch durchaus Ausnahmen für bestehende Technologien gemacht werden, wenn diese auch bislang auf andere Ausnahmegründe gestützt wurden⁸⁸.

Drittens werden in Art. 4 Abs. 5 c) EE-RL II die Netzintegrationskosten als möglicher Grund für Ausnahmen von der Technologieneutralität genannt. In den UEBLL ist dahingegen von „*Systemintegrationskosten*“ die Rede. Der Bezugspunkt der der UEBLL zur Ermittlung der Kosten scheint nach dem Wortlaut („*System*“) an dieser Stelle weiter zu sein als derjenige der EE-RL („*Netz*“). Ob

⁸⁶ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Projekte, Eckpunktepapier, Juli 2015.

⁸⁷ Ohnehin muss sich die Kommission mit in Beihilfeleitlinien nicht vorgesehenen und durch die Mitgliedstaaten vorgetragenen Fällen befassen und diese ggf. direkt anhand des Primärrechts nach Art. 107 Abs. 3 AEUV genehmigen muss, vgl. EuGH Rs. C-526/14 – *Kotnik*, Rn. 43 f.

⁸⁸ Europäische Kommission, State Aid SA.45461 (2016/N) – Germany EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law, Schreiben v. 20.12.2016, S. 44 ff.

es allerdings durch den Gesetzgeber beabsichtigt war, diesen Ausnahmetatbestand der UEBLL im Rahmen der EE-RL II einzuschränken und wenn ja, was diese Einschränkung bedeuten könnte, ist nicht eindeutig.

Deutschland hat sich im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigung des EEG 2017 verpflichtet, gemeinsame Ausschreibungen für Wind- und Solarstrom und Innovationsausschreibungen auszuprobieren⁸⁹. Dies wurde durch die Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen (GemAV)⁹⁰ sowie der Verordnung zu den Innovationsausschreibungen (InnAusV)⁹¹ regulatorisch umgesetzt und geschah im Gegenzug zur Grundentscheidung des deutschen Gesetzgebers, für Wind-, PV- und Biomassenanlagen technologiespezifische Ausschreibungen durchzuführen. Für unter anderem Wasserkraft und Biomasse, d.h. zwar bestehende Technologien, für die aber Ausschreibungen nicht zu wettbewerblichen Ergebnissen führen würden, wurden Ausnahmen bezüglich der Technologieneutralität aber auch generell von der Ausschreibungspflicht bisher genehmigt⁹².

Das derzeitige, grundsätzlich technologiespezifisch ausgestaltete Ausschreibungssystem des EEG kann daher angesichts der in der EE-RL II verankerten Ausnahmegründe auch künftig beibehalten werden. Technologieneutrale Ausschreibungen sind erst erforderlich, wenn die in der EE-RL II enthaltenen Ausnahmegründe nicht mehr greifen. Die Grundentscheidung zwischen technologieneutralen oder technologiespezifischen Ausschreibungen ist somit von der Erzeugungsstruktur, der technologischen Entwicklung sowie der Netzsituation abhängig. So zeigen beispielsweise die bisherigen Ergebnisse der gemeinsamen Ausschreibungen zwischen Wind und PV-Anlagen, dass ein technologieoffener Wettbewerb zwischen diesen beiden Technologien einseitige Ergebnisse mit sich bringt, da sich bislang ausschließlich Solaranlagen durchgesetzt haben⁹³. Die Durchführung der technologieneutralen Innovationsausschreibungen unterliegt Verzögerungen. Die diesbezüglichen Ergebnisse bleiben somit abzuwarten.

⁸⁹ Europäische Kommission, State Aid SA.45461 (2016/N) – Germany EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law, Schreiben v. 20.12.2016, S. 55 f. Dazu auch: *Frenz*, Ökostromförderung nach dem neuen EU Sekundärrecht, ZNER 2019, S. 87, 90.

⁹⁰ Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen, v. 10.08.2017, BGBl. I S. 3167, 3180.

⁹¹ Verordnung zu den Innovationsausschreibungen und zur Änderung weiterer energiewirtschaftlicher Verordnungen, BGBl. I 2020, 106.

⁹² Europäische Kommission, State Aid SA.45461 (2016/N) – Germany EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law, Schreiben v. 20.12.2016, S. 44 ff.

⁹³ Vgl. die Ergebnisse der gemeinsamen Ausschreibungen für PV und Wind nach dem EEG 2017: Bundesnetzagentur, Liste der Zuschläge zum Gebotstermin 01.04.2019, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/GemeinsAusschr/Zuschlagslisten/ListeZuschlaege0104_2019.html.

c) Planbarkeit und Transparenz von Ausschreibungsverfahren (Abs. 6)

Art. 4 Abs. 6 EE-RL II ist auf die Bemühungen des Parlaments, und damit des zuständigen Ausschusses für Industrie, Technologie, Forschung und Energie (ITRE), zurückzuführen, den Teilnehmern an Ausschreibungsverfahren möglichst hohe Sicherheiten zu geben⁹⁴. Anders als eine vorab klar definierte und garantierte Vergütung pro eingespeister Strommenge, etwa über gesetzlich geregelte Einspeisetarife, charakterisieren sich Ausschreibungen durch zahlreiche Variablen und damit durch hohe Unsicherheit für Projektierer und Investoren. Immerhin ist per Definition schon nicht klar, ob man überhaupt im Wettbewerb erfolgreich ist und entsprechend Förderung erhält. Je nach Ausschreibungsdesign kann es auch offen sein, wie hoch die Förderung schlussendlich sein wird. Auch der Zyklus in dem die Verfahren durchgeführt werden, kann immens wichtig sein, zumal wenn ein Projekt in einer früheren Ausschreibungsrunde nicht erfolgreich war.

