

Festschrift für Manfred A. Dauses zum 70. Geburtstag

von
Daniela Heid, Rüdiger Stotz, Arsène Verny

1. Auflage

[Festschrift für Manfred A. Dauses zum 70. Geburtstag – Heid / Stotz / Verny](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 65874 7

lung vergleichbarer Sachverhalte, weil grundsätzlich alle Industriesektoren, die CO₂ emittieren, zum Ziel der EHS-Richtlinie, der Reduzierung von Treibhausgasemissionen zu möglichst geringen Kosten betragen können.¹¹ Dann verwarf er den Einwand, dass daraus keine Benachteiligung resultiere, weil die anderen Branchen von anderen EU-Maßnahmen zur Reduzierung des CO₂-Ausstosses betroffen seien.¹² Entscheidend war für den EuGH, dass mit der Einbeziehung in das Emissionshandelssystem die erfassten Unternehmen Reduktionsverpflichtungen unterlagen, während solche nicht für die anderen Industriesektoren galten.¹³ Für die Rechtfertigung verlangte der EuGH eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁴ Typischer Weise räumt er bei komplexen Entscheidungen – was bei der EU-Rechtssetzung fast regelmäßig von den europäischen Gerichten bejaht wird – den Rechtssetzungsorganen einen weiten Ermessensspielraum ein.¹⁵ Während er sich daher in anderen Fällen darauf zurückgezogen hat,¹⁶ nur ein Überschreiten der Grenzen dieses Ermessens zu überprüfen, hat er im konkreten Fall daraus lediglich gefolgert, dass die Rechtsetzungsorgane schrittweise vorgehen durften.¹⁷ Als objektiv nachprüfbare Gründe hat er schließlich insbesondere die verwaltungstechnische Durchführbarkeit angesehen, diese aber auf die Einführungsphase beschränkt.¹⁸ Zwar hatte das Emissionshandelssystem vor dem EuGH damit im Ergebnis Bestand, doch war klar, dass es für die Zukunft auf weitere Industriesektoren ausgeweitet werden musste, um nicht gegen den Gleichheitssatz im EU-Recht zu verstoßen.

In der Bewertung bleibt festzuhalten, dass der EuGH verschiedene Maßnahmen zum Klimaschutz in ihrer rechtlichen Wirkung verglichen hat und die Überzeugungskraft der vorgetragenen verwaltungstechnischen Gründe relativ eingehend beurteilt hat. Dennoch war die Entscheidung weit weniger „revolutionär“ im Sinne einer nachhaltigen Tendenz, das Ermessen der Rechtsetzungsorgane zu beschränken. Denn schon 2009 war erkennbar gewesen, dass die Rechtsetzungsorgane vorhatten, in der nächsten Phase ab 2010 die beiden Sektoren Kunststoff und Aluminium in das Emissionshandelssystem zu integrieren.¹⁹

2. Schutz von Mitgliedstaaten durch den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Emissionshandelssystem (EHS) wirft nicht nur bezüglich des Kreises der erfassten Unternehmen Konkurrenzfragen auf, sondern auch im Hinblick auf unterschiedliche Auswirkungen unter den erfassten Unternehmen sowie unter den Mit-

¹¹ EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 31 ff.) – *Arcelor*.

¹² Zu diesem Vorbringen der EU-Organe EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 40) – *Arcelor*.

¹³ EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 42 ff.) – *Arcelor*.

¹⁴ EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 47) – *Arcelor*.

¹⁵ Vgl. EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 57) – *Arcelor*.

¹⁶ Vgl. das Vorbringen der Rechtsetzungsorgane, EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 54) – *Arcelor*.

¹⁷ EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 57) – *Arcelor*.

¹⁸ EuGH, 2008, I-9895 (Rdnr. 58 ff.) – *Arcelor*.

¹⁹ Das Rechtsetzungsverfahren war bereits 2008 eingeleitet worden, s. die Nachweise in Richtlinien 2009/29/EG (Fn. 8).

gliedstaaten. So hat das EHS besonders starke Auswirkungen auf Mitgliedstaaten, die wie Polen traditionell auf Energieträger mit hohen CO₂-Emissionen setzen, namentlich Stein- und Braunkohle. Unmittelbar sind zunächst die Unternehmen, die diese Energieträger verwenden, betroffen, mittelbar schlägt sich dies aber auch in Belastungen für die Wirtschaftsleistung des betreffenden Mitgliedstaates nieder. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum Polen lange Zeit politisch versucht hat, eine Verschärfung des EHS in der zweiten Zuteilungsperiode ab 2013 abzuwenden. Zeitgleich beschritt Polen neben dieser letztlich wenig erfolgreichen politischen Strategie 2011 den Rechtsweg.

