

# **Zu viel Angst vor dem Europarecht?! – Die „Energiewende“ zwischen nationaler Politikhoheit und europäischem Binnenmarkt**

Carola Glinski\*

Inhalt	
A. Einleitung	235
B. Der Ausgangspunkt: „PreussenElektra“	236
I. Zum Beihilferecht	236
II. Zur Warenverkehrsfreiheit	237
III. Die weitere Entwicklung	238
C. Der deutsche Ansatz: „Ausweichstrategie“	239
I. EEG und Ausgleichsmechanismusverordnung	239
II. Wirtschaftliche Auswirkungen	241
D. Der bisherige Europäische Ansatz: Politische Koordination und Mitgliedsstaatliche Handlungsspielräume	243
I. EU-Beihilferecht	243
1. Unterstützung für Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energiequellen	244
2. Privilegien für energieintensive Unternehmen	245
II. Warenverkehrsfreiheit	246
E. Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Ansatz: Marktliberalismus statt Politischer Steuerung?	250
I. Warenverkehrsfreiheit	250
II. Beihilferecht	252
III. Zusammenschau	254
F. Fazit und Ausblick	254

## **A. Einleitung**

Die „Energiewende“ ist in aller Munde. Fast täglich werden die hohen Kosten in den Medien thematisiert, die sie für Verbraucher mit sich bringt. Heftig diskutiert werden in diesem Zusammenhang sowohl die Förderhöhe für die Erzeugung erneuerbarer Energien als auch

\* Dr. Carola Glinski ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen.

die extensiven Ausnahmen für stromintensive Unternehmen, die den Strompreis für „nicht-privilegierte“ Verbraucher stetig ansteigen lassen. Als Folge sind die verschiedensten Modelle für die zukünftige Förderung erneuerbarer Energien im Gespräch. Gleichzeitig ist die alte Debatte um die Vereinbarkeit des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) mit dem EU-Recht neu entbrannt, angeheizt insbesondere durch die Einleitung eines beihilferechtlichen Prüfverfahrens durch die Europäische Kommission, die Vorlage eines neuen Entwurfs für Leitlinien für Umwelt- und Energiebeihilfen, aber auch durch neue Verfahren vor dem EuGH zur Vereinbarkeit nationaler Fördermodelle mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV. Die deutsche Debatte ist dabei weitgehend in einer Verteidigungshaltung gegenüber diesen „Angriffen“ gefangen und befasst sich primär mit der Anwendbarkeit des EU-Rechts auf das EEG.<sup>1</sup>

Der vorliegende Beitrag wählt einen anderen Ansatz. Er erläutert zunächst, wie gerade auch der Versuch, dem EU-Recht auszuweichen, nicht nur zu den hohen Kosten der Energiewende, sondern auch zu einem Verlust an politischen und rechtlichen Steuerungsmöglichkeiten beigetragen hat, und zeigt dann, dass auch unter Anwendung des (bestehenden) EU-Beihilfenrechts und des Rechts der Warenverkehrsfreiheit eine vernünftige Förderung erneuerbarer Energien möglich ist bzw. dass diese sogar zur Rationalisierung des Systems führen kann. Dabei legt er seinen Schwerpunkt auf die Frage nach einem politisch gesteuerten Ausgleich zwischen legitimen politischen und gesellschaftlichen Präferenzen der Mitgliedstaaten einerseits und dem Interesse an der Förderung des Binnenmarkts andererseits. Der Beitrag macht aber auch deutlich, dass gerade die jüngsten Entwicklungen auf europäischer Ebene hin zu einer verstärkten Nutzung von Marktmechanismen einen solchen politischen Interessenausgleich massiv in Frage stellen und dadurch die Energiewende bedrohen.

## B. Der Ausgangspunkt: „PreussenElektra“

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist und bleibt das Urteil des EuGH in der Rechtssache *PreussenElektra* aus dem Jahre 2001.<sup>2</sup> Diese Entscheidung, die sich sowohl mit dem EU-Beihilferecht als auch mit der Warenverkehrsfreiheit befasste, war sowohl für die deutsche als auch die europäische Rechtsentwicklung grundlegend.

### I. Zum Beihilferecht

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. In *PreussenElektra* war strittig, ob es sich bei den Regelungen des damaligen Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG), dem Vorgänger des EEG, um eine Beihilfe handelte. Der EuGH

1 Vgl. infra, unter C.I.

2 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

konzentrierte sich dabei auf die Frage, ob die Geldströme unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wurden, und beantwortete diese Frage formal:

„Im vorliegenden Fall führt die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen.“

Folglich kann auch die Aufteilung der sich für die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus der Abnahmepflicht ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel darstellen.

Der Umstand, dass die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen unbestreitbare Vorteile gewährt, kann damit der Regelung nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag verleihen.“<sup>3</sup>

## II. Zur Warenverkehrsfreiheit

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist Strom eine Ware, auf die die Vorschriften zur Warenverkehrsfreiheit Anwendung finden.<sup>4</sup> Die Pflicht der Elektrizitätsunternehmen, Strom aus nationalen erneuerbaren Energiequellen zu beziehen, stellt einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit dar.<sup>5</sup> Allerdings hatte der EuGH keinen Zweifel daran, dass die Förderung erneuerbarer Energien dem Umweltschutz dient. Auch wenn das StrEG nur die Produktion erneuerbarer Energien durch deutsche Produzenten förderte, verwies der EuGH doch auf seinen Beitrag zur „Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen [...], die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben.“ Weiter führte der EuGH die internationalen Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten, die umweltrechtliche Querschnittsklausel des Art. 130r Abs. 2 EGV (jetzt Art. 11 AEUV) sowie den 28. Erwägungsgrund der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 96/92/EG<sup>6</sup> an, wonach der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien aus Gründen des Umweltschutzes Vorrang eingeräumt werden kann.<sup>7</sup>

Hervorzuheben ist, dass der EuGH den rein nationalen Anwendungsbereich des StrEG akzeptierte, und dies trotz der Formel in *Cassis de Dijon*,<sup>8</sup> die allgemein als Verbot (unmittelbar) diskriminierender Maßnahmen verstanden wird.<sup>9</sup> Der Gerichtshof erwähnte die Begriffe „Diskriminierung“ und „Rechtfertigung“ nicht, sondern verwies neben dem hohen Wert des Umweltschutzes auf den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen und damit auf Art. 30 EGV (jetzt Art. 36 AEUV) sowie auf die Besonderheiten des Strommarktes, nämlich dass die Richtlinie 96/92/EG lediglich eine wei-

3 Ibid., Rdnr. 59-61.

4 So bereits EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 585.

5 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 71.

6 ABl. L 27 v. 30.1.1997, S. 20.

7 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 72 ff.

8 EuGH, Rs. 120/78, *Rewe-Central AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649.

9 Ausführlich dazu Schlussanträge GA Bot zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, *Essent Belgium*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 87 ff.

tere Stufe bei der Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts darstelle und Hemmnisse für den Stromhandel zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen lasse.<sup>10</sup> Nicht einmal ein System von Herkunftszertifikaten für Strom aus erneuerbaren Energiequellen, die einer gegenseitigen Anerkennung zugänglich sind, war zu der Zeit eingeführt. Der EuGH folgerte daraus, dass „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts“ kein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliege.

### III. Die weitere Entwicklung

*PreussenElektra* beließ den Mitgliedstaaten einen weiten Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Fördersysteme. Die Entscheidung lässt sich auch als *judicial self-restraint* zugunsten politischer Prozesse in einem politisch sensiblen Bereich werten.<sup>11</sup> Ihre dogmatische Unklarheit ließ aber auch die kontroversen Diskussionen um die Rechtfertigbarkeit diskriminierender Maßnahmen zum Schutz der Umwelt nicht abklingen.<sup>12</sup>

In der Folgezeit wurden mitgliedstaatliche Verpflichtungen zur Nutzung erneuerbarer Energien festgeschrieben sowie die Zulässigkeit rein nationaler Fördersysteme und die Verfolgung spezifischer politischer Präferenzen in diesen Fördersystemen durch sekundärrechtliche Maßnahmen, namentlich durch die derzeit geltende Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen<sup>13</sup> bestätigt. Allerdings veränderte sich auch der „Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts“ im Sinne einer immer weiter reichenden Integration der Strommärkte durch die Strombinnenmarkt-Richtlinien 2003/54/EG<sup>14</sup> und 2009/72/EG.<sup>15</sup> Auch ein System kompatibler Herkunftszertifikate für Strom aus erneuerbaren Energiequellen wurde mittlerweile eingeführt.

Entsprechend verbleiben die Mitgliedstaaten in einem Spannungsfeld zwischen den europäischen Klimaschutzz Zielen, ihren eigenen internen politischen Präferenzen und verfassungsrechtlichen Erfordernissen sowie den Anforderungen, die sich aus der Schaffung eines auf Wettbewerb ausgerichteten europäischen Elektrizitätsmarkts ergeben. Artikel 194 AEUV spiegelt diese widerstreitenden Zielvorstellungen „Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts“,<sup>16</sup> „Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen“<sup>17</sup> sowie „das Recht eines Mitgliedstaats, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energierrressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen“<sup>18</sup> wider – ohne die inhärenten Widersprüche jedoch aufzulösen.