Art. 4 Abs. 6 EE-RL II soll diese Unsicherheiten mildern und damit die Realisierungsrate von EE-Stromprojekten erhöhen. Entsprechend müssen die Mitgliedstaaten vorab klar festlegen, unter welchen Kriterien eine Teilnahme an den Ausschreibungen möglich ist und innerhalb welcher Fristen und nach welchen Regeln bezuschlagte Projekte durchgeführt werden müssen. Die EE-RL II gibt hier keine Fristen vor, so dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, angemessene Kriterien und Fristen zu finden. Allerdings müssen sie auch Informationen über frühere Ausschreibungsverfahren und die dabei erzielten Projektrealisierungsraten veröffentlichen. Damit wird zusätzlich Transparenz geschaffen. Wenn nämlich diese Informationen zeigen, dass die früheren Ausschreibungen suboptimale Ergebnisse lieferten, wird der Druck auf die Mitgliedstaaten wachsen, die Verfahren entsprechend anzupassen.

Die UE BLL sehen keine parallelen Bestimmungen vor. Das Beihilferecht erfordert zwar generell eine Transparenz der Beihilferegelung⁹⁵. Dies ist aber nicht ausdrücklich für EE-Förderregelungen ausformuliert worden.

Unabhängig davon legt das EEG 2017 in Teil 3 Abschnitt 3 (§§ 28 ff.) dahingegen bereits ausführlich fest, welche EE-Mengen zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise ausgeschrieben werden. Die Bundesnetzagentur wird beispielsweise nach § 29 EEG verpflichtet, die Ausschreibungen frühestens acht und spätestens fünf Wochen vorab bekannt zu machen. Die Gebotsabgabe und Zuschlagserteilung sind im Folgenden umfassend geregelt, wobei noch einmal separate Abschnitte für die einzelnen Technologien bestehen. Damit sollten die Anforderungen der EE-RL II bereits umgesetzt sein.

⁹⁴ ITRE, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast) (COM(2016)0767 – C8-0500/2016 – 2016/0382(COD)), v. 6.12.2017.

⁹⁵ Rn. 27 Buchst. g UE BLL, Kapitel 3.2.7 UE BLL.

d) Berichtspflichten der Kommission (Abs. 8)⁹⁶

In der EE-RL II ordnet Art. 4 Abs. 8 regelmäßige Berichte der Kommission über die Ergebnisse der Ausschreibungsverfahren an, wobei insbesondere auch die tatsächlichen Kostensenkungen und die Realisierungsraten analysiert werden sollen. Vor dem Hintergrund der Diskussion um den schleppenden Ausbau der Windenergie in Deutschland, könnte sich dabei womöglich auch der Bericht über die Auswirkungen von Ausschreibungen auf die Akzeptanz vor Ort als spannend erweisen. Fraglich ist, ob man diese Bestimmung als „Zweifel“ des Gesetzgebers an dem System der Ausschreibungen lesen kann. Einige Mitgliedstaaten werden sicherlich versuchen, vorzutragen, dass Ausschreibungen für sie kein geeignetes Instrument sind. Erfahrung mit diesen Ausnahmen könnte dazu führen, dass die – zwar ohnehin nach der EE-RL II nicht verpflichtend vorgeschriebenen Ausschreibungen – sich im Endeffekt doch nicht bewähren, sondern andere u.U. kosteneffizientere Systeme sich durchsetzen. Die Analysen der Kommission werden gerade auch in Deutschland mit Hinblick auf die Diskussion der Vorteile von Ausschreibungen gegenüber dem bisherigen System der administrativen Preisfestsetzung sowie der Auswirkungen von Ausschreibungen auf die Akteursvielfalt interessant sein⁹⁷.

Dabei hat der Gesetzgeber der Kommission in dieser Bestimmung jedoch keine Kompetenz erteilt, gegebenenfalls Änderungen an der EE-RL II vorzuschlagen. Auch eine allgemeine Revisionsklausel muss man in den Schlussbestimmungen suchen: Art. 33 Abs. 3 EE-RL II regelt zwar, dass die Kommission 2026 „gegebenenfalls“ einen Gesetzgebungsvorschlag für die Förderung von EE nach 2030 vorlegt. Bis dahin scheinen die Bestimmungen der EE-RL II, vorbehaltlich eines komplett neuen Gesetzgebungsverfahrens, unveränderlich⁹⁸.

In den UEBLL waren keine solchen Berichtspflichten vorgesehen. Die Ergebnisse und die Überwachung des allgemeinen EU-weiten Funktionierens der Ausschreibungen wurde also nicht zwingend durch die Kommission beobachtet und publiziert. Die neue Berichtspflicht mag zukünftig zu mehr Transparenz und gegebenenfalls auch der Entwicklung von „Best Practices“ für EE-Förderung über Ausschreibungen führen.

⁹⁶ Art. 4 Abs. 7 EE-RL II enthält darüber hinaus eine spezielle Sonderregelung für Mitgliedstaaten mit „Gebieten in äußerster Randlage“ und „kleinen Inseln“, wie etwa Griechenland. Gemeint sind damit Gebiete, die geografisch dahingehend benachteiligt sind, dass sie schwerer zu erreichen sind, gleichzeitig aber oft eine gewisse Abhängigkeit von außen aufweisen. An solchen Orten ist die Projektentwicklung u.U. schwieriger, sei es, weil Material lange Wege transportiert werden muss, (Netz-)Infrastruktur nicht besteht oder vor Ort kein Personal für die Installation und Wartung der Projekte verfügbar ist. Die Projekte können dadurch im Vergleich teurer werden, und damit Nachteile im Rahmen von Ausschreibungsverfahren haben. Art. 4 Abs. 7 EE-RL II erlaubt es also den Mitgliedstaaten, die Förderregelungen entsprechend anzupassen, so dass höhere Produktionskosten berücksichtigt werden können. Die Bestimmung ist dabei nicht auf Förderregelungen für EE-Strom beschränkt, sondern gilt für EE allgemein.