Die Novellierung des EHS durch Richtlinie 2009/29/EG sah für die zweite Periode ab 2013 vor, dass Zertifikate nicht mehr umfassend kostenlos abgegeben werden, sondern zunehmend versteigert werden. Auf diese Weise sollte sich ein höherer Preis für die Zertifikate bilden, der größere Anreize für die Reduzierung von CO₂-Emissionen setzt. Zugleich ist die Vergabe für die zweite Phase unionsweit gemäß Art. 10a Richtlinie 2003/87/EG harmonisiert worden. Hintergrund war der Umstand, dass die Mitgliedstaaten in der ersten Phase zu viele Zertifikate vergeben hatten, wodurch der Preis der Zertifikate nachhaltig, bis heute, abgesackt ist, so dass sich die klimapolitischen Anreize dramatisch verringert haben. Auf Basis dieser Regelung hat die Kommission 2011 den Beschluss 2011/278/EU²⁰ erlassen, mit dem die kostenlose Zuteilung harmonisiert wurde. Insbesondere wurde für die Berechnung der Zahl der Emissionszertifikate, die einzelnen Anlagen zuzuteilen sind, Benchmarks für die einzelnen Industriesektoren festgelegt. Als Ausgangspunkt wurde die Durchschnittsleistung der 10 Prozent effizientesten Anlagen eines Sektors oder Teilsektors in der EU in den Jahren 2007 und 2008 zugrunde gelegt.²¹ Polen wandte vor dem Europäischen Gericht (EuG)²² u. a. ein, dass die Kommission gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen habe, weil sie bei der Berechnung der Benchmarks nicht nach dem zum Einsatz kommenden Energieträgern differenziert habe, sondern auf Unternehmen abgestellt habe – und dadurch Unternehmen privilegiere –, die Erdgas verwenden, weil dieses in Relation zu fossilen Energieträgern einen niedrigen CO₂-Ausstoß habe.²³ Dadurch besteht bei solchen Unternehmen ein relativ geringerer Bedarf an Zertifikaten. Ferner rügte Polen die fehlende Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

Das EuG wies die Klage zurück. Insgesamt räumte das Gericht den Rechtssetzungsorganen zwar einen weiten Ermessensspielraum ein,²⁴ prüfte dann aber doch relativ genau unter Einbeziehung möglicher Alternativen, ob die Vorgehensweise der Kommission die Vorgaben des EU-Rechts beachtet hatte. Im Hinblick auf den Gleichheitssatz erkannte das Gericht zwar eine Gleichbehandlung verschiedener Sachverhalte, nämlich der einheitlichen Behandlung der Verwendung unterschiedlicher Energieträger bei der Festlegung der Benchmarks, hielt dies

²⁰ ABl. 2011, L 130/1.

²¹ Vgl. EuG, Rdnr. 2 und 3.

²² EuG, Rs. T-370/11, Urteil vom 7. März 2013 – *Polen/Kommission*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

²³ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 24.

²⁴ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 36.

aber für gerechtfertigt.²⁵ Denn einerseits wäre bei der Wahl fossiler Energieträger als einheitliche Referenz die Zuteilungsmenge so groß geworden, dass sich die beabsichtigten Anreize zum Klimaschutz deutlich verringert hätten.²⁶ Andererseits hätte die Alternative einer differenzierten Betrachtung nach den jeweils verwendeten Energieträgern nach Ansicht des Gerichts dem Ziel, Wettbewerbsverzerrungen mittels einer einheitlichen Regelung für die Union zu eliminieren, entgegenstanden.²⁷ Ferner hielt das Gericht die Maßnahme auch für nicht unverhältnismäßig, denn es werde die Produktion nicht verboten, sondern es müssten lediglich weitere Zertifikate zugekauft werden.²⁸ Jede Vorhersage der zukünftigen Preise für Zertifikate hielt das Gericht nicht für möglich,²⁹ so dass Polen mit seinen hohen Schätzungen nicht durchdringen konnte. Zudem hätten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die über Auktionen eingenommenen Mittel für Zertifikate den Unternehmen dazu einzusetzen, die Belastungen für die betreffenden Anlagen zu verringern.³⁰ Ferner sei die Vernachlässigung der regional unterschiedlichen Bevorzugung von Kohle als Energieträger aufgrund dessen hohen CO₂-Ausstosses gerechtfertigt.³¹ Schließlich verwies das EuG auf die Ausnahmeregelungen im Falle der Gefahr eines sog. *carbonleakage*, d. h. der Verlagerung der Produktion in Drittstaaten, die keine entsprechenden Klimaschutzvorschriften kennen. Art. 10a Abs. 6 RL 2003/87 sieht dazu die Möglichkeit nationaler finanzieller Maßnahmen vor, Art. 10a Abs. 12 RL 2003/87 eine spezielle Regelung der Zuteilung kostenloser Zertifikate.³² Als weitere Ausnahme nannte das Gericht vor allem die weitere Zuteilung von zu versteigernden Zertifikaten nach Art. 10 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2003/87. Nach Anhang IIa der Richtlinie 2003/87 zählt Polen zu den von dieser Regelung am meisten begünstigten Mitgliedstaaten.³³