10 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 78.

11 So *Johnston/Block*, EU Energy Law, 2012, S. 349.

12 Die schon seit dem Wallonien-Urteil des EuGH, Rs. C-2/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-4431 geführt werden.

13 ABI. L 140 v. 5.6.2009, S. 16. In diesem Sinne auch bereits die Vorgänger-Richtlinie 2001/77/EG, ABI. L 283 v. 27.10.2001, S. 33.

14 ABI. L 176 v. 15.7.2003, S. 37.

15 ABI. L 211 v. 14.8.2009, S. 55.

16 Art. 194 Abs. 1 lit. a AEUV.

17 Art. 194 Abs. 1 lit. c AEUV.

18 Art. 194 Abs. 2 AEUV.

Dies hat in Deutschland und Europa zu unterschiedlichen Konfliktlösungsstrategien geführt, die im Folgenden erörtert werden.

### C. Der deutsche Ansatz: „Ausweichstrategie“

#### I. EEG und Ausgleichsmechanismusverordnung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die durch *PreussenElektra* eröffneten Spielräume zu bewahren, und das ausgeklügelte Fördersystem des EEG konsequent darauf ausgerichtet, die eigenen nationalen Förderpräferenzen umzusetzen, ohne dabei das EU-Beihilferecht oder die Warenverkehrsfreiheit zur Anwendung zu bringen.<sup>19</sup>

Die Anwendbarkeit des EU-Beihilferecht wird nach Möglichkeit dadurch vermieden, dass das EEG die Förderung erneuerbarer Energien ohne (direkte) Beteiligung staatlicher Stellen organisiert. Die Übertragungsnetzbetreiber müssen den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien die gesetzlich festgelegten Einspeisetarife bezahlen und den Strom durchleiten, verteilen und auf dem Strommarkt verkaufen. Sie sind auch mit der Errechnung und Verwaltung der EEG-Umlage betraut. Die EEG-Umlage errechnet sich aus der Differenz zwischen den Einspeisetarifen und dem Erlös, den der Strom aus erneuerbaren Energien auf dem freien Markt erzielt. Sie wird einheitlich auf die Kilowattstunde verbrauchten Stroms umgelegt und letztlich vom Endkunden bezahlt.<sup>20</sup> Energieintensive Unternehmen können von der Bezahlung der EEG-Umlage (stufenweise) freigestellt werden. Entsprechend kommt auch deren Privilegierung ohne staatliche Mittel aus.<sup>21</sup>

Um einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zu vermeiden, hat der deutsche Gesetzgeber die Zahlungspflichten zugunsten der Hersteller von Strom aus erneuerbaren Energien vollständig von der Vermarktung des Stroms entkoppelt. Der „grüne“ Strom wird von den Übertragungsnetzbetreibern auf dem freien Strommarkt als sogenannter „grauer“ Strom verkauft.<sup>22</sup> Energieversorgungsunternehmen müssen keinen geförderten „grünen“ Strom mehr kaufen, sondern können sich auf dem freien Markt mit dem nötigen Strom eindecken. Damit bringt das System des EEG auf der Ebene der Vermarktung keinen unmittelbaren Wettbewerbsvorteil für geförderten „grünen“ Strom mit sich, weder im Verhältnis zu ausländischem „grünem“ noch zu „grauem“ Strom.<sup>23</sup> Bislang ist die Strategie aufgegangen: Die Kommission hat jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit noch kein Verfahren gegen Deutschland eingeleitet.

Allerdings steht derzeit mit dem schwedischen System ein Fördermodell zur Verhandlung beim EuGH, das – ähnlich dem deutschen – die finanzielle Förderung der Grün-

19 Vgl. nur die Begründung zum Entwurf der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV), BT-Drs. 16/13188, S. 13.

20 Vgl. §§ 8, 16 ff., 34 ff., 37 EEG; §§ 3 ff. AusglMechV.

21 Vgl. §§ 40 ff. EEG.

22 Vgl. § 2 AusglMechV.

23 Vgl. *Oschmann*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierecht*, 2012, Erneuerbare Energien, EEG, Einführung, Rdnr. 87. Siehe auch *Schlacke/Kröger*, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG, NVwZ 2013, S. 318.

stromerzeuger von der Vermarktung des grünen Stroms entkoppelt.<sup>24</sup> Sollte sich hier die Ansicht von Generalanwalt *Bot* durchsetzen, dass nicht nur (potentielle) Vermarktungshindernisse eingeführter Produkte, sondern umgekehrt auch jeder Vorteil, der nationalen Erzeugern – auch unabhängig von der Vermarktung – gewährt wird, warenverkehrsrelevant sei,<sup>25</sup> würde dies den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit auf den Kernbereich des Beihilferegimes erstrecken und dort entsprechend andere Maßstäbe zur Geltung bringen.<sup>26</sup>

Zudem erhöhen Kommission und EuGH neuerdings den beihilferechtlichen Druck auf die Fördersysteme der Mitgliedstaaten. Auch wenn der EuGH die grundsätzliche Weitergeltung von *PreussenElektra* zuletzt erst im Dezember 2013 in der Rechtssache *Vent de Colère*<sup>27</sup> bestätigt hat, ist doch festzustellen, dass sich die Prüfung, ob wirklich kein staatlicher Beitrag vorliegt, verschärft hat. Der EuGH<sup>28</sup> und die Kommission<sup>29</sup> beurteilten in den vergangenen Jahren mehrere nationale Fördersysteme, die ebenfalls auf privaten Zahlungspflichten beruhten, als Beihilfe, vor allem, weil eine staatlich benannte Stelle die Zahlungen einsammelte und weiterverteilt. Der deutsche Gesetzgeber und die deutsche Lehre gehen allerdings weiterhin davon aus, dass das deutsche System keine Beihilfe darstellt, da es nach wie vor auf einem rein privaten Zahlungskreislauf beruhe.<sup>30</sup> Ob diese letztlich formale beihilferechtliche Differenzierung zwischen parafiskalischen Abgaben und auf Preisregeln beruhenden privaten Zahlungspflichten sachgerecht ist, sei an dieser Stelle dahingestellt.<sup>31</sup>

Die Europäische Kommission ist jedenfalls neuerdings anderer Meinung und hat im Dezember 2013 wegen der weitreichenden Ausnahmen für die energieintensive Industrie ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland eingeleitet.<sup>32</sup> Diese Ausnahmen können nur angegriffen werden, wenn der Fördermechanismus als solcher als Beihilfe qualifiziert wird. Die Kommission betrachtet somit nun die EEG-Umlage als „staatliche Mittel“ und auch

24 EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, ABl. C 38 v. 9.2.2013, S. 16. Schwedische Stromversorger müssen zwar einen bestimmten Anteil Grünstromzertifikate von schwedischen Erzeugern erwerben, können ihren Strom jedoch unabhängig hiervon frei auf dem Markt beziehen.

25 Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtL. Slg., Nr. 75 ff.

26 Vgl. zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf die verschiedenen Systeme und ihr Verhältnis zum Beihilferecht auch *Ekardt/Schmeichel*, Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht, Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, ZEuS 2009, S. 183 ff.

27 EuGH, Rs. C-262/12, *Vent de Colère*, noch nicht in der amtL. Slg., Rdnr. 34.

28 EuGH, Rs. C-206/06, *Essent Netwerk Noord u.a.*, Slg. 2008, I-5497; EuGH, Rs. C-262/12, *Vent de Colère*, noch nicht in der amtL. Slg.

29 Entscheidung der Kommission C 24/2009, K(2011) 1363 endg. v. 8.3.2011 (Österreich).

30 So z.B. *Schlacke/Kröger*, (Fn. 23), S. 315 ff. Vgl. auch *Rusche*, Die beihilferechtliche Bewertung von Förderregelungen aus erneuerbaren Energiequellen: Ein Überblick über die Entscheidungspraxis der europäischen Kommission, ZNER 2007, S. 154 f.

31 Zumal auch deren Basis in Deutschland längst angezweifelt wird. So ist eine verfassungsrechtliche Diskussion darüber entbrannt, ob die EEG-Umlage nicht auch als (verfassungswidrige) parafiskalische Abgabe anzusehen sei, siehe insbesondere *Manssen*, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, DÖV 2012, S. 499 ff. Vgl. auch *Britz/Müller*, Die Kostenabwälzung auf Letztverbraucher im Rahmen der ‚subventionierenden Preisregelungen‘ nach KWKG und EEG, RdE 2003, S. 163 ff.