⁹⁷ Pause/Kahles, Die finale Rechtsakte des EU-Winterpaket „Saubere Energie für alle Europäer“ - Governance für die Energieunion und Erneuerbare Energien (Teil 1), ER 2019, S. 9, 14.

⁹⁸ Vgl. hingegen die umfassenden Berichtspflichten in Art. 23 EE-RL, wo ausdrücklich auch die Möglichkeit vorgesehen war, Änderungen vorzuschlagen, hier Absätze 5 und 7.

II. Öffnung von Förderregelungen, Art. 5 EE-RL II

1. Keine Verpflichtung zur Öffnung von Förderregelungen

Art. 5 Abs. 1 EE-RL II regelt die Öffnung von Förderregelungen für EE-Strom im Rahmen der bereits in der EE-RL vorgesehenen grenzüberschreitenden Kooperationsmechanismen (jetzt Art. 7 bis 13 EE-RL II). Grundsätzlich ist es den Mitgliedstaaten zwar freigestellt, ob sie ihre Förderregelungen für Projekte in anderen Mitgliedstaaten öffnen. Allerdings sieht die EE-RL II nunmehr „indikative“ Prozentsätze vor, die *„in jedem Jahr zwischen 2023 und 2026 bei mindestens 5 % und zwischen 2027 und 2030 bei mindestens 10 % oder, falls dieses niedriger ist, auf dem Niveau des Verbundgrads des betreffenden Mitgliedstaats in einem bestimmten Jahr liegen“* sollen.

Diese Bestimmung geht auf einen sehr umstrittenen politischen Prozess zurück und stellt – auch im Hinblick auf die von der Kommission immer wieder in den Raum gestellte EU-weit harmonisierte, grenzüberschreitende Förderung – einen Kompromiss dar.

Die Kommission hatte nämlich ursprünglich eine „Öffnungspflicht“ vorgeschlagen, d.h. die Mitgliedstaaten sollten grundsätzlich (zumindest einen bestimmten Prozentsatz) ihrer EE-Förderung auch Anlagen in anderen Mitgliedstaaten zugänglich machen⁹⁹. Dieser Vorschlag ging mitunter auf die Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁰ zurück. Dieser stellte nämlich fest, dass eine rein nationale Förderung von EE-Strom einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellen kann¹⁰¹. Zwar sei eine Rechtfertigung eines solchen Verstoßes unter Umständen möglich¹⁰². Jedoch stand damit generell die Debatte um grenzüberschreitende Fördersysteme im Raum.¹⁰³

Die UEBLL selbst bestimmen in Rn. 122 UEBLL unter Verweis auf die Kooperationsmechanismen, dass die Kommission *„Regelungen, die auch anderen EWR-Staaten und den Vertragsparteien des Vertrags zur Gründung einer Energiegemeinschaft offenstehen, positiv bewerten“* wird. Was genau „positiv bewerten“ bedeuten würde, und insbesondere ob dies die Öffnung zu einem eigenen Kriterium bei der beihilferechtlichen Genehmigung machen würde, war zunächst fraglich, insbesondere im Angesicht der Formulierung im früheren Entwurf. Immerhin sah der zur Konsultation gestellten Entwurf der UEBLL¹⁰⁴ vor, dass die Nutzung der Kooperationsmechanismen bzw.

⁹⁹ Vgl. Art. 5 des Vorschlags der Europäischen Kommission für die Neufassung der EE-RL vom 23.02.2017, COM(2016) 767 final.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-573/12, Urteil v. 01.07.2014, Ålands Vindkraft AB; EuGH, verbd. Rs. C-204/12 bis C-208/12, Urteil v. 11.09.2014, Essent Belgium.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-573/12, Urteil v. 01.07.2014, Ålands Vindkraft AB, Rn. 75; EuGH, verbd. Rs. C-204/12 bis C-208/12, Urteil v. 11.09.2014, Essent Belgium, Rn. 88.

¹⁰² EuGH, Rs. C-573/12, Urteil v. 01.07.2014, Ålands Vindkraft AB, Rn. 82, Rn. 104; EuGH, verbd. Rs. C-204/12 bis C-208/12, Urteil v. 11.09.2014, Essent Belgium, Rn. 116.

¹⁰³ Die Kommission hatte in den UEBLL bereits auf die Anhängigkeit dieser Verfahren verwiesen, vgl. Rn. 122 UEBLL.

¹⁰⁴ Europäische Kommission, Arbeitspapier der Dienststellen der GD Wettbewerb vom XXX, Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/draft_guidelines_de.pdf.

die grenzüberschreitende Förderung von EE der Regelfall sein sollte: „Solange die Mitgliedstaaten ordnungsgemäß begründen können, warum kein Mechanismus der Zusammenarbeit besteht, wird die Kommission nicht verlangen, dass die betreffenden Regelungen für anderen EWR-Staaten oder die Vertragsparteien der Energiegemeinschaft geöffnet werden“ (Rn. 118). Nach dieser Formulierung wäre also die rein nationale Förderung der Ausnahmefall gewesen, der einer (erhöhten) Begründungspflicht unterliegt, wohingegen die Öffnung die Regel darstellen würde. Zwar kam es in den UEBILL dann auch nicht zu dieser Verpflichtung. Allerdings machte die Kommission eine (teilweise) Öffnung regelmäßig zur Auflage im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigungsverfahren¹⁰⁵.

Was die EE-RL II betrifft, wurde im Rahmen des Trilogverfahrens aus der Pflicht zur Öffnung dann eine „Anregung“¹⁰⁶. Die folgenden Absätze des Art. 5 EE-RL erlauben es den Mitgliedstaaten eine Art „physikalischen Import“ des grenzüberschreitend geförderten Stroms zu verlangen und verlangen eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten¹⁰⁷. Die Kommission soll die Kooperation unterstützen und bis 2025 den Nutzen des Art. 5 EE-RL II bewerten¹⁰⁸. Allerdings wird im letzten Absatz von der Kommission ein Bericht darüber verlangt, ob die Mitgliedstaaten nicht doch zu einer schrittweisen Öffnung verpflichtet werden sollen.