Die Entscheidung vermag im Ergebnis zu überzeugen, sie zeigt aber auch die Grenzen der Rechtsprechung auf. Polen ging es offensichtlich darum, im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten besser behandelt zu werden. Dem konnte das Gericht aber nicht entsprechen, weil der zugrundeliegende Rechtsakt, die Richtlinie 2003/87 mit den grundsätzlichen Vorgaben einer unionsweit einheitlichen Regelung, nicht angegriffen worden war. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt das Gericht zwar zutreffende Hinweise, dass die Belastungen besonders betroffener Unternehmen und Mitgliedstaaten grundsätzlich beachtet worden sind, doch ist deren effektive Bedeutung limitiert. So besteht zwar die vom Gericht angeführte Möglichkeit von Ausnahmen aufgrund einer drohenden Verlagerung von CO₂-Emissionen, sie greift aber nur in der Konkurrenzsituation zu Drittstaaten. Sofern das Gericht Polen aufzeigt, dass betroffenen Unternehmen aus den mit den Auktionen eingenommenen finanziellen Mitteln unterstützt wer-

²⁵ Vgl. das Vorbringen der Kommission in EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 32.

²⁶ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 38 f.

²⁷ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 42.

²⁸ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 80.

²⁹ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 91.

³⁰ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 90.

³¹ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 63–94.

³² EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 92.

³³ EuG, Rs. T-370/11 (Fn. 22), Rdnr. 74.

den können, ist die Kommission offenbar gewillt, ihren Spielraum im Rahmen des EU-Beihilferechts auszunutzen.³⁴ Ein gewisses Unbehagen mag ferner bleiben, weil das Emissionshandelssystem besonders starke Auswirkungen auf Polen hat, seine effektive klimaschützende Wirkung weltweit aber fragwürdig ist. Denn die EU leistet zwar damit einen relativen Beitrag dazu, dass die Klimaveränderungen nicht noch stärker werden, doch ist man global gesehen weit von einer Stabilisierung des Klimas entfernt, weil die Entwicklung der Weltwirtschaft in den letzten Jahren zu einem höheren Ausstoß von CO₂ in Staaten geführt hat, die größtenteils bislang kaum Bereitschaft zu vergleichbaren Anstrengungen zum Klimaschutz gezeigt haben. Damit ist aber die politische Einschätzung angesprochen und die rechtliche Frage, wem die entsprechende Einschätzungsprärogative zusteht. Aus Sicht des institutionellen Gleichgewichts, das in der EU die Aufgaben des Gewaltenteilungsgrundsatzes übernimmt, ist es zu begrüßen, dass das Gericht an dieser Stelle nicht eine eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt, sondern den rechtsetzenden Organen in der Klimapolitik ein weites Ermessen einräumt.

III. Zur beihilfenrechtlichen Problematik der EEG-Umlage und der besonderen Ausgleichsregelung nach §§ 40ff. EEG

Mit der Überprüfung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) gerät die nationale Rechtsetzung in den Kontrollstrahl des EU-Rechts. In Streit stehen sowohl der Förder- und Ausgleichsmechanismus als auch die besondere Ausgleichsregelung im EEG. Es ist symptomatisch für Differenzierungen im Energierecht, dass sie zugleich Fragen des Wettbewerbsrechts aufwerfen. In diesem Fall ist es die Übereinstimmung dieser Regelungen mit den Maßstäben des EU-Beihilferechts und mit den Grundfreiheiten.³⁵ Beide Bereiche können als spezielle wettbewerbliche Ausprägungen des Gleichheitssatzes verstanden werden, da sie die Privilegierung bestimmter Unternehmen nur unter engen Voraussetzungen erlauben.³⁶ Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich auf den Beihilfenaspekt.

