

Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union

Professor Dr. Thomas Lübbig

BRÜSSEL UND DAS ERNEUERBARE- ENERGIEN-GESETZ (EEG)

Seit dem vergangenen Jahr prüft die Europäische Kommission die Besondere Ausgleichsregelung des EEG (Umlage- und Wälzungsmechanismus) zugunsten stromintensiver Produzenten nach den Vorschriften über staatliche Beihilfen, obwohl dieser Mechanismus aus Mitteln privater Marktteilnehmer und nicht aus Steuergeldern finanziert wird. Nachdem die Eröffnung des vertieften Prüfungsverfahrens im Laufe des Jahres 2013 bereits mehrfach informell angekündigt war, verlautete es kürzlich aus Brüssel, die Verfahrenseröffnung verschiebe sich auf die Zeit nach der Bundestagswahl. Dieser Newsletter zeigt einige der beihilferechtlichen und beihilfepolitischen Implikationen des anstehenden Verfahrens auf.

1. Ein Wind der Entrüstung

Wenig beachtet von der in Deutschland geführten Diskussion um die unionsrechtliche Zulässigkeit der Befreiungsregelungen für stromintensive Betriebe nach den §§ 40 ff. EEG befasst sich der EuGH aktuell mit dem

französischen Finanzierungsmechanismus für Strom aus Windkraftanlagen. Eine französische Vereinigung mit dem einprägsamen Namen „**Vent De Colère**“ hatte vor dem französischen Obersten Verwaltungsgericht (Conseil d'État) Klage gegen Rechtsvorschriften geführt, die die Bedingungen für die kostendeckende Abnahme von Strom aus Windkraftanlagen und die Finanzierung des Systems festlegen. Danach werden die Mehrkosten, die sich dort aus einem System der Abnahmeverpflichtung für in Windkraftanlagen zu Kosten über dem Marktpreis erzeugte Elektrizität ergeben, aus einem von einer öffentlichen Bank kontrollierten öffentlichen Fonds gespeist, der sich wiederum aus Abgaben finanziert, die von den Stromendverbraucher geschuldet sind. Die französische Regierung war der Auffassung, ihr System orientiere sich an dem EuGH-Urteil im Fall **PreussenElektra**¹ und unterliege daher nicht dem Notifizierungsgebot für staatliche Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV. Dies zog der Conseil d'État jedoch in Zweifel und befasste den EuGH durch Beschluss vom 15. Mai 2012 mit dieser Angelegenheit.² Der Grundsatzgedanke

¹ EuGH, Urt. v. 13. 1. 2001 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099.

² Beim EuGH anhängig unter der Rs. C-262/12.

des EuGH-Urteils im Fall PreussenElektra beruht auf Folgendem: Wenn der Gesetzgeber lediglich in der Weise in Rechtsverhältnisse zwischen privaten Akteuren eingreift, dass er eine Zahlungsverpflichtung zwischen diesen Akteuren vorsieht, in den Finanzfluss jedoch nicht weiter involviert ist, fehlt es an der Begünstigung „aus staatlichen Mitteln“.

In diesem Verfahren liegen seit dem 11. Juni 2013 die Schlussanträge des Generalanwaltes Jääskinen vor, der auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH im Fall PreussenElektra, aber vor allem in dem Folgeurteil **Essent Network Noord**³ zu der Schlussfolgerung gelangt, dass „ein auf einer bei sämtlichen Stromverbrauchern im Inland erhobenen Abgabe beruhender Mechanismus zur Finanzierung der Abnahmeverpflichtung für Strom aus Windkraftanlagen [...] unter den Begriff der staatlichen Maßnahme oder der Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV [fällt].“ Anders als in der laufenden Prüfung des deutschen EEG durch die Kommission ist in dem französischen Verfahren ein zusätzlicher Befreiungsmechanismus für stromintensive Betriebe jedoch nicht Verfahrensgegenstand.

Da die Französische Republik diesen Mechanismus nicht bei der Europäischen Kommission zur Genehmigung angemeldet hatte, stellt sich nunmehr die Frage der möglichen Rückerstattung der Beihilfen.⁴ Zugleich lehnt der Generalanwalt die von Frankreich beantragte Beschränkung der zeitlichen Wirkungen des Urteils zur Vermeidung eines Zustandes der Rechtsunsicherheit ab

³ EuGH, Urt. v. 17. 7. 2006 - C-206/06, Slg. 2008, I-5479.