Art. 5 EE-RL II ist also als Folge der bisherigen rechtlichen Entwicklungen anzusehen, wobei neben der Kommissionspraxis im Beihilferecht insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 34 AEUV Berücksichtigung gefunden hat. Und während Art. 5 Abs. 1 EE-RL II das Recht der Mitgliedstaaten betont, zu entscheiden in welchem Umfang sie EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten fördern wollen, und von „indikativen“ Prozentsätzen für eine mögliche Öffnung spricht, bleibt der Befund des EuGH, dass es sich bei solchen „geschlossenen“ Fördersystemen um Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit handeln kann, unbenommen. Ob sich hieraus zukünftig Spannungen ergeben können, bleibt abzuwarten¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vgl. *Pause/Kahles*, The Influence of European State Aid Law on the Design of Support Schemes for Electricity from Renewable Energy Sources in Germany and Other Member States, in: Gawel /Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 78 f.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Ludwig*, A Step Further Towards a European Energy Transition: the “Clean Energy Package”, in: Gawel/Strunz/Lehmann/Purkus (Hrsg.), The European Dimension of Germany's Energy Transition – Opportunities and Conflicts, 2019, S. 85.

¹⁰⁷ Art. 5 Abs. 2 EE-RL II.

¹⁰⁸ Art. 5 Abs. 3 und 4 EE-RL II.

¹⁰⁹ Der EuGH hatte in seiner Argumentation regelmäßig auf den „derzeitigen Stand des Unionsrechts“ abgestellt, nach dem eine Beschränkung der Förderung auf Anlagen im Inland u.U. zu rechtfertigen wäre. Fraglich ist also, ob sich diese Einschätzung mit der fortschreitenden Entwicklung des Unionsrechts und des Strombinnenmarkts insoweit verändert, dass zukünftig ein solcher Eingriff nicht mehr verhältnismäßig sein könnte. Vgl. EuGH, Rs. C-573/12, Urteil v. 01.07.2014, Ålands Vindkraft AB, Rn. 104. Vgl. dazu auch: Nysten, Nationale Fördersysteme für erneuerbare Energien können mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar sein, EnWZ, 2014, 366.

2. Geöffnete Förderung in Deutschland - Erfahrungen und Ausblick

Deutschland hatte sich im Rahmen der beihilferechtlichen Genehmigung des EEG 2014 bereits dazu verpflichtet, mit geöffneten Ausschreibungen zu experimentieren¹¹⁰. Dies wurde in § 5 Abs. 2 ff. EEG 2017 gesetzlich verankert und über die Grenzüberschreitende-Erneuerbare-Energien-Verordnung¹¹¹ (GEEV) regulatorisch ermöglicht. Bislang erfolgte eine Ausschreibung, an der auch dänische Solar-Freiflächenanlagen teilnehmen konnten. Im Gegenzug öffnete Dänemark eine Ausschreibung teilweise für deutsche Anlagen. Da der rechtliche Rahmen bereits steht und auch im Rahmen anderer Kooperationen genutzt werden könnte, vorausgesetzt, dass eine entsprechende Einigung mit anderen Mitgliedstaaten erreicht werden kann, ergibt sich aus der EE-RL II hier also kein konkreter Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber.

III. Stabilität der finanziellen Förderung, Art. 6 EE-RL II

1. EU-rechtlicher Schutz gegen (rückwirkende) Änderungen im Fördersystem

In Art. 6 EE-RL II werden Anforderungen an die „Stabilität der finanziellen Förderung“ geregelt. Die Bestimmung ist die Antwort auf die Entwicklungen in den vergangenen Jahren, in denen Mitgliedstaaten teils rückwirkende Anpassungen an ihren Förderregelungen vorgenommen hatten, die insbesondere die Solarbranche betrafen und teils schwerwiegende Auswirkungen hatten. Die Kommission hatte zwar mehrfach jene Praxis der rückwirkenden Änderungen kritisiert¹¹². Eingeschritten war sie jedoch nicht¹¹³. Der EuGH hatte dahingegen in der Rechtssache *Plantanol*¹¹⁴ geurteilt, dass Förderregelungen durchaus für die Zukunft angepasst werden können, und EE-Erzeuger daher nicht uneingeschränkt auf das Fortbestehen ihrer Förderung vertrauen können. Der EuGH stellte hier auf den Maßstab des umsichtigen und besonnenen Wirtschaftsteilnehmers ab, anhand dessen zu beurteilen sei, ob eine Änderung ausreichend vorhersehbar ist, so dass Vertrauensschutz nicht angemessen wäre¹¹⁵. Ob dies in der Sache gegeben war, sei jedoch durch den nationalen Richter zu beurteilen.

¹¹⁰ Vgl. umfassend: *Kahles*, Grenzüberschreitende Öffnung von Ausschreibungsverfahren als neuer Mechanismus in EEG und KWKG, in: Ludwigs (Hrsg.), Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit in der Energiewende, Schriften zum Deutschen und Europäischen Infrastrukturrecht, 2018, S. 120 ff.

¹¹¹ Verordnung zur grenzüberschreitenden Ausschreibung für Strom aus Erneuerbaren Energien, v. 10.08.2017, BGBl. I S. 3102.

¹¹² European Commission, Guidance for the design of renewables support schemes, SWD(2013) 439 final, v. 5.11.2013, S. 3 f.

¹¹³ Vgl. dazu auch *Fouquet/Nysten*, Does EU law prohibit Member States from introducing retroactive changes to their existing support systems?, 2013.

¹¹⁴ EuGH Rs. C-201/08, Urt. v. 10.09.2009, *Plantanol*.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-201/08, Urt. v. 10.09.2009, *Plantanol*, Rn. 53 ff.