³⁴ Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2001, C 37/3, vgl. die Ausweitung im Konsultationspapier der Kommission vom 11. März 2013, Environmental and Energy Aid Guidelines 2014 – 2020, einsehbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/environmental_aid_issues_paper_en.pdf. Zur Genehmigung von Beihilfen für stromintensive Unternehmen s. unten.

³⁵ Einschlägig sind Art. 107 AEUV sowie die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV. S. dazu aus *Schneider*, ZNER 2003, 93ff.; *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313ff.; zur Prüfung von Art. 110 AEUV im Falle der Qualifizierung der Ausgleichszahlungen als Abgaben s. EuGHE 2008, I–5497, Rs. C–206/06, *Essent Network Noord BV*.

³⁶ Die Grundfreiheiten sind in der Rechtsprechung von Diskriminierungsverboten zu Beschränkungsverboten entwickelt worden. Das Beihilferecht verbietet bestimmte Privilegierungen.

1. Funktionsweise des Förder- und des Ausgleichsmechanismus nach dem EEG

Nach § 1 Abs. 1 EEG verfolgt das EEG insbesondere den Zweck, eine nachhaltige Energieversorgung im Interesse des Klima- und Umweltschutzes zu ermöglichen, die Energieressourcen zu schonen und die Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern.³⁷ Sein ambitioniertes Ziel ist nach § 1 Abs. 2 EEG eine erhebliche Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromversorgung.³⁸ Zur Zielerreichung bietet das EEG zwei Optionen.

Da Strom aus erneuerbaren Energien derzeit teurer als Strom aus herkömmlichen Energiequellen ist, schreibt das EEG die sog. Einspeisevergütung vor, die sich mittlerweile in der EU zu einem deutschen „Exportschlager“ entwickelt hat.³⁹ Verkürzt werden die Netzbetreiber zum einen verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien vorrangig an das Netz anzuschließen und den gesamten angebotenen Strom vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen.⁴⁰ Sie müssen den Anlagebetreibern eine gesetzlich festgelegte Vergütung, die sog. Einspeisevergütung zahlen,⁴¹ die über dem am Markt erzielbaren Wert für Strom liegt. Zum anderen können die Anlagenbetreiber den aus erneuerbaren Energien gewonnenen Strom alternativ direkt an Dritte vermarkten. Bei dieser Option steht dem Anlagenbetreiber zwar nicht mehr die Einspeisevergütung nach § 16 EEG zu, er kann aber eine sog. Marktpremie nach § 33g EEG beanspruchen. Sie ergibt sich aus der Differenz zwischen der gesetzlichen Einspeisevergütung und dem Marktpreis. Damit erhält der Anlagenbetreiber auch im Fall der Drittvermarktung einen vergleichbaren finanziellen Anreiz wie bei der Einspeisevergütung. In beiden Fällen werden die Zahlungen von den Netzbetreibern geleistet.

Die Belastung der Netzbetreiber durch die Zahlungen dieser finanziellen Anreize werden dann in fünf Stufen bundesweit ausgeglichen.⁴² Zunächst ist der nach § 16 EEG vergütete Strom gemäß § 34 EEG unverzüglich an die vorgelager-

³⁷ Weiter genannt wird eine Verringerung der volkswirtschaftlichen Kosten in einer langfristigen Perspektive unter Einbeziehung der externen Effekte. Diese Kosten liegen jedenfalls höher als die heutigen individuellen Stromverbraucherpreise.

³⁸ Angestrebt werden 35% für 2020, 50% für 2030, 65% für 2040 und 80% für 2050. Damit soll bis 2020 der Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttoenergieverbrauch auf mindestens 18% erhöht werden, § 1 Abs. 3 EEG.

