

Energiewende und EU-Beihilfenrecht: EEG-Förderung, EEG-Ausnahmen, Atomrecht, Energiesteuern

Der vorliegende Beitrag untersucht einige umstrittene energiepolitische Instrumente auf ihre Kompatibilität mit dem EU-Beihilfenrecht. Wendet man letzteres konsequent an, entstehen daraus in hohem Maße relevante Anforderungen an das deutsche Energierecht – allerdings nicht bei der Erneuerbare-Energien-Förderung, wo Wissenschaft, Politik und Öffentlichkeit die Beihilfenfrage sonst am ehesten diskutieren.

A. Problemstellung: Umweltförderungen einerseits, Verschonungssubventionen für Umweltverbrauch andererseits

Die EU und ihre Vorläufer sind als Wirtschaftsgemeinschaften entstanden und geben deshalb seit ihrer Entstehung einem verzerrungsfreien Wettbewerb eine besondere Priorität. Dementsprechend können auch (zunächst untechnisch gesprochen) Subventionen in Konflikt mit dem EU-Primärrecht geraten. Das grundsätzliche, für gerechtfertigte Ausnahmen allerdings offene Beihilfenverbot nach Art. 107 AEUV stellt ein unbedingtes und unmittelbares Verbot gegenüber den Mitgliedstaaten auf. Der Beihilfegriff erfordert das Vorliegen von vier Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen. Es muss (a) ein finanzieller Vorteil gewährt werden (b) durch eine selektive Maßnahme, die Finanzierung dieser Maßnahme muss (c) durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln erfolgen und (d) eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten auslösen, besonders durch das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung. Hinter dem Beihilfenregime steht wie bei den Grundfreiheiten die Vorstellung, dass ein freier Markt Vorteile für Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen (u.a. Wohlstand) mit sich bringt (wenngleich dies nur im Falle hinreichend klarer Rahmensetzungen so zutrifft¹). Das Beihilfenregime übernimmt, wie auch die Warenverkehrsfreiheit, durch Ausnahme- und Abwägungstatbestände die Aufgabe, einerseits die Vorteile eines freien Markts herbeizuführen, gleichzeitig aber Abwägungen, solange diese noch nicht auf europäischer Ebene sekundärrechtlich ausbuchstabiert wurden, mit bestimmten nationalstaatlichen Regelungen im Interesse anderer Rechtsgüter wie der Freiheitsvoraussetzung Umweltschutz zuzulassen.

Die Kommission ist in jedem Fall der Ansicht², dass die Aufgabe der Beihilfenkontrolle bei umweltpolitischen Maßnahmen speziell darin liegt, sicherzustellen, dass eine staatliche Beihilfe zu Umweltentlastungen führt, die ohne die Beihilfe nicht eintreten würden und nicht die negativen Folgen, das heißt die Wettbewerbsverzerrungen, überwiegen. Beihilfen sind im Umweltsektor damit keinesfalls per se unerwünscht. Dies zeigt sich überaus deutlich daran, dass die Kommission bisher noch keine einzige Unvereinbarkeitsentscheidung getroffen hat, gleichwohl aber immer wieder Prüfungen durchgeführt hat. Ein wesentlicher Gedanke wird dabei freilich konstant übersehen, und er soll deshalb vorliegend besonders im Zentrum ste-

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock und leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig.

¹ Näher dazu Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen, Globalisierung und soziale Ungleichheit. Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009.

² Information der Kommission v. 01.04.2008, Leitlinien der Gemeinschaft für staatlichen Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008, C 82/1, S. 1, Nr. 6; vgl. Scheel, DÖV 2009, S. 529 ff.

hen: Auch Verschonungssubventionen wie etwa Steuererleichterungen kommen als Beihilfen in Betracht, sofern „bestimmte Unternehmen“ dadurch gefördert werden.³ Diese Verschonungssubventionen (die den Wettbewerb nicht weniger beeinflussen als positive Förderungen) sind ökologisch insofern besonders bemerkenswert, als sie besonders häufig so konzipiert sind, dass sie ökologischen Schaden anrichten können. Vorliegend ist verschiedenen in der Energiewende umstrittenen Konstellationen exemplarisch nachzugehen.