⁴ Schlussanträge des Generalanwalts v. 11. 7. 2013 – C-262/12, Rdnr. 64.

und verweist zudem darauf, dass eine etwaige „abschließende Entscheidung der Kommission nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das Verbot des Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahmen zur Folge [habe].“⁵ In seiner rechtlichen Analyse stützte sich der Generalanwalt maßgeblich auf die öffentlich rechtliche Verfassung des für die Mittelübertragung eingerichteten Fonds⁶, sowie darauf, dass anders als in dem Ausgangsfall der Rechtsache PreussenElektra in dem französischen System „die Belastung zur Finanzierung der Abnahmeverpflichtung für den Strom aus Windkraftanlagen zu einem höheren Preis als dem Marktpreis auf sämtliche Stromverbraucher in Frankreich Anwendung [finde], unabhängig davon, ob sie Grünstrom kaufen oder nicht“.⁷ Ein Verkündungstermin für das Urteil des EuGH in diesem Vorabentscheidungsersuchen ist noch nicht festgelegt, es ist aber durchaus möglich, dass mit dem Urteil noch dieses Jahr zu rechnen ist.

2. Die bisherige Rechtsmeinung der Kommission

Die Europäische Kommission hatte bereits Gelegenheit, sich in dem Beschluss **Ökostromgesetz Österreich**⁸ mit einer vergleichbaren Konstellation zu beschäftigen, nämlich einer gesetzlichen Regelung, der zufolge wie auch in Frankreich eine von der öffentlichen Hand mit einer Konzession betraute „Ökostromabwicklungsstelle“ mit der Verwaltung des vorgesehenen österreichischen Ausgleichssystems betraut war. Über den Sachverhalt, der

⁵ Schlussanträge (o. Fußn. 4), Rdnr. 66.

⁶ Schlussanträge (o. Fußn. 4), Rdnrn. 41 ff.

⁷ Schlussanträge (o. Fußn. 4), Rdnr. 50.

⁸ Kommission, Beschluss v. 8. 3. 2011 – C-24/2009, ABl. Nr. L 235 v. 10. 9. 2011, S. 42.

dem französischen EuGH-Verfahren zugrunde liegt, hinaus hatte Österreich außerdem eine Befreiungsregelung für energieintensive Unternehmen vorgesehen. Nach dieser Regelung können energieintensive Unternehmen beantragen, von der gesetzlich vorgeschriebenen Abnahmeverpflichtung für Ökostrom zu einem Festpreis befreit zu werden. Auf der Grundlage des EuGH-Urteils im Fall Essent Network Noord sowie des älteren Urteils **Steinike & Weinlig**⁹ zu **parafiskalischen Abgaben** kam die Kommission in ihrer Entscheidung vom 8. März 2011 zu der Schlussfolgerung, dass die von der betrauten Gesellschaft kontrollierten Mittel aufgrund der engmaschigen gesetzlichen Vorschriften der öffentlichen Hand zurechenbar seien und damit eine staatliche Beihilfe vorliege. Die von Österreich hilfsweise vorgetragene Genehmigungskriterien lehnt die Europäische Kommission jedoch ab und erklärte das Befreiungssystem insgesamt für mit dem Binnenmarkt unvereinbar.¹⁰ Über die von Österreich am 18. Mai 2011 vor dem EuG eingebrachte Nichtigkeitsklage ist bisher noch nicht entschieden.¹¹

In dem laufenden Prüfverfahren betreffend die Besondere Ausgleichsregelung des EEG wird die Europäische Kommission zu prüfen haben, ob die Vorschriften des EEG und der Ausgleichsmechanismusverordnung den Geldkreislauf im Verhältnis zwischen Endverbrauchern und begünstigten Unternehmen so stark staatlich beeinflussen und steuern, wie dies die Europäische Kommission in dem österreichischen Fall angenommen hat bzw. der Generalanwalt in dem beim EuGH anhängigen französischen

Vorabentscheidungsersuchen. Anders als in dem französischen Fall fehlt es im deutschen System an der Betrauung einer öffentlichen Einrichtung. Die vielfältigen Unterschiede der einzelnen Fallkonstellationen können hier nicht weiter aufgearbeitet werden, jedenfalls bleibt es aber dabei, dass der Finanzkreislauf, der hier den stromintensiven Unternehmen zugute kommt, aus privaten Mitteln gespeist wird.¹² Zu entscheiden ist nunmehr die Frage, ob die Intervention des Staates in diesen Finanzkreislauf so weitgehend ist, dass sie der Erhebung parafiskalischer Abgaben und ihrer Weiterverteilung unter Kontrolle des Staates tatsächlich gleichkommt.