³⁹ Ca. 20 Mitgliedstaaten haben 2012 eine Einspeisevergütung für erneuerbare Energien eingeführt. Die alternativen Fördermodelle, insbesondere Quotenregelungen und das Ausschreibungsmodell sind in Bezug auf Kosteneffizienz und weitere Parameter unterlegen, s. *Butler/Neuhoff*, Comparison of Feed in Tariff, Quota and Auction Mechanisms to Support Wind Power Development, Cambridge Working Papers on Economics CWPE 0503, 2004, online abrufbar unter <https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/131635/ep70.pdf?sequence=1>. S. auch die Einschätzung der Kommission, The support of electricity from renewable energy sources, Staff Working Document SEC (2008) 57. Seit 2009 ist das Einspeisemodell ausdrücklich in Art. 2 Abs. 2 lit. k Richtlinie 2009/28/EG als ein Förderinstrument akzeptiert worden, näher dazu *Lehnert-Vollprecht*, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, 307 (312).

⁴⁰ §§ 5 und 8 EEG.

⁴¹ § 16 Abs. i EEG schreibt die anlagenspezifische Vergütung vor.

⁴² Anschaulich zu den einzelnen Stufen *Buchmüller/Schmutenhais*, Die Weiterentwicklung des EEG-Ausgleichsmechanismus, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 2009, 75 ff.

ten Übertragungsnetzbetreiber weiterzugeben. Letztere sind den Netzbetreibern nach § 35 EEG zur Vergütung sowohl der Einspeisevergütungen als auch der Marktpremien verpflichtet.⁴³ Die Übertragungsnetzbetreiber müssen dann nach § 36 EEG die vergüteten Strommengen und geleisteten Zahlungen speichern und untereinander ausgleichen. Des Weiteren müssen sie nach § 37 Abs. 1 EEG den Strom am Spotmarkt der Strombörse diskriminierungsfrei und transparent vermarkten. Sie können dann von den abnehmenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU), die Strom an Letztverbraucher liefern,⁴⁴ die Zahlung der EEG-Umlage verlangen (§ 37 Abs. 2 EEG). Die Ausgleichsmechanismusverordnung von 2009 regelte in Ergänzung des EEG, dass die EVU nicht mehr zur Abnahme des Stroms verpflichtet waren. Sonst wäre der deutsche Strommarkt weitgehend für Importe von Strom aus dem EU-Ausland verschlossen worden, was einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit hätte darstellen können.⁴⁵ Am Ende sollen die Preise für die Letztverbraucher für jede gelieferte Kilowattstunde gleich sein. So werden die Kosten der EEG-Umlage nach der gesetzlichen Regelung von den EVU bundesweit zu gleichen Teilen getragen. Das EEG lässt aber offen, ob die EVU die Mehrkosten an die Letztverbraucher weitergeben. Davon wird in der Praxis in der Regel Gebrauch gemacht, so dass faktisch in einer fünften Stufe die Finanzierung des Umlagesystems durch die Letztverbraucher erfolgt.

Die EEG-Umlage ist von 2,047 ct/kWh in 2010 auf 5,277 ct/kWh in 2013 gestiegen. Damit liegt sie über den durchschnittlichen Preisen für Strom am Spotmarkt, beträgt also mehr als die Hälfte des Strompreises, den am Ende die Letztverbraucher in Deutschland zahlen müssen.

2. Funktionsweise der besonderen Ausgleichsregelung

Bereits im Jahre 2003 ist neben dem Förder- und Ausgleichsmechanismus ein besonderer Ausgleichsmechanismus eingeführt worden, dessen Funktion vereinfacht darin besteht, stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes unter bestimmten Bedingungen von der EEG-Umlage zu großen Teilen auszunehmen. Nach § 40 S. 1 EEG ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zuständig, auf Antrag über eine solche Begrenzung der EEG-Umlage zu entscheiden. Ziel ist es nach § 40 S. 2 EEG die „Stromkosten dieser Unternehmen zu senken und ihre internationale [...] Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten“. Die Unternehmen müssen grundsätzlich einen Stromverbrauch von mindestens 1 GWh haben, die Stromkosten müssen mindestens 14% im Vergleich zur Bruttowertschöpfung des Unternehmens ausmachen.⁴⁶ Die Begrenzung erfolgt

⁴³ In der Praxis sind die Verteilnetzbetreiber zwischengeschaltet, so dass zwei Stufen vorliegen.

⁴⁴ Bzw. von Letztverbrauchern, wenn kein EVU zwischengeschaltet ist.

⁴⁵ AusglMechV vom 17. Juli 2009, BGBl. I S. 2101, näher dazu *Buchmüller/Schmutenhaus* (Fn. 42), 75 (76).