32 Staatliche Beihilfe SA.33995, ABl. C 37 v. 7.2.2014, S. 73, 92 ff.

die Übertragungsnetzbetreiber als Stellen, die vom Staat mit der Verwaltung der EEG-Umlage betraut wurden.<sup>33</sup> Für die energieintensiven Unternehmen wäre dies fatal, denn da die EEG-Umlage nicht vorab genehmigt wurde, würde sie in jedem Fall eine rechtswidrige Beihilfe darstellen, ungeachtet ihrer Genehmigungsfähigkeit.<sup>34</sup> Erste Reaktionen sprechen bereits wiederum von der Gefahr einer Uferlosigkeit des Beihilfebegriffs und der entsprechenden Kontrollbefugnisse der Kommission, die so ursprünglich sicher nicht intendiert waren.<sup>35</sup>

## II. Wirtschaftliche Auswirkungen

Die künstliche Trennung des Fördersystems des EEG von staatlicher Förderung einerseits und vom realen Verkauf des Stroms aus erneuerbaren Energiequellen andererseits hat zu kaum noch zu kontrollierenden wirtschaftlichen Konsequenzen auf nationaler Ebene geführt, namentlich zu den immer weiter steigenden Kosten für diejenigen Endverbraucher, die für die EEG-Umlage aufkommen müssen.<sup>36</sup>

Insbesondere die aus Sorge um die Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Industrie eingeführten Befreiungen für energieintensive Unternehmen, die von den übrigen Verbrauchern ausgeglichen werden müssen, haben zu internen Konflikten über die Höhe der Umlage und die Allokation von Zahlungspflichten und in der Folge nicht zuletzt zu verfassungsrechtlichen Problemen unter dem Gesichtspunkt einer möglicherweise verfassungswidrigen parafiskalischen Abgabe und im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG geführt.

Gerügt werden insbesondere die hohe Aufkommens- und Verteilungswirkung des Finanzierungsmechanismus ohne parlamentarische Steuerungsmöglichkeit, das Fehlen einer besonderen Finanzierungsverantwortung der nichtprivilegierten Endverbraucher für die Entlastung stromintensiver Unternehmen im Verhältnis zum eigenen Stromverbrauch sowie eine stetig wachsende Ungleichbehandlung insbesondere zulasten energieeffizienter Unternehmen.<sup>37</sup> Gerade diese enorme Lastenungleichverteilung ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass die Privilegierungen innerhalb eines privaten Finanzierungsmechanismus unmittelbar über die Stromkosten der nichtprivilegierten Verbraucher finanziert

33 Ibid., Rdnr. 96 ff. Anders noch die Entscheidung der Kommission C 24/2009, K(2011) 1363 endg. v. 8.3.2011 (Österreich), Rdnr. 68.

34 Ibid., Rdnr. 150.

35 So *Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts im Jahr 2013, EuZW 2014, S. 92.

36 Die EEG-Umlage ist von 3,59 ct/kWh in 2012 auf 5,3 ct/kWh in 2013 und 6,24 ct/kWh in 2014 gestiegen, mit weiter steigender Tendenz. Schon in 2012 machte die EEG-Umlage ca. 15 % des Strompreises aus, wohingegen 50 % des industriellen Stromverbrauchs zumindest teilweise von der EEG-Umlage befreit waren. Dies entsprach Befreiungen für ca. 18 % des gesamten Energieverbrauchs.

37 Vgl. dazu *Manssen*, (Fn. 31), S. 499 ff.; *Britz/Müller*, (Fn. 31), S. 163 ff.; *Fricke*, Die Privilegierung der stromintensiv arbeitenden Industrie im Rahmen des EEG-Belastungsausgleichs – eine verfassungs- und europarechtliche Bewertung, RdE 2010, S. 83 ff. Bisher haben Instanzgerichte die EEG-Umlage für verfassungskonform erachtet, vgl. OLG Hamm, ZUR 2013, 502, mit Anm. *Kröger*, ZUR 2013, 480 ff.; LG Stuttgart, ZNER 2013, 417. Vgl. auch *Halser*, Klage gegen die EEG-Umlage, Drechsels Zorn, taz v. 17.1.2013; *Kwasniewski*, Kosten der Energiewende: Firmen tricksen bei Ökostrom-Abgabe, Spiegel Online v. 11.10.2012.

werden müssen und nicht über den allgemeinen Staatshaushalt ausgeglichen werden können.

Auch externe Markteffekte berücksichtigt das deutsche System nicht notwendigerweise. Im Grunde würde eine Beihilferechtliche Betrachtungsweise, die auf den (gerade noch) privaten Charakter des Finanzierungssystems abstellt, eine ungehinderte Verfälschung des Wettbewerbs ermöglichen, solange das System nur „richtig“, d.h. am EU-Beihilferecht vorbei, konstruiert ist.<sup>38</sup> Wettbewerbsrechtler haben daher gefordert, jede Art von staatlicher Intervention in den Wettbewerb durch Verteilungsmaßnahmen, die wie die EEG-Umlage eine gleichartige Wirkung haben, in die EU-rechtliche Betrachtung einzubeziehen.<sup>39</sup>

Durch die Vermeidung der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit werden zwar potentieller Nachteile ausländischer Erzeuger „grüner“ oder auch „grauer“ Elektrizität weitestgehend vermieden. Dies wird jedoch wiederum um den Preis einer weiter reduzierten Steuerbarkeit des Systems erreicht. Da die Kosten für Strom aus erneuerbaren Energiequellen anhand der Differenz zum Marktpreis für „grau“ Energie an der Energiebörsen berechnet werden, ist das Fördersystem von der Entwicklung auf dem (insoweit integrierten) europäischen Markt für „grau“ Energie abhängig, auf die kaum politischer oder regulatorischer Einfluss genommen werden kann. Insbesondere die Kosten der Erzeugung der erneuerbaren Energien schlagen in keiner Weise auf den Börsenpreis nieder.<sup>40</sup>

Damit gerät trotz der an sich großen Unterstützung der Energiewende in der deutschen Bevölkerung<sup>41</sup> das politische Projekt als solches in Gefahr. Systemimmanente Korrekturen sind im Prinzip nur über die Höhe der Einspeisetarife möglich; hier werden von der Bundesregierung massive Kürzungen angedacht, die wiederum zu drastisch sinkenden Investitionen in erneuerbare Energien führen würden oder bereits geführt haben.<sup>42</sup>

Letztlich erhalten nationale Systeme, die wie das deutsche den Vorgaben des EU-Rechts ausweichen, im Rahmen zunehmender Marktintegration ihre nationale politische Steuerungsfähigkeit nur scheinbar. Ein Ansatz, der sich mit den Markteffekten und dem unionsrechtlichen Rahmen ernsthaft auseinandersetzt, könnte insoweit hilfreicher sein. Dies

38 Für ein Schlaglicht auf die entsprechende Kritik an der europäisch nicht abgestimmten Energiewende im europäischen Ausland, die letztlich auch die Kommission auf den Plan gerufen hat, vgl. z.B. Heinrich Böll Stiftung v. 20.12.2013, „Brüssel“ gegen die deutsche Energiewende?, [www.boell.de/de/2013/12/20/brussel-gegen-die-deutsche-energiewende](http://www.boell.de/de/2013/12/20/brussel-gegen-die-deutsche-energiewende) (17.3.2014).

39 Vgl. nur Frenz, Energiewende und Beihilferverbot, ZNER 2012, S. 417.

40 Umgekehrt führen die niedrigen Grenzkosten bei der Erzeugung erneuerbarer Energien zu einem Absinken der Börsenpreise, sog. „merit-order-effect“. Gefordert wird in diesem Zusammenhang eine Pflicht für die Stromversorger, die billigen Börsenpreise auch an die Endkunden weiter zu geben, vgl. z.B. <http://umweltinstitut.org/energie-klima/allgemeines-energie-klima/eeg-umlage-2014-1135.html> (17.3.2014). Auch durch die aufgrund der erneuerbaren Energien steigende Strommenge am Markt sinken die Preise weiter. So sei das Preisniveau seit 2011 um ein Viertel gesunken, vgl. Frankfurter Rundschau v. 27.2.2014, [www.fr-online.de/energie/eeg-gutachten-kommentar-blinde-eeg-gutachter\\_1473634,26406128.html](http://www.fr-online.de/energie/eeg-gutachten-kommentar-blinde-eeg-gutachter_1473634,26406128.html) (17.3.2014).

41 Vgl. TNS Infratest, Energiekompass 2013, [www.innovationsforum-energiewende.de/schwerpunkte/deutscher-energie-kompass-2013](http://www.innovationsforum-energiewende.de/schwerpunkte/deutscher-energie-kompass-2013) (17.3.2014).

42 Vgl. Spiegel Online v. 18.1.2014, Energiewende: Gabriel will Ökostromförderung radikal kappen. Vgl. auch Tagesspiegel v. 21.11.2013, [www.tagesspiegel.de/wirtschaft/energiewende-erneuerbare-haben-existenzangst/9112088.html](http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/energiewende-erneuerbare-haben-existenzangst/9112088.html) (17.3.2014).

setzt freilich voraus, dass das EU-Beihilferecht wie auch die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit in einer Weise angewendet werden können, die eine politische Steuerung ermöglicht, welche den nationalen politischen und gesellschaftlichen Präferenzen hinreichend Raum lässt, ohne dass der Markoliberalismus solche Präferenzen verdrängen würde. Dies soll im Folgenden erörtert werden.