B. EEG-Umlage

Besonders häufig wird seit langem eine Beihilfenwidrigkeit nationaler Fördermechanismen für erneuerbare Energien im Strommarkt vermutet. In Deutschland ist damit das EEG betroffen, das auch in anderer Hinsicht politisch stark umstritten ist. Insoweit geht es ganz klassisch um eine positive finanzielle Förderung, die den Betreibern von Erneuerbare-Energien-Stromerzeugungsanlagen zugute kommt. Und jedenfalls ist die Prüfung des Beihilfenregimes nicht durch eine abschließende – und dann als *lex specialis* vorrangige – Regelung des EU-Sekundärrechts ausgeschlossen. Hätte nämlich das Sekundärrecht die Abwägung etwa zwischen Wirtschaftsförderung und Umweltschutz bereits ausgestaltet, wäre für das allgemeine Beihilfen- oder auch Warenverkehrsfreiheitsregime kein Raum mehr.⁴ In der EE-Richtlinie von 2001 sowie in der im Frühjahr 2009 verabschiedeten neuen EE-Richtlinie sind beispielsweise Förderinstrumente seitens der Mitgliedstaaten zur Erreichung einer intensiveren EE-Nutzung ausdrücklich erwähnt. Doch es fehlt an einer abschließenden Harmonisierung der Förderregime durch das Richtlinienrecht.⁵

Zweifellos ist die Erneuerbare-Energien-Förderung eine „öffentliche“ Aufgabe (was immer darunter genau zu verstehen ist).⁶ Dabei müsste für eine staatlich zurechenbare Förderung, die gerade Tatbestandsvoraussetzung des Beihilfebegriffs ist, zu irgendeiner Belastung des Staatshaushaltes kommen.⁷ Grundsätzlich wird bei staatlichen Beihilfen gemäß Art. 107 Abs.1 AEUV dahingehend unterschieden, ob der Staat die Förderung selbst veranlasst hat oder die Beihilfen aus staatlichen Mitteln erfolgen, das heißt der Staat müsste die *Mittel zur Verfügung* stellen.⁸ Da die Wirkung die gleiche ist, wird diese Differenzierung freilich nur vorgenommen, um beides zu erfassen.⁹ Nun betont zwar der EuGH, dass infolge des weiten Begriffs „aus staatlichen Mitteln“ auch Mittel aus staatlich eingesetzten Stellen erfassen zu können.¹⁰ Der EuGH entschied 2001 aber dennoch entgegen der Ansicht der EU-

³ Vgl. Koenig, DöV 1996, 943 (944).

⁴ Näher dazu Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (179 ff. und 204).

⁵ Vgl. Rusche, ZNER 2007, S. 143 (143); Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (179 ff.).

⁶ Zu den Bedeutungsebenen von „öffentlich“ – und kritisch zum Begriff öffentliches Interesse bzw. Gemeinwohl – Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, § 1 E.; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welt-handel, Neuausgabe 2011, § 4 F. I.

⁷ So die ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-37/92, Vanacker und Lesage, Slg. 1993, I-4947, Rn. 19; EuGH, verb. Rs. C-52/97 und C-54/97, Viscido, Slg. 1998, I-2629, Rn. 14 ff.; Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (207).

⁸ Vgl. Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht EG, Bd. 1 (2. Teil), 4. Aufl. 2007, Art. 87 EG Rn. 63.

⁹ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn 58; siehe auch EuGH, Rs. 82/77, Van Tiggele, Slg. 1978, 25, Rn. 24 f.; EuGH, Rs. C-189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Rn. 16; EuGH, C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Rn. 35; Ehrlicke, IStR 2002, S. 677 (677).

¹⁰ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59; EuGH, Rs. 213 bis 215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, Slg. 1982, 3583, Rn. 22.

Kommission, dass Art. 107 AEUV nicht dahingehend ausgelegt werden könne, dass Einspeisevergütungen, die im Verhältnis Netzbetreiber/ Anlagebetreiber gezahlt würden, staatliche Beihilfen seien.¹¹ Gegen das EuGH-Judikat wird indes im Schrifttum eingewandt, dass die wettbewerbsverändernde Wirkung indirekter Zahlungspflichten letztlich die gleiche sei wie die einer direkten staatlichen Erneuerbare-Energien-Förderung – und so die Flanke für finanzrechtliche Umgehungstatbestände aller Art weit aufgemacht würde.¹² Die Lage bleibt dennoch allein schon dadurch kompliziert, dass die für die Notifizierung von Beihilfen zunächst einmal zuständige Kommission – auch – bei parafiskalischen Abgaben eher eine etwas strengere Linie als der EuGH hat, auch nach „PreussenElektra“, wiederum im Sinne eines eher „teleologisch weiten“ Verständnisses von Beihilfen. Die staatliche Anordnung der Abgabe und Festsetzung der Höhe genügt nach Auffassung der Kommission, um eine hinreichende Kontrolle für eine Zurechenbarkeit zum Staat zu begründen. Dies gelte insbesondere, wenn eine solche Abgabe im Gegensatz zu „PreussenElektra“ für Verluste herhalten soll, die durch staatliches Handeln entstehen.¹³