Art. 6 EE-RL adressiert dementsprechend zukünftige Anpassungen bestehender Förderregelungen mit Blick auf Projekte, denen bereits Förderung zugutekommt. Die Regelung verlangt diesbezüglich generell von den Mitgliedstaaten, dass die *„Höhe der für Projekte im Bereich erneuerbare Energie gewährten Förderung sowie die damit verknüpften Bedingungen nicht in einer Weise überarbeitet werden, die sich negativ auf die daraus erwachsenden Rechte auswirkt und die Rentabilität von Projekten, denen bereits Förderung zugutekommt, infrage stellt“*¹¹⁶. Dies steht jedoch – wie auch alles in Art. 4 EE-RL II - unter dem Vorbehalt des Beihilferechts. Ferner können die Mitgliedstaaten Änderungen in der zukünftigen Höhe der Förderung vornehmen, sofern dies nach objektiven Kriterien geschieht, und diese Kriterien von Anfang an in der Förderregelung festgelegt waren¹¹⁷. Für EE-Erzeuger bzw. für die Kommission könnte die Bestimmung dazu führen, dass sie sich zukünftig im Falle von Änderungen in Förderregelungen nicht auf den EU-rechtlichen Vertrauensschutz berufen müssen, sondern direkt auf Art. 6 Abs. 1 EE-RL II.

Im Zusammenhang mit den Ausschreibungen ist insbesondere Art. 6 Abs. 3 EE-RL II relevant, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen langfristigen Plan für die Förderung von EE festzulegen, worin unter anderem die Fristen und Häufigkeiten von Ausschreibungsverfahren, die voraussichtliche Kapazität und das Budget oder der Höchstbetrag der individuell gewährten Förderung und die förderfähigen Technologien angekündigt werden sollen. Damit soll mehr Planbarkeit – auf die auch Art. 4 Abs. 6 EE-RL II abzielt – geschaffen werden.

Schlussendlich sieht Art. 6 Abs. 4 EE-RL II dann noch einen Evaluierungsprozess vor, im Rahmen dessen die Mitgliedstaaten selbst die Wirksamkeit ihrer Förderregelungen für EE-Strom mindestens alle fünf Jahre bewerten müssen. Dieser Absatz scheint in Art. 6 EE-RL II fast etwas deplatziert, da er nur Förderregelungen für EE-Strom – und nicht wie die anderen drei Absätze alle Maßnahmen zur Förderung von EE allgemein – adressiert, und hätte vielleicht besser in Art. 4 EE-RL und dort in Abs. 6 gepasst.

2. Planbarkeit und Umgang mit Änderungen im EEG in Deutschland

Das EEG stellt prinzipiell eine solide Grundlage für die EE-Förderung in Deutschland dar. Zwar sind Reformen nicht ausgeschlossen und haben in den vergangenen Jahren zahlreiche Änderungen mit sich gebracht. Dabei hat der deutsche Gesetzgeber jedoch stets den (grundgesetzlichen) Bestandsschutz im Auge gehabt, und versucht „echte“ rückwirkende Änderungen bereits gewährter Förderbedingungen zu vermeiden.

Eine Festlegung bestimmter Budgets für die Förderung hat allerdings bisher nicht stattgefunden. Immerhin passt sich die EEG-Umlage an die benötigten Fördergelder an, um den Ausbau der EE entsprechend der Zielpfade des EEG voranzutreiben. Entsprechend scheint Art. 6 Abs. 3 EE-RL II

¹¹⁶ Art. 6 Abs. 1 EE-RL II.

¹¹⁷ Art. 6 Abs. 2 EE-RL II.

nicht auf das System des EEG zu passen. Allerdings veröffentlicht Deutschland bereits Ausschreibungspfade für die unterschiedlichen Technologien, ebenso wie geplante Ausschreibungsrunden und diesbezügliche Fristen.

Auch unterzieht Deutschland das EEG bereits regelmäßig Evaluierungen, z.B. im Rahmen der EEG-Erfahrungsberichte. Diese werden zukünftig in die NKEP aufgenommen werden müssen. Zusätzliche Erfordernisse an die Evaluierungen, die bereits sehr umfassend sind und insbesondere auch Verteilungseffekte auf Verbraucher und Investitionen untersuchen, scheinen sich aus Art. 6 Abs. 4 EE-RL II aber nicht zu ergeben.

D. Zusammenspiel EE-RL II und UEBLL – der zukünftige Regelungsrahmen für den deutschen Gesetzgeber

I. Keine über das Beihilferegime hinausgehende Wirkung der UEBLL

Zahlreiche „Soft Law“ Vorgaben der UEBLL zur Ausgestaltung von Förderregelungen für EE-Strom sind nun in der EE-RL II sekundärrechtlich geregelt. Diese Regelungen binden die Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob die nationale EE-Förderregelung unter den Begriff der staatlichen Beihilfe fällt oder nicht. Dies ist für den deutschen Gesetzgeber relevant, da nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zumindest das EEG 2012 keine Beihilfe darstellte und von einer Übertragbarkeit auf das EEG in heutiger bzw. zukünftiger Fassung ausgegangen werden kann, solange der Finanzierungsmechanismus nicht wesentlich verändert wird.

Fraglich ist, ob die UEBLL generell zur Auslegung der Bestimmungen des Art. 4 EE-RL II herangezogen werden können. Immerhin scheint der EU-Gesetzgeber an mehreren Stellen von der generellen Anwendung der UEBLL auf alle EE-Förderregelungen auszugehen: Bezüglich der Schwellenwerte, die für die Ausnahmetatbestände insbesondere von der Förderung über wettbewerbsfördernde Mechanismen und Marktprämien gelten, deuten die Erwägungsgründe der EE-RL II daraufhin, dass der EU-Gesetzgeber diese Bewertung der Kommission in ihrer Funktion als Wettbewerbshüter überlassen wollte¹¹⁸. So verweist der EU-Gesetzgeber in den Erwägungen bezüglich der Schwellenwerte für Ausnahmen für kleine Anlagen auf die UEBLL¹¹⁹.