#### **D. Der bisherige Europäische Ansatz: Politische Koordination und Mitgliedsstaatliche Handlungsspielräume**

Im Folgenden sollen die relevanten Vorschriften, die die Abwägung von Binnenmarktinteressen mit anderen Interessen erlauben, herangezogen werden, um den Interessenausgleich mit nationalen politischen und gesellschaftlichen Präferenzen im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien herzustellen. Namentlich handelt es sich um Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV für das Beihilferecht und Art. 36 AEUV mit der „Cassis de Dijon“-Formel für das Recht der Warenverkehrsfreiheit.

Bei der Anwendung dieser Vorschriften sind insbesondere die Konkretisierungsakte durch die Kommission, die Rechtsprechung des EuGH und das Sekundärrecht, allen voran die Richtlinie 2009/28/EG als politische Verständigung der Mitgliedstaaten über diesen Bereich, von Bedeutung. Die Richtlinie 2009/28/EG legt verbindliche nationale Mindestquoten für den Anteil erneuerbarer Energien am Energiemix fest (Art. 3 in Verbindung mit Anhang I), akzeptiert dabei aber unterschiedliche nationale Fördersysteme (insbesondere Einspeise- und Quotensysteme, Art. 2 lit. k) und belässt den Mitgliedstaaten die Entscheidungsfreiheit darüber, ob ausländische erneuerbare Energien in ihre Fördersysteme einbezogen werden sollen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 und Erwägungsgrund 25), wobei diese nicht auf die Quote angerechnet werden können (Art. 15 Abs. 2 UAbs. 4), bietet dabei aber gleichzeitig Möglichkeiten zur Kooperation (Art. 6 bis 11). Daneben erlaubt sie die Verfolgung nationaler Strukturpolitiken wie eine Bevorzugung dezentralisierter Energieversorgung (Erwägungsgründe 3 und 4).<sup>43</sup>

#### **I. EU-Beihilferecht**

Das Beihilferecht zielt primär darauf ab, Verfälschungen des Wettbewerbs zwischen Mitgliedstaaten und die damit einhergehende Fehlallokation von Ressourcen zu verhindern. Es ermöglicht aber auch den Ausgleich zwischen diesem Binnenmarktinteresse und anderen von der EU verfolgten Zielen, die mit nationalen Beihilfen gefördert werden. Ein solches Ziel ist gerade die Förderung erneuerbarer Energien, und dies nicht nur zum Ausgleich noch fehlender Wettbewerbsfähigkeit bestehender Anlagen, sondern zur Förderung eines stetigen Ausbaus des Anteils erneuerbarer Energien im Energiemix.<sup>44</sup> Begrenzt wird dies

43 Zu einer Analyse des Regelungsgehalts der Richtlinie, vgl. jüngst Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtл. Slg., Nr. 39 ff.

44 Vgl. Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Anhang IA der Richtlinie 2009/28/EG, die nationale Mindestquoten und eine EU-weite Mindestquote von 20 % für 2020 vorsieht; vgl. auch den Energiefahrplan 2050, KOM (2011) 885 endg., S. 6 f., der einen Anteil von 96 bis 99 % erneuerbare Energien am Energiemix bis 2050 anpeilt.

vor allem durch das Verbot der Überkompensation und von Mitnahmeeffekten sowie von unverhältnismäßigen Marktstörungen.<sup>45</sup> Kriterien für den Interessenausgleich legt Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV fest. Vorliegend ist Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV maßgeblich:

„[A]ls mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden] Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.“

Die Vorgaben des Art. 107 AEUV werden von der Kommission konkretisiert, der der EuGH insoweit erheblichen Spielraum zubilligt. Für die Förderung erneuerbarer Energien interessieren im Wesentlichen die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 800/2008<sup>46</sup> und die Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen von 2008<sup>47</sup> (Umweltbeihilfeleitlinien). Insbesondere die Umweltbeihilfeleitlinien sind auf Fördersysteme im Sinne von Produktionsbeihilfen anwendbar, während die allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung auf Investitionsbeihilfen beschränkt ist.

## **1. Unterstützung für Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energiequellen**

Hinsichtlich Umweltbeihilfen legen die Leitlinien der Kommission eine Reihe von Kriterien fest. Unter anderen müssen die staatlichen Beihilfemaßnahmen zu einer Umweltentlastung führen, die ohne die Beihilfe nicht eintreten würde, und die positiven Auswirkungen der Beihilfe müssen die negativen Folgen, d.h. die dadurch erzeugten Wettbewerbsverzerrungen überwiegen.<sup>48</sup> Ein Leitgedanke besteht darin, Innovation zu ermöglichen und Marktversagen zu korrigieren, das aus der unzureichenden Internalisierung von Umweltverschmutzungskosten herröhrt. Daher sind Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien ihrer Höhe nach auf die Differenz zwischen den Produktionskosten und dem Marktpreis beschränkt. Inwieweit eine finanzielle Gleichstellung der Produktion von Strom aus erneuerbaren Energiequellen mit der Produktion von „Graustrom“ den Förderzielen genügt, ist primär eine Tatsachenfrage.

Die Umweltbeihilfeleitlinien bezeichnen sich selbst als „eines der Instrumente zur Umsetzung des Aktionsplans und der ökologischen Aspekte der vom Europäischen Rat beschlossenen klima- und energiepolitischen Ziele“.<sup>49</sup> Entsprechend müssten auch die Wertungen der im Folgenden verabschiedeten Richtlinie 2009/28/EG bei der Anwendung der Leitlinien Beachtung finden, und die Erreichung der dort festgelegten Ziele und (Mindest-!)Marktanteile erneuerbarer Energien dürfen nicht durch das EU-Beihilferecht behindert werden. Lediglich eine Überkompensation der Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien muss ausgeschlossen sein. Die Feinabstimmung zwischen der Erreichung

45 Vgl. Lutz/Schütt/Behlau, Klimaschutz durch nationale Energiebeihilfen, Möglichkeiten und Grenzen nationaler Maßnahmen zur Förderung Erneuerbarer Energien und Energieeffizienz unter dem europäischen Beihilferegime, ZUR 2011, S. 179 m.w.N.

46 ABl. L 214 v. 9.8.2008, S. 3.

47 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. C 82 v. 1.4.2008, S. 1.

48 Ibid., Nr. 1.1.

49 Ibid., Nr. 1.1., Rdnr. 4.

der Förderziele im Hinblick auf einen stetigen Anstieg des Marktanteils erneuerbarer Energien und der Unverhältnismäßigkeit der Marktstörung ist im Einzelfall vorzunehmen.

Bislang wurden alle der Kommission notifizierten nationale Fördersysteme genehmigt.<sup>50</sup> Auch im aktuellen Prüfverfahren gegen Deutschland hat die Kommission deutlich gemacht, dass sie gegen die Einspeisetarife als solche keine Einwände habe, sondern diese die Voraussetzungen der Umweltbeihilfeleitlinie erfüllten.<sup>51</sup>

## 2. Privilegien für energieintensive Unternehmen

Fördersysteme, die auf privaten Zahlungspflichten beruhen, sehen regelmäßig Entlastungen für Verbraucher mit hohem Energiebedarf vor, um deren Wettbewerbsfähigkeit zu bewahren. Wenn ein Fördersystem als Beihilfe qualifiziert wird, ist auch diese Entlastung regelmäßig als Beihilfe zu qualifizieren, da sie einen finanziellen Vorteil gegenüber den Verbrauchern darstellt, die diesen allgemeinen Zahlungspflichten in vollem Umfang unterliegen.<sup>52</sup> Diese Privilegien sind es, auf die sich das aktuelle Beihilfeverfahren gegen Deutschland konzentriert. Die der deutschen Regelung sehr ähnliche österreichische Regelung wurde bereits als nicht genehmigungsfähig zurückgewiesen.<sup>53</sup>

Die Leitlinien sehen auch die Zulässigkeit solcher Ausnahmen ausdrücklich vor,<sup>54</sup> sofern das Gesamtsystem noch immer dem Umweltschutz dient. Allerdings müssen die Privilegien notwendig und verhältnismäßig sein und müssen mit dem Umweltverhalten des Unternehmens im Zusammenhang stehen. Im Falle der Befreiung von Umweltsteuern müssen dem Unternehmen zumindest die europarechtlich vorgegebenen Mindeststeuerbeträge auferlegt werden.<sup>55</sup> Vergleichbare Kriterien wurden in der Vergangenheit auf parafiskalische Abgaben angewendet.<sup>56</sup>

Im Falle Österreichs sah die Kommission diese Voraussetzungen aus mehreren Gründen als nicht gegeben an. Zunächst habe Österreich nicht nachgewiesen, dass die Befreiungen ihrem Umfang nach „notwendig“ waren.<sup>57</sup> Vor allem aber enthielt das Fördersystem keine Anreize für Energiesparmaßnahmen, sondern bewirkte eher das Gegenteil.<sup>58</sup> Dasselbe gilt für das deutsche System, wo die Befreiungen erst bei einem relativen Mindestanteil der Stromkosten an der Bruttowertschöpfung einsetzen und im Verhältnis zum absoluten

50 Vgl. etwa die Entscheidungen C (2006)2955 endg. (Österreich) und C (2007)1181 (Slowenien).

51 Staatliche Beihilfe SA.33995, ABl. C 37 v. 7.2.2014, S. 74.

52 Vgl. die Entscheidung der Kommission C 24/2009, K(2011) 1363 endg. (Österreich), Rdnr. 56 ff.; vgl. auch *Schlacke/Kröger*, (Fn. 23), S. 315.