⁴⁶ Nach § 41 Abs. 1 bestehen weitere Voraussetzungen. So muss das Verhältnis der von dem Unternehmen zu tragenden Stromkosten zur Bruttowertschöpfung des Unternehmens mindestens 14 Prozent betragen, die EEG-Umlage anteilig an das Unternehmen weitergereicht worden sein und eine Zertifizierung erfolgt sein, mit der der Energieverbrauch und die Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erhoben und bewertet worden sind.

nach § 41 Abs. 3 EEG gestaffelt. Für die erste GWh gilt die EEG-Umlage zu 100%, zwischen 1 GWh und 10 GWh reduziert sie sich auf 10%, zwischen 10 und 100 GWh auf 0,05 ct/kWh und über 100 GWh sowie zusätzlich bei einem Verhältnis der Stromkosten zu der Bruttowertschöpfung von 20% auf 0,05 ct/kWh für den gesamten Stromverbrauch, einschließlich der ersten GWh.

Da gemäß § 43 Abs. 3 EEG dieser besondere Ausgleich bei der Berechnung des Ausgleichs der Übertragungsnetzbetreiber untereinander einzubeziehen ist, erhöhen sich die Kosten, die rechtlich von den EVU und faktisch von den (nicht-privilegierten) Letztverbrauchern zu zahlen sind. Wettbewerbsrechtlich zugespitzt heißt das, dass kleinere Unternehmen die Entlastung ihrer größeren Konkurrenten durch einen Aufpreis auf die Stromkosten tragen müssen. Angesichts dessen ist es kaum verwunderlich, dass diese Regelung von Anfang an in der Kritik stand.⁴⁷ Insbesondere kann sie klimapolitisch kontraindizierte Anreize bieten, mehr Strom zu verbrauchen, um über die Schwelle von 1 GWh zu kommen.⁴⁸

3. Die beihilfenrechtliche Streitfrage

a) Übersicht über die einzelnen Voraussetzungen

Bereits im Juni 2012 hatte die Kommission angekündigt, wegen des besonderen Ausgleichsmechanismus ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland einzuleiten. Doch wurde das 2013 wieder angekündigte Prüfverfahren auf Ende September 2013, nach der deutschen Bundestagswahl, verschoben.⁴⁹ Dagegen hat die Kommission am 6. März 2013 ein Beihilfeprüfverfahren wegen der Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen nach § 19 StromNEV eingeleitet.⁵⁰

Die beihilfenrechtliche Problematik konzentriert sich auf ein Merkmal, die Herkunft der eingesetzten Mittel. Es ist in der Literatur soweit ersichtlich unstreitig, dass alle anderen Merkmale einer Beihilfe vorliegen.⁵¹ Den befreiten Unternehmen wird ein Vorteil gewährt, weil eine finanzielle Belastung reduziert wird, die sie ansonsten zu tragen gehabt hätten.⁵² Die besondere Ausgleichsregelung ist auch selektiv, weil sie nur für bestimmte Unternehmen des produzierenden Gewerbes eingreift.⁵³ Ferner führt sie zu einer Wettbewerbsverfälschung und einer Handelsbeeinträchtigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV. Zwar können die Auswir-

⁴⁷ S. zur kontroversen verfassungsrechtlichen Beurteilung *Manssen*, DÖV 2012, 499 ff., *ders.*, WiVerw 2012, 170 ff., der für die Industrie 2012 ein Gutachten erstellt hat, abrufbar unter http://docs.dpaq.de/354-2012-01_eeg_gutachten_prof_manssen.pdf.

⁴⁸ Kritisch insofern *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (319).

⁴⁹ Süddeutsche.de vom 15. Juli 2013, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/moegliches-beihilfeverfahren-eu-wird-nach-sommerpause-ueber-erneuerbare-energien-gesetz-entscheiden-1.1722003>. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das OLG Düsseldorf bereits am 27. August 2012 die Kommission im Rahmen zweier Eilverfahren (Az. VI – 3 Kart 65/12 (V) und VI – 3 Kart 14/12 (V)) um eine Einschätzung ersucht hatte, ob die Ausgleichsregelung des EEG für stromintensive Unternehmen eine staatliche Beihilfe darstelle.

⁵⁰ Kommission, C(2012) 8765, einsehbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/247905/247905_1416896_14_2.pdf.

⁵¹ S. *Schneider*, ZNER, 2003, 93 ff., *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (315 ff.).