Allerdings sind die UEBLL kein Rechtsakt, von dem eine bindende Wirkung für die Mitgliedstaaten ausgeht¹²⁰. Ihre für die Kommission selbstbindende Wirkung kann zudem nur im Rahmen der Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts Anwendung finden. Nach den Grundsätzen der

¹¹⁸ Erwägungsgründe 17 bis 19 EE-RL II.

¹¹⁹ Erwägungsgrund 19 EE-RL II.

¹²⁰ Vgl. dazu *Pause*, Die Beihilfeleitlinien der Kommission für den Energie- und Umweltbereich, in: Müller/Kahl (Hrsg), Erneuerbare Energien in Europa, 2015, S. 244; *Münchmeyer/Kahles/Pause*, Erfordert das europäische Beihilferecht die Einführung von Ausschreibungsverfahren im EEG?, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 5, 16.07.2014, S. 7 ff.

Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten im Bereich Energie sollten die Mitgliedstaaten jenseits der expliziten Vorgaben der EE-RL II dann auch grundsätzlich über Ermessen bei der Umsetzung verfügen. Schließlich ist eine Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV zwar hinsichtlich ihres Ziels verbindlich, überlässt allerdings den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel. Eben aus dem Grund des zu starken Einflusses auf Details der Ausgestaltung von Förderregelungen stehen die UEbLL generell seit jeher in der Kritik. Durch die nunmehr erfolgte Umsetzung der Vorgaben im Rahmen der EE-RL II geht damit die Erwartung einher, dass den Mitgliedstaaten zumindest bei Förderregelungen, die aufgrund ihrer Ausgestaltung nicht der Beihilfenkontrolle unterfallen, ein größerer Umsetzungsspielraum im nationalen Recht zukommt.

Der Verweis auf die UEbLL in Erwägungsgrund 17 bis 19 EE-RL II kann dabei vielleicht so interpretiert werden kann, dass die Schwellenwerte der UEbLL dem EU-Gesetzgeber vernünftig erscheinen, also ggf. als Richtwerte dienen können. Höhere oder niedrigere Schwellenwerte - oder generell eine Definition von „Kleinanlage“ - scheinen aber nicht ausgeschlossen, zumindest sofern die verbindlichen Vorgaben der Strombinnenmarktverordnung bezüglich der Standardbilanzierungsverantwortung eingehalten werden.

Ebenso ist ein größerer Umsetzungsspielraum bei der Ausgestaltung von Ausnahmen von technologiespezifischen Ausschreibungen anzunehmen. Zwar könnte man die Struktur des Art. 4 EE-RL II so lesen, dass von einer (beihilferechtlichen) Prüfung durch die Kommission ausgegangen wird: Die Rechtfertigungsgründe für technologiespezifische Ausschreibungen nach Art. 4 Abs. 5 EE-RL II beispielsweise legen durch ihre Anlehnung an die Ausnahmegründe der UEbLL eine Art Beweisverfahren nahe, in dem die Mitgliedstaaten vortragen müssen, dass einer der (abschließend) aufgelisteten Gründe vorliegt. Außerhalb des Beihilferechts ist jedoch ein solches Verfahren prinzipiell nicht angelegt. Insbesondere sehen die Vorgaben für die Erstellung der NEKP, im Rahmen derer die Mitgliedstaaten zwar zu ihren Fortschritten bezüglich des Ausbaus der EE berichten müssen, sowie die nationalen Politiken zu deren Förderung beschreiben und nach Art. 6 Abs. 4 EE-RL II auch zu bewerten haben, keine dahingehenden Rechtfertigungspflichten vor¹²¹. Ob und wenn ja welche Ausnahmetatbestände die Mitgliedstaaten geltend machen oder welche Schwellenwerte sie jeweils anlegen, muss in den NEKP nicht berichtet werden. In diesem Zusammenhang ist auch erwähnenswert, dass die Fortschrittsberichte, die die Kommission nach Art. 23 Abs. 3 der alten EE-RL zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten erstellen musste, im neuen Rechtsrahmen der EE-RL II nicht mehr bestehen. Die Kommission erstellt dafür aber nach Art. 4 Abs. 8 EE-RL II regelmäßige Berichte über die Ausschreibungsverfahren der Mitgliedstaaten. Allerdings sind dort keine unmittelbaren Rechtsfolgen normiert.

Somit müssen zwar Mitgliedstaaten, wie Deutschland, deren EE-Stromförderregelungen den Beihilfetatbestand nicht erfüllen, das Vorliegen entsprechender Ausnahmegründe nun nicht mehr unmittelbar im Rahmen eines Beihilfeverfahrens begründen. Sollte die Kommission jedoch – auf Beschwerde oder aus eigener Initiative, z.B. auf Grund eines Berichts nach Art. 4 Abs. 8 EE-RL II –

¹²¹ Vgl. den Rahmen für die Erstellung der NEKP in Anhang I der Governance-Verordnung.

an dem Vorliegen eines Ausnahmegrundes zweifeln, so wird der betreffende Mitgliedstaat spätestens im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens die Ausgestaltung seiner Förderregelung und der Ausschreibungsbedingungen begründen müssen. Somit kann die Ausgestaltung von Ausschreibungen nach der EE-RL II dann auch ohne die UEBLL¹²² und ohne die beihilferechtliche Genehmigungspflicht überwacht werden. Eine Überprüfung der europarechtskonformen Umsetzung der Vorgaben der EE-RL II ist zusätzlich auch im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren durch eine Vorlage an den EuGH möglich. Allerdings gilt auch hier, dass nicht der enge beihilferechtliche Maßstab der UEBLL anzulegen ist, sondern davon auszugehen ist, dass den Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ein größerer Umsetzungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Form und der Mittel zukommt.