53 Vgl. die Entscheidung der Kommission C 24/2009, K(2011) 1363 endg. (Österreich). Österreich geht gerichtlich gegen die Entscheidung vor, vgl. EuG, Rs. T-251/11, *Österreich/Kommission*, ABl. C 232 v. 6.8.2011, S. 30.

54 Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. C 82 v. 1.4.2008, S. 1, Nr. 1.3.2., Rdnr. 22.

55 Ibid., Nr. 1.5.12.

56 Entscheidung der Kommission C 24/2009, K(2011) 1363 endg. (Österreich), Rdnrn. 139 ff., 149 ff. Die Kommission stützte ihre Auffassung direkt auf Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.

57 Ibid., Rdnr. 129 f. Auch Deutschland hat dies bislang nicht hinreichend nachgewiesen, vgl. Staatliche Beihilfe SA.33995, ABl. C 37 v. 7.2.2014, S. 109 f., Rdnr. 234 ff.

58 Ibid., Rdnr. 124.

Stromverbrauch ansteigen,<sup>59</sup> was dazu anregt, den Stromverbrauch über die jeweiligen Schwellenwerte zu steigern.<sup>60</sup> Österreich hat die Befreiungen im Ökostromgesetz 2012 abgeschafft. Das Förderregime wurde daraufhin von der Kommission gebilligt.<sup>61</sup>

Alles in allem sehen die Umweltbeihilfeleitlinien von 2008 damit ein Regime vor, das den Mitgliedstaaten durchaus politischen Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer Fördersysteme belässt und gleichzeitig ökologisch unsinnigen Regelungen einen Riegel vorschiebt. Auch Deutschland müsste im Ergebnis die – auch intern angezweifelte – Notwendigkeit der gewährten Befreiungen zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der privilegierten Unternehmen nachweisen,<sup>62</sup> vor allem aber Elemente der kontinuierlichen Verbesserung des Umweltverhaltens der befreiten Unternehmen implementieren.<sup>63</sup> Der mangelnde Anreiz zur Energieeffizienz bzw. die teilweise signifikanten finanziellen Nachteile zulasten energieeffizienter Unternehmen sind im Übrigen auch in der deutschen Diskussion der am heftigsten kritisierte Punkt des aktuellen EEG.<sup>64</sup>

Den Vorgaben des Beihilfenrechts entsprechende Korrekturen bei den Privilegien für energieintensive Unternehmen würden damit gleichzeitig den Hauptkritikpunkten in der deutschen Debatte Rechnung tragen und verfassungsrechtliche Probleme entschärfen. Auch wären die angesprochenen verfassungsrechtlichen Probleme im Rahmen eines so verstandenen Beihilferechts lösbar.

## II. Warenverkehrsfreiheit

*PreussenElektra* zufolge fallen Abnahmeverpflichtungen (der Elektrizitätsversorger) für Strom aus erneuerbaren Energiequellen unter Art. 34 AEUV. Jedoch können auch andere Vorzugsbehandlungen nationaler Erzeugung erneuerbarer Energien in Einspeise- wie auch in Quotensystemen den freien Warenverkehr behindern.<sup>65</sup> Selbst Systeme, die die Förderung von der Vermarktung entkoppelt haben, müssen sich mittlerweile unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen.<sup>66</sup>

An dieser Stelle tritt zunächst das Problem auf, dass diskriminierende Umweltschutzmaßnahmen nach der „Cassis de Dijon“-Formel unzulässig zu sein scheinen.

59 Vgl. § 41 EEG: mindestens 14 % der Stromkosten an der Bruttowertschöpfung; bei bis zu 1 GWh/a Stromverbrauch müssen 100 % der EEG-Umlage gezahlt werden, über 1 GWh/a sind es 10 %, über 10 GWh/a sind es 1 % und über 100 GWh/a und über 20 % Stromkosten an der Bruttowertschöpfung nur noch 0,05 ct/kWh.

60 Was auch tatsächlich passiert, vgl. z.B. *Kwasniewski*, (Fn. 37).

61 Staatliche Beihilfe SA.33384, Ökostromgesetz 2012, Österreich.

62 Zu Kalkulationsschwierigkeiten vgl. *Gawel/Klassert*, Probleme der besonderen Ausgleichsregelung im EEG, ZUR 2013, S. 467 ff. Kritisiert wird in diesem Zusammenhang auch insbesondere, dass gerade die großen Unternehmen bereits von den drastisch gesunkenen Strompreisen an der Börse profitieren, und daher einer Befreiung (in dieser Höhe) nicht mehr bedürften.

63 Vgl. auch *Schlacke/Kröger*, (Fn. 23), S. 319.

64 Vgl. *Gawel/Klassert*, (Fn. 62), S. 467 ff.; vgl. auch *Halser*, (Fn. 37).

65 Vgl. auch die beim EuGH anhängigen verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, *Essent Belgium*; dazu infra, D.I. Zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf die verschiedenen Systeme auch *Ekardt/Schmeichel*, (Fn. 26), S. 183 ff.

66 Vgl. die beim EuGH anhängige Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*.

Aus dem Urteil des EuGH in *PreussenElektra* lässt sich jedenfalls ableiten, dass der EuGH bereit ist, diskriminierende Umweltschutzmaßnahmen in bestimmten Fällen zu akzeptieren, und dass die Förderung erneuerbarer Energien einen solchen Fall darstellen kann.<sup>67</sup> In der Folgezeit wurden verschiedene Begründungen, mit oder ohne grundsätzliche Anerkennung diskriminierender Umweltschutzmaßnahmen, für eine Rechtfertigung nationaler Fördersysteme vorgebracht.<sup>68</sup> Es wurde sogar gefolgert, dass legitime Umweltschutzmaßnahmen ganz aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV heraus fielen, was zu einer Umkehr der Begründungslast führen würde.<sup>69</sup> Gegenteilige Ansichten stützen sich darauf, dass *PreussenElektra* aufgrund der fortschreitenden Integration des europäischen Strommarkts und der Einführung von Herkunftsachweisen für Strom aus erneuerbaren Energiequellen überholt sei.<sup>70</sup> Im Prinzip reicht das Spektrum von voller Berücksichtigung nationaler politischer und kultureller Präferenzen bis hin zu einer europäisierten Interpretation<sup>71</sup> und einer europaweit optimalen Ressourcenallokation.<sup>72</sup>

Gute Gründe sprechen jedoch dafür, dass auch nach der Einführung kompatibler Herkunftsachweise rein nationale Fördersysteme gerechtfertigt werden können. Zunächst einmal sind Umweltschutzmaßnahmen, die Umweltprobleme an der Quelle beseitigen und auf dem Verursacherprinzip beruhen sollen (vgl. Art. 191 Abs. 2 AEUV), genuin diskriminierend, da sie auf eine Verhaltensänderung vor Ort abzielen. Dies beinhaltet auch die Notwendigkeit regionaler Änderungen von Produktionsverfahren und damit die Notwendigkeit regionaler Förderung erneuerbarer Energien, etwa um die Konzentration der Umweltverschmutzung in Regionen zu verhindern, in denen die Produktion „grüner“ Energie teurer ist. Dies würde auch das europäische Interesse an einer kohärenten Entwicklung der Mitgliedstaaten stützen.<sup>73</sup>

Des Weiteren kann der inhärent (gesellschafts-)politische Charakter des Umweltschutzes schwerlich auf eine rein effizienzorientierte Ressourcenallokation reduziert werden. Vielmehr beruhen gerade Umweltschutzziele regelmäßig auf einer persönlichen, gesellschaftlichen oder politischen Grundhaltung, oder wie im Falle der deutschen Energiewende, auf einem von der breiten Mehrheit der Bevölkerung getragenen politischen Projekt.

67 Vgl. auch Cremer, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht – Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1.7.2007 gemeinschaftsrechtswidrig?, EuZW 2007, S. 591.

68 Ausführlich Heselhaus, Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit, EuZW 2001, S. 645 ff.; vgl. auch Johnston/Block, (Fn. 11), S. 342 ff.

69 Vgl. ibid., S. 347. Allgemein zur Entwicklung und Problematik des Regel-Ausnahmeverhältnisses zwischen Grundfreiheiten und konkurrierenden Politikzielen, Sharpf, The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a social market economy, Socio-Economic Review 8 (2010), S. 211 ff.

70 Vgl. nur Karpenstein/Schneller, Die Stromeinspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, S. 6 ff. Dezidiert Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-573/12, Ålands Vindkraft, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 82 ff.

71 So z.B. Heselhaus, (Fn. 68), S. 649.

72 So bereits Schlussanträge GA Jacobs zu EuGH, Rs. C-379/98 *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Nr. 236. Jüngst Schlussanträge GA Bot zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, Essent Belgium, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 110.