In ihrer kürzlich erlassenen Entscheidung zur Eröffnung des vertieften Prüfungsverfahrens betreffend die Netzentgeltbefreiung stromintensiver Unternehmen nach § 19 **Stromnetzentgeltverordnung** optiert die Kommission ebenfalls für die Annahme einer staatlichen Beihilfe.¹³

Jenseits der gewissen Festlegung, die auf Seiten der Europäischen Kommission bereits erfolgt ist, erschließt sich bei näherem Studium der Rechtsprechung des EuGH sowie der sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen, dass die Europäische Kommission durchaus erhebliche Auslegungsspielräume hätte, um sich die bereits politisch angekündigte Verfahrenseröffnung noch einmal zu überlegen. Es handelt sich angesichts der wirtschaftlich erheblichen Bedeutung des EEG-Umlageverfahrens um einen starken Eingriff in den Energiemarkt Deutschlands, der all die Rechtsunsicherheiten auslösen könnte, die Generalanwalt Jääskinen in

⁹ EuGH, Urt. v. 22. 3. 1977 – C-78/76, Slg. 1979, 595.

¹⁰ Beschluss (o. Fußn. 8).

¹¹ Beim EuG anhängig unter der Rs. T-251/11.

¹² Vgl. hierzu *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313, 315 ff.

¹³ Kommission, Bekanntmachung v. 6. 3. 2013 - SA.34045, ABl. Nr. C 128 v. 4. 5. 2013, S. 42.

Bezug auf das französische Verfahren bereits aufgezeigt hat.

3. Mögliche Genehmigungskriterien

Die Entscheidung der Kommission im Fall Ökostromgesetz Österreich, die dort festgestellten Beihilfen unter keinem der von dem Mitgliedstaat vorgetragenen Genehmigungskriterien für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, ist der Bedeutung der erneuerbaren Energien und der Notwendigkeit, die **Wettbewerbsfähigkeit** energieintensiver Unternehmen im Export zu erhalten, nicht angemessen. Die bisherigen Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen¹⁴ sind allerdings auf diese Situation nicht ausgerichtet, sondern befassen sich vorwiegend mit der Förderung der Erzeuger erneuerbarer Energien. Lediglich in einem Abschnitt, der sich mit „Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen oder –befreiungen beschäftigt, berücksichtigt die Kommission die Rolle der Energieverbraucher und ihrer Wettbewerbssituation auf dem Weltmarkt.¹⁵

Genehmigungsvoraussetzung nach Rdnr. 158 (Buchst. c) ist aber der Nachweis, dass ohne die Befreiung der Anstieg der Produktionskosten aufgrund der Besteuerungsregelung nicht ohne Absatzeinbußen an die Abnehmer weitergegeben werden kann. Nach einer Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Konsultationspapier der Kommission für die Neufassung der Leitlinien ist dieser Nachweis nur schwer zu führen, was zur Folge hatte, dass auf dieser Grundlage bisher keine staatliche Beihilfe genehmigt werden konnte.¹⁶ Eine gewisse

Neudefinition dieser Art von Beihilfen als „**Competitiveness Aid**“ (der Sache nach Betriebsbeihilfen zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit) ergibt sich allerdings aus dem Konsultationspapier der Kommission zur Reform dieser Leitlinien vom 11. März 2013¹⁷, dort zwar mit dem Ansatz, die Genehmigungskriterien zu vereinfachen, gleichwohl aber weiterhin mit der Aussage, dass derartige Beihilfen den Wettbewerb in erheblichem Maße beeinträchtigen. Einen anderen Weg gegangen ist die Kommission jedoch kürzlich bei der Ausgestaltung ihrer Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den **Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten**, die im Sommer 2012 veröffentlicht wurden.¹⁸ Auch hier stellt sich die Frage der Befreiung bestimmter energieintensiver Produktionsbetriebe von den Lasten des Emissionshandels, die auf dem Weltmarkt mit Unternehmen konkurrieren, die mit geringeren Energiekosten belastet sind. In den Leitlinien definiert die Europäische Kommission in Anhang II diejenigen Industriezweige, die nach ihren Berechnungen ein besonders hohes Abwanderungsrisiko (sog. **carbon leakage**) aufweisen und akzeptiert auf diese Weise eine großzügige Festlegung der

Konsultationspapier zu den Umweltschutz-Leitlinien vom 31. Juli 2012, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/de_ea6_aid_control_2_de.pdf (Datum des letzten Abrufs 1. 10. 2013).