Zusammenfassend gelten also für Mitgliedstaaten, deren EE-Förderregelungen keine staatliche Beihilfe darstellen, einzig die Bestimmungen der EE-RL II. Die Vorgaben der UEBLL können höchstens freiwillig als Richtwerte angelegt werden. Darüber hinaus besteht bei der Umsetzung der EE-RL II in nationales Recht ein Umsetzungsspielraum nach Art. 288 Abs. 3 AEUV.

II. Spielraum im Vergleich zu den beihilferechtlichen Vorgaben

Wie gezeigt, hatten die UEBLL einen großen Einfluss auf die Bestimmungen zur Ausgestaltung von Förderregelungen nach Art. 4 EE-RL II. Auf den ersten Blick sind sich die Vorgaben damit recht ähnlich, allerdings unterscheiden sie sich im Detail. Mit Blick darauf, dass das EEG auch in seiner heutigen Fassung nach hier vertretener Ansicht nunmehr nicht der Beihilfeaufsicht untersteht, ergeben sich zusammenfassend folgende Handlungsspielräume:

- **Keine Anmeldung und Genehmigung von Änderungen des EEG erforderlich:**
In diesem Zusammenhang wird auch keine umfassende „Rechtfertigung“ von Ausnahmen zu marktbasierter Förderung und technologieneutralen Ausschreibungen verlangt, wobei die Möglichkeit besteht, dass die Kommission ex post ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet, wenn sie der Ansicht ist, dass Deutschland die Bestimmungen falsch ausgelegt und umgesetzt hat. Dabei ist allerdings der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV zu beachten.
- **Ermessensspielraum bezüglich „wettbewerbsfördernder“ Förderung (Verzicht auf Ausschreibungen):**

Es werden keine Ausschreibungen verlangt; es sind prinzipiell auch andere Modelle möglich, wenn sie offen, transparent, wettbewerbsfördernd, nichtdiskriminierend und kos-

¹²² In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Berichtspflichten im Rahmen der nationalen Integrierten Energie- und Klimapläne bereits ausreichen, um die Mitgliedstaaten und die Umsetzung der EE-RL II zu überwachen. So: *Frenz*, EEG-Kontrolle nach EU-Sekundärrecht statt gemäß Beihilfeverbot als Folge des EuGH-Urteils vom 28.03.2019, ER 06/2019, 2019, 109. Dem ist allerdings, wie hier vertreten, entgegenzuhalten, dass weder die EE-RL II noch die Governance-VO konkrete Berichtspflichten vorsehen, etwa bezüglich der hier besprochenen Schwellenwerte.

teneffizient ausgestaltet sind. Zudem bieten sich Spielräume, insbesondere auch für bestimmte Technologien auf die Durchführung von Ausschreibungen zu verzichten, für die kein ausreichender Wettbewerb besteht oder bei denen Ausschreibungen nicht zu kosteneffizienten Ergebnissen führen würden.

- **Ermessensspielraum bei den Schwellenwerten für die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren:**
Für marktbasierter Förderung werden die Schwellenwerte der Strombinnenmarktverordnung (400 kW bzw. zukünftig 200 kW) dazu führen, dass nur Anlagen unterhalb dieser Grenzen Einspeisetarife erhalten können. Für die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren setzt die EE-RL II jedoch keine Schwellenwerte. Damit besteht entsprechend für die Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum, ab welcher Größe die Teilnahme an Ausschreibungen verpflichtend vorgeschrieben wird.
- **Ermessensspielraum bezüglich Ausnahmen von technologieneutralen Ausschreibungen:**
Die EE-RL enthält einen ähnlichen Ausnahmekatalog wie die UEBLL. Allerdings ist der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Ausnahmen im Rahmen von Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV höher einzuschätzen, als im Rahmen von Beihilfeverfahren auf Grundlage der UEBLL.
- **Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung von Marktpreissignalen:**
Hier entfällt insbesondere die Vorgabe der UEBLL zu negativen Preisen.
- **Keine „Öffnungsverpflichtung“:**
Nach Art. 5 Abs. 1 EE-RL II ist es ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen ob sie eine grenzüberschreitende Förderung ermöglichen wollen. Fällt die Genehmigungspflicht und damit die Verhandlung mit der Kommission weg, ist der deutsche Gesetzgeber also einstweilig nicht mehr gehalten weiter mit einer Öffnung des EEG voranzuschreiten.

Allerdings ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass Deutschland in der Vergangenheit die Reformen des EEG als „Nicht-Beihilfe“ vorsorglich notifiziert hat¹²³. Dies sollte angesichts des seinerzeit anhängigen, allerdings nunmehr durch den EuGH entschiedenen Verfahrens zum EEG 2012, für Rechtssicherheit sorgen. Zwar hat der EuGH nun entschieden, dass das EEG 2012 keine „staatliche“ oder „aus staatlichen Mitteln“ finanzierte Beihilfe darstellte. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es aber nicht ausgeschlossen, dass Deutschland auch zukünftige EEG-Reformen „vorsorglich“ notifiziert. In diesem Fall wären die UEBLL natürlich wieder relevant, müssten allerdings anhand der neuen sekundärrechtlichen Vorgaben der EE-RL II ausgelegt und von der

¹²³ Vgl. dazu *Stiftung Umweltenergierecht*, Das EEG 2012 ist keine Beihilfe – was genau bedeutet das EuGH-Urteil? Fragen und Antworten, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 41 vom 04.04.2019.

Kommission angewendet werden. Dasselbe würde gelten, falls die aktuellen Pläne der Bundesregierung umgesetzt würden, die EEG-Umlage durch Staatseinnahmen aus der Bepreisung von CO₂ zu senken¹²⁴.