73 Vgl. Johnston/Block, (Fn. 11), S. 348. So auch die Kommission, zitiert in den Schlussanträgen GA Bot zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, Essent Belgium, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 66.

Tatsächlich bestand eine wesentliche Stütze der Energiewende von Anfang an in privatem Engagement, Bürgerinitiativen und regionalen Projekten, und beruhte auf dem Wunsch nach umweltfreundlicher Selbst- oder jedenfalls dezentralisierter Energieversorgung und nicht auf Kosten anderer, insbesondere zukünftiger Generationen, leben zu wollen.<sup>74</sup>

Die politische Sensibilität energiepolitischer Entscheidungen drückt sich auch in Art. 194 Abs. 2 AEUV aus, der auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, ihre Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen. Diese Vorschrift stützt nationale energiepolitische Präferenzen auch jenseits des Ziels der Errichtung eines freien kompetitiven Energiemarkts.<sup>75</sup> Darunter lassen sich vertretbarerweise auch Ziele wie eine dezentralisierte Energieversorgung, Struktorentwicklung, Pluralität oder die Förderung von Kleinproduzenten fassen.

Entscheidend ist aber, dass die Förderung erneuerbarer Energien nicht nur einen rechtlichen Rahmen benötigt, sondern erhebliche finanzielle Mittel, die angesichts des Fehlens eines Förderinstruments auf EU-Ebene auf nationaler Ebene bereitgestellt werden müssen. Schon der Respekt vor der nationalen Haushaltshoheit gebietet es, dass Mitgliedstaaten, die finanzielle Mittel für die Förderung erneuerbarer Energien bereitstellen, über deren Empfänger entscheiden dürfen.<sup>76</sup> Vor allem aber könnte die zwangsweise Öffnung solcher Fördersysteme für ausländische Produzenten zur finanziellen Überforderung einzelner Mitgliedstaaten führen und die politische Akzeptanz der Energiewende aushebeln.<sup>77</sup> Insbesondere würde den Grünstromerzeugern damit die Möglichkeit zum „Forum-shopping“ eröffnet, indem sie sich das Rechtssystem mit den für sie höchsten Fördersätzen aussuchen könnten. Es stünde zu befürchten, dass die Mitgliedstaaten – wenn ihre Fördersysteme nicht ganz zusammenbrechen – ihre Anstrengungen dann allenfalls noch auf das absolute, durch die Richtlinie 2009/28/EG festgelegte Minimum beschränken würden.<sup>78</sup>

74 Vgl. *Arzt*, Der Traum der Bürger zählt nicht, *taz* v. 20.1.2014, S. 1.

75 Obwohl diese Festschreibung eines energierechtlichen Gestaltungsspielraums ursprünglich eher der Sicherstellung der Atompolitiken der Mitgliedstaaten diente, wird mittlerweile vertreten, dass sie umgekehrt auch nationalen Politiken, die auf einen verstärkten Ausbau erneuerbarer Energie setzen, den Rücken stärkt, siehe z.B. *Däuper*, in: Danner/Theobald (Fn. 23), Einführung in das Europäische Energierecht, Rdnr. 20; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 194 AEUV, Rdnr. 28. Dieses Argument wurde auch in *Ålands Vindkraft* von den beteiligten Regierungen vorgetragen, vgl. Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 103 f.

76 Vgl. *Gundel*, Europäisches Energieverwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, S. 869 f.

77 So auch *Oschmann*, Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 266 m.w.N. Ebenso die beteiligten Regierungen, zitiert in Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 107.

78 Dezidiert auch *Ekardt/Schmeichel*, (Fn. 26), S. 195 f. So auch das Vorbringen der beteiligten Regierungen in *Ålands Vindkraft*, zitiert in Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 105 f. Die deutsche Bundesregierung geht davon aus, dass in einem solchen Falle die gesamte europäische Wasserkraft und ein Großteil der europäischen Windenergie deutsche Fördersätze in Anspruch nehmen würde und dies zwangsläufig zu einem Kollaps des deutschen Fördersystems führen würde, vgl. Spiegel Online v. 9.3.2014, [www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eu-generalanwalt-will-oekofoerderung-auch-fuer-importstrom-a-957654.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eu-generalanwalt-will-oekofoerderung-auch-fuer-importstrom-a-957654.html) (17.3.2014).

Diese Wertung kommt auch in der Richtlinie 2009/28/EG deutlich zum Ausdruck, die sowohl die Freiheit der Mitgliedstaaten, ausländische Produzenten in ihre Fördersysteme aufzunehmen oder eben nicht, statuiert als auch den regionalen Charakter der Fördersysteme unterstreicht. Nach ihrem Erwägungsgrund 3 ist

„[d]ie Energieproduktion aus erneuerbaren Quellen [...] oft von den vor Ort oder in der Region angesiedelten kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) abhängig. In den Mitgliedstaaten und ihren Regionen ergeben sich aus Investitionen in die lokale und regionale Produktion von Energie aus erneuerbaren Quellen bedeutende Wachstumschancen und Beschäftigungsmöglichkeiten. Die Kommission und die Mitgliedstaaten sollten demnach nationale und regionale Entwicklungmaßnahmen in diesen Bereichen fördern, den Austausch bewährter Verfahren zur Energieproduktion aus erneuerbaren Quellen zwischen lokalen und regionalen Entwicklungsinitiativen anregen und auf den Einsatz von Strukturfondsmitteln in diesem Bereich drängen.“

Erwägungsgrund 4 verweist auf die Notwendigkeit, die positiven Auswirkungen auf regionale und lokale Entwicklungsmöglichkeiten, Exportchancen, sozialen Zusammenhalt und Beschäftigungsmöglichkeiten, besonders für KMU und unabhängige Energieproduzenten, zu berücksichtigen.

Erwägungsgrund 25 schließlich befasst sich mit dem Funktionieren von Fördersystemen:

„Die Mehrheit der Mitgliedstaaten wendet Förderregelungen an, bei denen Vorteile ausschließlich für in ihrem Hoheitsgebiet erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gewährt werden. Damit nationale Förderregelungen ungestört funktionieren können, müssen die Mitgliedstaaten deren Wirkung und Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren können. Ein wichtiger Faktor bei der Verwirklichung des Ziels dieser Richtlinie besteht darin, das ungestörte Funktionieren der nationalen Förderregelungen, wie nach der Richtlinie 2001/77/EG, zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt und die Mitgliedstaaten wirksame nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele konzipieren können. Diese Richtlinie zielt darauf ab, die grenzüberschreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen.“

Diesem letzten Erwägungsgrund ist wenig hinzuzufügen. Die Richtlinie spiegelt den politischen Konsens der Mitgliedstaaten wider, nationale Unterschiedlichkeit und nationale Entscheidungen hinsichtlich eines rein nationalen Empfängerkreises von Fördermaßnahmen zu respektieren.<sup>79</sup> In dieser Hinsicht kann die Richtlinie als ein Instrument angesehen werden, das die Anwendung des Primärrechts für diese Frage entweder ganz blockiert,<sup>80</sup> subsidiär macht<sup>81</sup> oder hierfür eine Interpretation darstellt.<sup>82</sup>

79 Vgl. *Lehnert/Vollprecht*, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 308.

80 So *Klinski*, Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG, ZNER 2005, S. 207 ff.; *Oschmann/Sösemann*, Erneuerbare Energien im deutschen und europäischen Recht – ein Überblick, ZUR 2007, S. 1. So auch *Energimyndigheten*, zitiert in Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 57.

81 So *Cremer*, (Fn. 67), S. 594.

82 In diesem Sinne auch die Einlassung der Kommission, vgl. beteiligten Regierungen in *Ålands Vindkraft*, zitiert in Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 59.

Dabei ist zu beachten, dass das europäische Projekt und insbesondere der Binnenmarkt nicht nur auf Negativintegration über die Grundfreiheiten, sondern immer stärker auf Positivintegration durch Sekundärrecht beruht. Der Einfluss des Sekundärrechts auf das Primärrecht hat auch mit dem Verhältnis zwischen Politik und Rechtsprechung in Europa zu tun und lässt sich nicht auf die Normenhierarchie reduzieren.<sup>83</sup> Diese ergänzende, interpretierende und sogar verdrängende Rolle des Sekundärrechts kommt auch in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck, nicht zuletzt in *PreussenElektra*, wo der EuGH auf die Erwägungsgründe der damaligen Strombinnenmarkt-Richtlinie 96/92/EG verwies, um die Entscheidung Deutschlands zu rechtfertigen, Strom aus erneuerbaren Energiequellen Vorrang einzuräumen.<sup>84</sup>

Insgesamt spricht alles dafür, die sozio-ökonomische und politische Einbettung der nationalen Fördersysteme im Rahmen der Auslegung der Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit zu berücksichtigen. Erstens stellt es ihr Funktionieren sicher und gewährleistet damit die Realisierung eines (im Prinzip bislang) unstrittigen gemeinsamen europäischen Ziels. Zweitens erkennt es die politische Dimension der Förderung erneuerbarer Energien und die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs dieser politischen Dimension mit den Marktinteressen der EU an. Die Richtlinie 2009/28/EG macht deutlich, dass die weitere Integration der Fördersysteme aus einem politischen Prozess heraus kommen muss und nicht etwa durch gerichtliche Verfahren vor dem EuGH erzwungen werden darf.