⁵² S. EuGHE 1994, I-877 (Rdnr. 14) – *Banco Exterior de España SA*.

⁵³ S. EuGHE 1999, I-3671 – *Belgien/Kommission*.

kungen auf die Stückpreise relativ gering sein, doch kennt Art. 107 Abs. 1 AEUV diesbezüglich kein Erfordernis einer Spürbarkeit.⁵⁴ Fraglich ist aber, ob die eingesetzten Mittel solche des Staates sind bzw. dem Staat zuzurechnen sind.

b) Einsatz staatlicher Mittel und Zurechenbarkeit

aa) Die Rs. PreussenElektra als Ausgangspunkt

In der Literatur wird weit gehend die Zurechnung der unter dem EEG eingesetzten Mittel an den Staat verneint, weil der EuGH dies bereits 2001 in der Rs. PreussenElektra⁵⁵ verneint habe.⁵⁶ Diese Entscheidung erregte großes Aufsehen, weil der EuGH das Vorliegen einer Beihilfe mit dem Argument verneinte, dass die für die Einspeisevergütung eingesetzten Mittel nie in den staatlichen Haushalt gelangt waren.⁵⁷ Das ist zwar in der Literatur als Verhinderung eines uferlosen Beihilfenbegriffs positiv gewürdigt worden, doch ist nicht zu übersehen, dass es sich eher um eine formale Betrachtung gehandelt hat. Denn auch wenn der Staat nie förmlich die Geldmittel erhalten hatte, so hat er doch ihren Fluss von Privaten zu privilegierten Unternehmen vollständig durch Gesetz kontrolliert.⁵⁸ Mögliche Hoffnungen der Kommission auf eine Revidierung dieser Grundsatzentscheidung haben sich in den Folgejahren nicht erfüllt.⁵⁹ Allerdings hat sich die Rechtsprechung fortentwickelt und es bleibt zu prüfen, ob die Regelung der Einspeisevergütung und der besondere Ausgleichsmechanismus heute noch immer außerhalb des Kontrollstrahls des EU-Beihilferechts liegen.

bb) Fortentwicklung der Rechtsprechung

Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung wird zuweilen dahingehend zusammen gefasst, dass entscheidend sei, ob die finanziellen Mittel für eine noch so kurze Zeitspanne in „die Verfügungsgewalt des Staates gelangt“ seien.⁶⁰ Demgegenüber wendet Generalanwalt Jääskinen in seiner jüngsten Analyse eher einen Kriterienkatalog an, je nachdem ob die Mittel durch eine staatliche oder eine private Einrichtung verwaltet werden.⁶¹ In der Tat hat die Rechtsprechung eine Vielzahl von Kriterien entwickelt, die es zu systematisieren gilt.

2002 entschied der EuGH in der Rs. „Stardust Marine“, dass nicht in jedem Fall eine Übertragung staatlicher Mittel stattgefunden haben muss, um eine staatliche Beihilfe bejahen zu können.⁶² In der Sache ging es um die Gewährung finanzieller Mittel durch Kreditinstitute, die unter staatlicher Aufsicht standen. Diese Mittel hätten daher dem Staat „zur Verfügung“ gestanden.⁶³ Klar stellend sei da-

⁵⁴ S. EuG 1998, II-717 (Rdnr. 46) – *Flämische Region/Kommission*.

⁵⁵ EuGHE 2001, I-2009 = EuZW 2001, 242 mit Anm. Ruge.

⁵⁶ *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (317).

⁵⁷ EuGHE 2001, I-2009 (Rdnr. 59–60).

⁵⁸ Das war für EuGHE 2001, I-2009 (Rdnr. 61) ausdrücklich nicht entscheidend.

⁵⁹ Vielmehr zitiert der EuGH in den unten dargestellten Entscheidungen die Rs. *Preussen-Elektra* immer wieder als Referenzentscheidung.

⁶⁰ *Soltész*, Von *PreussenElektra* zu France Télékom – Die „Belastung des Staatshaushaltes“ als Beihilfekriterium, EuZW 2011, 254 (256).

⁶¹ Generalanwalt Jääskinen, Rs. C-262/12, Schlussanträge vom 11. Juli 2013, Tz. 48 ff.

⁶² EuGHE 2002, I-4397 (Rdnr. 36) – *Frankreich/Kommission* (Stardust Marine).

⁶³ EuGHE 2002, I-4397 (Rdnr. 38).