¹⁷ Kommission, Environmental and Energy Aid Guidelines 2014-2010 - Consultation Paper v. 11. 3. 2013, Rdnrn. 65 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/-environmental_aid_issues_paper_en.pdf (Datum des letzten Abrufs 1. 10. 2013).

¹⁸ Kommission, Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach 2012, ABL. Nr. C 158 v 5. 6. 2012, S. 4.

¹⁴ Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABL. Nr. C 82 v. 1. 4. 2008, S.1.

¹⁵ Leitlinien (o. Fußn. 14), Rdnrn. 151 ff.

¹⁶ Mitteilung der Bundesregierung vom 23. 10. 2012 - Az. HT-359, Fragebogen und

Genehmigung von Competitiveness Aid.¹⁹ Dies ist ein Konzept, das sich grundsätzlich auch für die Neufassung der Umwelt- und Energiebeihilfenleitlinien eignen würde, an denen die Kommission derzeit arbeitet. Vielleicht weht der Wind ja in diese Richtung.

4. Ausblick

Auch wenn sich mögliche Genehmigungstatbestände für die Tatbestände der §§ 40 ff. EEG abzeichnen, die relevant würden, wenn die Kommission tatsächlich den Tatbestand einer staatlichen Beihilfe annimmt, ist die Kommission gut beraten, ihre Instrumente mit Zurückhaltung einzusetzen. Die Erzwingung einer Marktintegration mit dem Instrument des individuellen Beihilfeverfahrens gegen einen oder mehrere Mitgliedstaaten bringt immer ein erhebliches **Demokratiedefizit** mit sich. Es sind nicht mehr Rat und Europäisches Parlament und auch nicht die Parlamente der Mitgliedstaaten, die über die Neuordnung eines bestimmten Marktes entscheiden, sondern die Europäische Kommission in einem bilateralen Verfahren mit der Regierung eines Mitgliedstaates. Das mag aus marktintegrationspolitischer Sicht effizient sein, schwächt aber die parlamentarische Demokratie i.S.v. Art. 10 EUV. Rat und Parlament haben sich in einem schwierigen Kompromiss im Jahr 2009 auf die **Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen** geeinigt.²⁰ Der Kompromisscharakter dieser Richtlinie ist schon allein aus den insgesamt 97 Begründungserwägungen ersichtlich, die dem operativen Teil der Richtlinie vorangestellt sind und die jede denkbare nationale Besonderheit

berücksichtigen. Überdies beruht die Richtlinie stark auf der Funktion nationaler Aktionspläne für erneuerbare Energie (Art. 4 der Richtlinie) und der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit (Art. 7 ff. der Richtlinie). Auf dieser Linie bewegt sich auch die Mitteilung der Kommission vom 6. Juni 2012²¹ sowie der Fortschrittsbericht „Erneuerbare Energien“ vom 27. März 2013.²² Die Kommission mag den Eindruck gewonnen haben, dass die starke Förderung erneuerbarer Energien durch das EEG auch zu **Marktverwerfungen** geführt hat²³ - das haben aber auch die Bundesregierung sowie die deutsche Unternehmerschaft erkannt. Dies sollte die Europäische Kommission bei ihrer Entscheidungspraxis berücksichtigen.

Frankfurter Institut für das Recht der Europäischen Union

fireu@euv-frankfurt-o.de

<http://www.fireu.de>

¹⁹ Vgl. hierzu *Fuchs/Mauelshagen*, EuZW 2013, S. 694 ff.

²⁰ Richtlinie 2009/28/EG des Europ. Parlaments und des Rates v. 23. 4. 2009, ABl. Nr. L 140 v. 5. 6. 2009, S. 16.

²¹ Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 6. 6. 2012, abrufbar unter http://ec.europa.eu/energy/renewables/doc/communication/2012/comm_de.pdf (Datum des letzten Abrufs 1. 10. 2013).

²² Kommission, Bericht an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 27. 3. 2013, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0175:FIN:DE:PDF> (Datum des letzten Abrufs 1. 10. 2013).

²³ Siehe hierzu den Artikel im *The Economist* v. 7. 9. 2013, *Charlemagne / When the wind blows*, S. 26.