Bei einem so verstandenen Ausgleich zwischen Warenverkehrsfreiheit und nationalen politischen Handlungsspielräumen müssten auch weniger marktförmig ausgestaltete Fördersysteme als das derzeitige deutsche System nicht fürchten, im Widerspruch zu EU-Recht zu stehen.

Allerdings haben trotz der Verabschiedung der Richtlinie 2009/28/EG mit ihrer klaren Botschaft die Diskussionen um die Vereinbarkeit von Fördersystemen mit der Warenverkehrsfreiheit nie aufgehört, und teilweise wird sogar die Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Primärrecht angezweifelt.<sup>85</sup> Auch die Europäische Kommission hat neue „Angriffe“ gegen nationale Fördersysteme gestartet und beabsichtigt, den gesamten Rechtsrahmen für die Förderung erneuerbarer Energien hin zu mehr Markt umzugestalten.

## E. Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Ansatz: Marktliberalismus statt Politischer Steuerung?

### I. Warenverkehrsfreiheit

Die Vereinbarkeit nationaler Fördersysteme mit der Warenverkehrsfreiheit ist wieder unter Druck geraten. Derzeit sind die Rechtssachen *Essent Belgium* und *Ålands Vindkraft* anhängig, in denen es um das flämische bzw. schwedische Quoten- bzw. Zertifikatssystem geht. Nach flämischem Recht müssen Energieversorgungsunternehmen eine bestimmte

83 In diesem Sinne auch die deutsche Bundesregierung, zitiert in ibid., Nr. 58.

84 EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 76.

85 Vgl. Berg, Energie, Umwelt, Wettbewerb in der Schnittmenge des Unionsrechts, EuR-Beifeft 3/2013, S. 70 f. m.w.N. So nun auch Schlussanträge GA Bot zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 65 ff., dazu sogleich.

Menge „Grünstrom“ erwerben und dies durch entsprechende Zertifikate dokumentieren. Nach schwedischem Recht muss lediglich eine gewisse Quote Grünstromzertifikate erworben werden, nicht jedoch der Grünstrom selbst. Nach beiden Systemen kann die jeweilige Quote allerdings nur mit Zertifikaten von inländischen Produzenten erfüllt werden.

In seinen Schlussanträgen zeigte Generalanwalt *Bot* zwar Sympathie dafür, diskriminierende Maßnahmen zum Schutz der Umwelt wegen der herausragenden Bedeutung des Umweltschutzes im EU-Recht (vgl. nur Art. 11 und 191 AEUV) im Prinzip zuzulassen. Er konnte aber keinerlei Umweltvorteil eines rein nationalen Fördersystems erkennen, der sich gegenüber der Warenverkehrsfreiheit durchsetzen könnte.<sup>86</sup> Generalanwalt *Bot* folgte damit zwölf Jahre später wieder genau dem Ansatz von Generalanwalt *Jacobs* in *PreussenElektra*,<sup>87</sup> den der EuGH im Jahre 2001 verworfen hatte.

Generalanwalt *Bot* lehnte es in beiden Schlussanträgen ab, *PreussenElektra* zu folgen und verwies dazu auf den mittlerweile integrierten Strommarkt.<sup>88</sup> Die Reduktion von Treibhausgasen in der EU hing nicht vom Standort der Produktion aus erneuerbaren Quellen innerhalb der EU ab. Vielmehr würden nationale Fördersysteme gerade eine rationelle Wahl des Erzeugungsstandorts behindern.<sup>89</sup> Umweltschutz im Allgemeinen und der Kampf gegen den Klimawandel seien „Teil einer gemeinsamen Unionspolitik“, „nicht Gegenstand rein nationaler Befürchtungen“.<sup>90</sup> Dies würde implizieren, dass nationale Präferenzen, beispielsweise über europäische Ziele hinausgehende Förderziele, kein gültiges Argument für eine Beschränkung des Warenverkehrs wären.

Im Grunde wies Generalanwalt *Bot* all die oben genannten Argumente sowohl dafür zurück, dass nationale Beschränkungen aufgrund der Finanzierbarkeit und der politischen Akzeptanz der Fördersysteme schon zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit erforderlich sein können, als auch dafür, dass eine im Verhältnis der Mitgliedstaaten ausgeglichene Verteilung von Anlagen, dezentrale Energieversorgung oder die Förderung kleiner und mittlerer Erzeuger, die klar von einem verlässlichen nationalen Markt profitieren, gültige Anliegen des Energierechts (im Gegensatz zum Abfallrecht) wären, die eine derartige Beschränkung rechtfertigen können.<sup>91</sup> Auch Art. 194 Abs. 2 AEUV führt hier nicht weiter, da die nationale Wahlfreiheit im Bereich der europäischen Umweltpolitik ohnehin eingeschränkt sei.<sup>92</sup>

In *Essent Belgium* sprach er der Richtlinie 2001/77/EG, der Vorgängerin von Richtlinie 2009/28/EG, jeden Einfluss auf die Auslegung der Warenverkehrsfreiheit ab. Im Gegenteil

<sup>86</sup> Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12, *Essent Belgium*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 92 ff. Ebenso Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 79 ff.

<sup>87</sup> Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Nr. 236.

<sup>88</sup> Ausf. Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 82 ff.

<sup>89</sup> Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12 *Essent Belgium*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 110.

<sup>90</sup> Ibid., Nr. 110. Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 92 ff.

<sup>91</sup> Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12 *Essent Belgium*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 105.

<sup>92</sup> Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amtl. Slg., Nr. 104.

schloss er gerade daraus, dass die Richtlinie *kein* einheitliches Fördersystem eingeführt hat, sondern die Ausgestaltung der Fördersysteme den Mitgliedstaaten überlassen habe, auf die volle Anwendbarkeit der Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit.<sup>93</sup>

In *Ålands Vindkraft* beantragte Generalanwalt *Bot* gar, Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2009/28/EG wegen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit für ungültig zu erklären. Hierbei wählte er einen strikt normenhierarchischen Ansatz, der politischen Einigungsprozessen, die Positivintegration bewusst mit nationalen Handlungsspielräumen verbinden, jede Rückwirkung auf das Primärrecht absprach.<sup>94</sup>

## II. Beihilferecht

Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich im Beihilferecht ab. Im Dezember 2013 veröffentlichte die Kommission den Entwurf für neue Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020,<sup>95</sup> deren Abschnitt 5.2. sich mit Beihilfen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen befasst. Zwar sollen grundlegende Prinzipien wie die Kompensation für Marktversagen bei der Internalisierung von Umweltkosten<sup>96</sup> sowie das Erreichen europäischer Nachhaltigkeitsziele durch nationale Fördersysteme<sup>97</sup> erhalten bleiben, aber der Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten würde erheblich reduziert. Die bisherige Offenheit gegenüber unterschiedlichen nationalen Fördersystemen würde durch eine Vorfestlegung hinsichtlich einer wettbewerblichen Ausgestaltung der Systeme ersetzt. Insbesondere feste Einspeisetarife wären damit nicht mehr möglich.

Der Entwurf unterscheidet zwischen etablierten und weniger etablierten Technologien, wobei Technologien ab einem Marktanteil ab 1 bis 3 % EU-weit als etabliert gelten sollen.<sup>98</sup> Beihilfen für etablierte Technologien sollen grundsätzlich auf deren Marktintegration zielen. Dies bedeutet für Einspeisevergütungen, dass diese nur noch nach in einem Ausschreibungsverfahren in Form von (kompetitiven) Einspeiseprämien gewährt werden.<sup>99</sup> Im Falle von Umweltzertifikaten wären die Änderungen weniger gravierend, da Umweltzertifikate ohnehin als marktförmiger angesehen werden als Einspeisetarife.<sup>100</sup> Auch Entscheidungen zugunsten bestimmter Energiequellen könnten nicht mehr in dieser Form getroffen werden. Der Entwurf sieht lediglich vor, dass von Bietern verlangt werden kann,

93 Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12 *Essent Belgium*, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 70: „Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in Ermangelung einer Harmonisierung der Förderregeln [...] die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die in den Verträgen verankerten Grundfreiheiten zu wahren [...].“

94 Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, noch nicht in der amt. Slg., Nrn. 60 ff., 111 ff.

95 Vgl. [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_state\\_aid\\_environment/draft\\_guide\\_lines\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/draft_guide_lines_de.pdf) (17.3.2014).

96 Schlussanträge GA *Bot* zu EuGH, verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12 *Essent Belgium*, noch nicht in der amt. Slg., Nr. 111.