III. Die Zukunft der UEBLL

Im Übrigen werden die UEBLL derzeit einem Fitnesscheck unterzogen¹²⁵. Dies ist Teil des seit 2012 laufenden Vorhabens zur Modernisierung des Beihilferechts und laut Kommission insbesondere im Interesse der „besseren Gesetzgebung“. Im Rahmen des Verfahrens sollen die UEBLL auf ihre Wirksamkeit, Effizienz, Stimmigkeit, Kohärenz, Relevanz und europaweiten Mehrwert für spezifische Teile bewertet werden, um zu entscheiden ob und wie sie als Maßnahme weitergeführt werden. Die Kommission hatte entsprechend zu umfangreichen Konsultationen aufgerufen, die insbesondere das Funktionieren der heutigen UEBLL abfragten¹²⁶.

Ob und wie die UEBLL im Rahmen dieses Prozesses angepasst werden, ist derzeit noch nicht ersichtlich. Da es aber Ziel des Modernisierungsprozesses ist, bestehende Regelungen zu straffen und damit die Umsetzung zu erleichtern¹²⁷, sollte man erwarten, dass jene Inhalte, die jetzt für alle Mitgliedstaaten nach der EE-RL II gelten, aus den UEBLL gestrichen werden. Die Werte bezüglich der möglichen Ausnahme von der Standardbilanzierungspflicht in den UEBLL sollten zumindest an die Vorgaben der Strombinnenmarktverordnung angepasst, wenn nicht sogar – als redundant – gestrichen werden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Kommission neue Vorgaben machen wird. So sind seit Inkrafttreten der UEBLL mehr als sieben Jahre vergangen in denen die Kommission weitere Erfahrung mit EE-Förderregelungen und ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb sammeln konnte. Darüber hinaus sind auch Vorgaben jenseits des Art. 4 EE-RL II, etwa bezüglich Eigenversorgung, Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften oder Elektromobilität denkbar.

Für Mitgliedstaaten, deren EE-Förderregelung keine staatliche Beihilfe darstellt, ist der Reformprozess bezüglich der Ausgestaltung von EE-Förderregelungen zumindest weniger relevant. Immerhin wird in den UEBLL nur definiert, unter welchen Bedingungen die Kommission eine Beihilfe für mit dem Binnenmarkt vereinbar hält. Zum eigentlichen Beihilfebegriff, und damit der Frage ob die UEBLL zur Anwendung kommen, treffen sie keine Aussage¹²⁸.

¹²⁴ Vgl. hierzu *Kahles/Müller*, Senkung der EEG-Umlage und Beihilferecht – Optionen für die Verwendung der Einnahmen aus dem Brennstoffemissionshandelsgesetz und deren Rechtsfolgen, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 48 vom 08.01.2020.

¹²⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 07.01.2019, IP/19/182.

¹²⁶ European Commission, Public consultations, Targeted Consultation for the Evaluation of the Guidelines on State aid for Environmental protection and Energy 2014-2020 (EEAG), https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_eeag/index_en.html.

¹²⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 07.01.2019, IP/19/182.

¹²⁸ *Stiftung Umweltenergie recht*, Das EEG 2012 ist keine Beihilfe – was genau bedeutet das EuGH-Urteil? Fragen und Antworten, Hintergrundpapier, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 41 vom 04.04.2019, S. 12.

E. Zusammenfassung

Art. 4 EE-RL II enthält als Ergebnis einer weit zurückreichenden Harmonisierungsdebatte erstmals sekundärrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung von EE-Förderregelungen durch die Mitgliedstaaten. Die Regelungen in Art. 4 EE-RL II wurden dabei stark von den Vorgaben beeinflusst, die die Kommission in den vergangenen Jahren in der Praxis bei der beihilferechtlichen Genehmigung von EE-Förderregelungen gemacht und in den UEBLL kodifiziert hatte. Es bestehen allerdings auch Unterschiede.

Für die Ausgestaltung des EEG sind mit der EuGH-Entscheidung zum EEG 2012 nur die Regelungen der EE-RL II einschlägig, sofern der derzeitige Finanzierungsmechanismus beibehalten wird. Diese Bestimmungen sind in Deutschland bereits weitestgehend umgesetzt. Allerdings könnten insbesondere die – im Vergleich zur deutschen Regelung höheren – Schwellenwerte für Bilanzierungsverantwortung und marktbasierten Dispatch in der Strombinnenmarktverordnung zu einer entsprechenden Anpassung für Kleinanlagen führen, und hier weitere Ausnahmen von der Verpflichtung zur Direktvermarktung begründen, falls Deutschland seine EE-Ausbauziele verfehlt.

Im Gegensatz zu den beihilferechtlichen Vorgaben, lässt die EE-RL II den Mitgliedstaaten an einigen Stellen mehr Gestaltungsspielraum. Dies ist insbesondere der Fall bei grundsätzlichen Ausnahmen von Ausschreibungen, Ausnahmen von technologieneutralen Ausschreibungen und der Förderung bei Zeiten von negativen Preisen. Auch stellt Art. 5 EE-RL II es den Mitgliedstaaten zunächst frei, ob sie ihre nationalen Fördersysteme für Anlagen aus anderen Mitgliedstaaten öffnen wollen.

Wird das EEG dahingegen zukünftig als Beihilfe ausgestaltet (z.B. im Falle der Senkung der EEG-Umlage durch Staatseinnahmen), oder geht man von einer vorsorglichen Anmeldung aus, um im Zweifelsfall Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen, finden die UEBLL über die Bestimmungen der EE-RL II hinaus Anwendung. Zwar werden die UEBLL im Rahmen des Fitnesschecks an einigen Stellen angepasst werden müssen. Grundsätzlich können sie aber auch neben den Vorgaben der EE-RL II weiter bestehen und zur Prüfung des Beihilferechtsvorbehalts aus Art. 4 Abs. 9 EE-RL II herangezogen werden. Allerdings erscheinen insbesondere die Regelungen zu Ausschreibungen nunmehr zu einem großen Teil redundant oder anpassungsbedürftig. Die Fortentwicklung der UEBLL ist somit mit Blick auf das EEG auch weiterhin zu beobachten.