97 Ibid., Nr. 110.

98 Ibid., Nr. 119.

99 Ibid., Nr. 120.

100 Dazu ibid., Nr. 129 ff.

dass eine Mindestzahl an unterschiedlichen erneuerbaren Energiequellen genutzt werden muss.<sup>101</sup>

Beihilferegelungen sollten im Prinzip auch anderen EWR-Staaten offenstehen, um die Kosten der Mitgliedstaaten für die Erreichung der in der Richtlinie 2009/28/EG festgelegten Energieziele möglichst niedrig zu halten, auch wenn die Kommission dies nicht verlangen wird, solange die Mitgliedstaaten ordnungsgemäß begründen können, warum kein Mechanismus der Zusammenarbeit besteht.<sup>102</sup>

Die Leitlinien würden damit klar von den Freiräumen abweichen, die die Richtlinie 2009/28/EG den Mitgliedstaaten ausdrücklich belässt.<sup>103</sup> Die Freiheit, ausländische Produzenten in nationale Fördersysteme einzubeziehen würde in ein begründungspflichtiges Regel-Ausnahme-Verhältnis umgewandelt, wobei sich die Auferlegung einer Begründungslast in der Vergangenheit häufig als wirksames Instrument zur Verringerung nationaler Spielräume erwiesen hat.<sup>104</sup> Feste und verlässliche Einspeisetarife, die bisher als Erfolgsmodell der Förderung erneuerbarer Energien wie auch der Förderung dezentraler Erzeugung gelten,<sup>105</sup> würden praktisch unmöglich gemacht; wohingegen ein Ausschreibungsmodell noch nirgends mit Erfolg eingeführt wurde.<sup>106</sup> Es wurden bereits Befürchtungen laut, dass nur noch Großunternehmen in einem solchen Ausschreibungsmodell reüssieren könnten. Kleinanbieter, die nicht für die Direktvermarktung ihres Stroms gerüstet sind, bedürften Zwischenhändlern. Insgesamt steht zu befürchten, dass sich mit einem entsprechenden System die wirtschaftlichen Risiken erhöhen, der Zugang zu Investitionskapital erschwert und damit die Produktionskosten im Verhältnis zum derzeitigen – als zu teuer erachteten – System sogar erhöhen würden. Erste Anzeichen reduzierter Investitionstätigkeit sind bereits jetzt erkennbar.<sup>107</sup>

101 Ibid., Nr. 120.

102 Ibid., Nr. 118.

103 Vgl. insbesondere Art. 2 lit. k der Richtlinie 2009/29/EG.

104 Dazu *Glinski/Joerges*, „Unity in Diversity“?! – A Conflicts-Law Re-Construction of Controversial Current Developments, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber amicorum for Hans Micklitz, im Erscheinen. Die Entwicklung nach *Cassis de Dijon* mit seiner Erforderlichkeitsprüfung ist dafür das beste Beispiel.

105 Vgl. die Mitteilung der Kommission, Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, KOM (2005) 627 endg.

106 *Lauber*, The European Experience with Renewable Energy Support Schemes and Their Adoption: Potential Lessons for Other Countries, Renewable Energy Law and Policy Review 2011, S. 120 ff., hat herausgearbeitet, dass die Kommission – im Einklang mit neoklassischer ökonomischer Theorie – stets marktbasiertere sog. Minimalkostenansätze wie Quoten und Bietverfahren bevorzugt hat, obwohl belegt ist, dass deren Ergebnisse bei weitem hinter denen von Einspeisetarifen zurückbleiben und dabei ihre Kosten höher sind.

107 Siehe *Schultz*, EU-Pläne für den Energiesektor: Almunias „heimliche Bombe“, Spiegel Online v. 15.12.2013; ders., Geplante EU-Richtlinie: So hat die Energiewende noch eine Zukunft, Spiegel Online v. 18.12.2013.

### III. Zusammenschau

Die jüngsten europäischen Entwicklungen deuten auf eine Umorientierung und Reinterpretation der politischen Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten bei der Förderung erneuerbarer Energien hin zu mehr Marktintegration und verstärktem Wettbewerb. Diese Reinterpretation beruht auf einer europäisierten Herangehensweise an Umweltschutzziele und die Ziele im Bereich der erneuerbaren Energien, die die politischen Dimensionen außen vor lässt und statt dessen auf Effizienz und eine europaweit optimierte Allokation von Ressourcen setzt.

Dies ist auch umweltpolitisch unverständlich, als damit – im Hinblick auf die Förderziele – unstreitig erfolgreiche Fördersysteme durch ein mit erheblicher wirtschaftlicher Unsicherheit behaftetes Ausschreibungsmodell ersetzt werden sollen, wobei die Kommission bislang stets die Wichtigkeit von Kontinuität, Planbarkeit und Investitionssicherheit hervor gehoben hat.

Auch die Verfolgung nationaler Präferenzen und zusätzlicher nationaler Ziele würden dadurch erschwert. Insbesondere die Förderung dezentraler Strukturen und kleinerer Erzeuger würden darunter leiden, und damit auch die auf lokalem und Bürgerengagement beruhende politische Dimension der Energiewende.<sup>108</sup>

Und all dies geschieht zu einem Zeitpunkt, zu dem die Mitgliedstaaten von einer gemeinsamen Linie kaum weiter entfernt sein könnten. Während einige Mitgliedstaaten weiterhin ehrgeizige Ausbauziele für erneuerbare Energien verfolgen, setzen andere wieder verstärkt auf Atomkraft. Selbst eine Einigung auf Mindestquoten für den Anteil erneuerbarer Energien am Energiemix nach 2020 ist derzeit nicht in Sicht.<sup>109</sup>

### F. Fazit und Ausblick

Wie die deutsche Entwicklung der Förderung erneuerbarer Energien gerade in den letzten Jahren gezeigt hat, erhalten nationale Strategien, die den gemeinschaftlichen Vorgaben des Beihilferechts und des Rechts des freien Warenverkehrs auszuweichen versuchen, die politische Steuerungshoheit nur scheinbar, während sie gleichzeitig – im Angesicht steigender Auswirkungen eines zunehmend integrierten europäischen Elektrizitätsmarkts – das politische Steuerungsinstrumentarium erheblich verringern. Eine grundsätzliche Anerkennung (oder Inkaufnahme, je nach Sichtweise) der Anwendbarkeit des Beihilferechts wie auch des Rechts der Warenverkehrsfreiheit würde im Prinzip nicht nur die nationale Handlungsfähigkeit bei der Korrektur interner Fehlentwicklungen erhöhen, sondern auch zur Berücksichtigung externer Markteffekte beitragen.

Das EU-Recht, wie es bislang von der Kommission und vom EuGH ausgelegt wurde und wie es durch die Richtlinie 2009/28/EG eine politisch ausgehandelte Konkretisierung erfahren hat, erlaubt sowohl im Beihilferecht als auch im Recht der Warenverkehrsfreiheit

108 Siehe auch *Arzt*, (Fn. 74), S. 1.

109 Lediglich das Europäische Parlament fordert eine verbindliche Mindestquote von 30 % bis 2030; vgl. *Schmitz*, Energiepolitik: EU verabschiedet sich von Klimaschutzz Zielen, Spiegel Online v. 15.1.2014.

einen sinnvollen Ausgleich zwischen nationalen politischen und gesellschaftlichen Präferenzen einerseits und den Zielen des Binnenmarkts andererseits. Die dabei belassenen Handlungsspielräume haben sich durchaus positiv auf die stetige Steigerung des Anteils von Strom aus erneuerbaren Energiequellen am Energiemix ausgewirkt.

Die neuesten Vorstöße der Kommission und des Generalanwalts *Bot* hin zu mehr Marktintegration und Wettbewerb würden hingegen nicht nur die politischen Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten erheblich einschränken, sondern auch politischen Lösungen auf europäischer Ebene eine Absage erteilen. Gerade in einem (gesellschafts-)politisch und volkswirtschaftlich so sensiblen Bereich wie der Energiepolitik kann mehr Marktintegration jedoch sinnvollerweise nur durch politische Prozesse vorangetrieben werden, nicht hingegen durch Kommissions- oder gerichtlichen Aktivismus.

Dies umso mehr, als die gerade neu aufbrechenden konträren Vorstellungen zwischen den Mitgliedstaaten, was die weitere Förderung der erneuerbaren Energien im Verhältnis zur Atomstromförderung angeht, das politische Konfliktpotential klar aufzeigen. Die Auflösung dieser Konflikte kann nicht wettbewerblichen Marktmechanismen in einem liberalisierten europäischen Elektrizitätsmarkt überlassen werden, sondern muss politisch erfolgen. Im Interesse einer demokratisch-politischen Steuerung eines sensiblen Politikbereichs müsste bei unauflösbareren politischen Widersprüchen gegebenenfalls (vorerst) auf weitere Marktintegration verzichtet werden.<sup>110</sup>

Vielleicht wäre es aus deutscher Sicht eine aussichtsreichere Strategie, in diesem Sinne auf europäischer Ebene politisch pro-aktiv tätig zu werden, als mit der derzeitigen Linie angesichts fortschreitender Liberalisierung in einen immer größeren Spagat zu geraten. Der bislang bestehende europäische Rahmen bietet dafür durchaus Anknüpfungspunkte. Auch aus europäischer Perspektive böte es sich möglicherweise an, zunächst die vorhandenen Koordinierungsmöglichkeiten auszuloten, bevor man „das Kind mit dem Bade ausschüttet“.

110 Dazu auch *Glinski/Joerges*, (Fn. 104).