In der Tat könnte – und dem sei vorliegend näher nachgegangen – in der EEG-Umlage ein parafiskalisches Abgabenmodell zu sehen sein, welches in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots aus Art. 107 AEUV fallen würde (was es demgegenüber mit dem besonderen Ausgleich für sich genommen auf sich hat, wird unten geprüft). Parafiskalische Abgaben sind solche, die von ausländischen wie inländischen Händlern oder Anbietern erhoben werden, deren Ertrag dann zur Förderung des betroffenen Wirtschaftszweigs verwendet wird. Insoweit stellte der EuGH u.a. in der Rechtssache „Cellulose Beira Industrial Sa“ klar, dass die Verwendung des Aufkommens aus einer unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbaren parafiskalischen Abgabe zur Finanzierung von Vorteilen, die ausschließlich inländischen Erzeugnissen zugute kommen, indem sie die auf diesen ruhende Belastung vollständig ausgleicht, eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe vorliegt, wenn die Voraussetzungen des Art. 107 AEUV erfüllt sind.¹⁴ Dies wirft zunächst das Problem auf, ob man im Rahmen des EEG-Umlagesystems von einer solchen gleichmäßigen Belastung in- und ausländischer Erzeugnisse sprechen kann (die dann – in der Tat – ausschließlich den deutschen EE-Anlagenbetreibern zugute kommt). Eine solche gleichmäßige Belastung läge beispielsweise dann vor, wenn auch Kunden, die ausländischen Strom beziehen, zur EEG-Umlage herangezogen würden. Dies ist indes wohl kaum der Fall, da die Umlage ja auf Letztverbraucher als Vertragspartner deutscher Stromunternehmen Bezug nimmt. Insofern ist bereits fraglich, ob im Sinne der zitierten Judikatur das erste Merkmal vorliegt. Verneint man dies, wäre unverändert festzustellen, dass das EEG keine Beihilfe darstellt.

Nähme man an, dass es darauf nicht ankommt, wäre weiter die Frage, ob die neue EEG-Umlage wirklich staatlich zurechenbar ist, und sei es darüber, dass man sie eben als parafiskalische Abgabe sieht.¹⁵ Dies ist aufgrund der vielfältigen, z.T. inkonsistent wirkenden Judikatur nicht einfach zu beurteilen. Mit Vorliegen einer parafiskalischen Abgabe ging der EuGH in der Vergangenheit ebenso wie mit einer Beihilfe um, wenn die Finanzierung infolge einer

¹¹ EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58-62 (PreussenElektra).

¹² Kirchhof, ZNER 2001, 117 ff.; Heller, GewArch 2001, 191 (192 f.).

¹³ Entscheidung KOM v. 02.03.2005, Beihilfe-Nr. NN 80/2004 (wird zu C 7/2005), ABl. C 63/2 vom 15.03.2005. Zur Diskussion um die österreichische Erneuerbare-Energien-Förderung Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2011, S. 319 ff.

¹⁴ EuGH, Rs. C-266/91, Cellulose Beira Industrial Sa gegen Fazenda Publica, Slg. 1993, I-4337, Rn. 2.

¹⁵ Zum Folgenden schon Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2011, S. 319 ff.

zwingenden staatlichen Anordnung erfolgte und dann von einer separaten Einrichtung eingetrieben wurde.¹⁶ Insoweit erfolgt eine weite Auslegung vom Begriff der „öffentlichen Mittel“. Dies widerspricht auch nicht den Ausführungen in „Sloman Neptun“, da eine Beihilfe, die aus Zwangsabgaben finanziert und dabei von einer vom Staat beauftragten Einrichtung verwaltet wird, wie die Gewährung eines Vorteils aus staatlichen Mitteln wirkt.¹⁷ Ein Unterschied liegt mithin nicht in der Wirkung, sondern allein in der Bezugsmethode und muss daher gleich behandelt werden. Daher wird Art. 107 AEUV grundsätzlich so ausgelegt, dass *alle Geldmittel* erfasst werden, die eine öffentliche Stelle einsetzt, um ein Unternehmen tatsächlich zu unterstützen. Dabei ist es irrelevant, ob diese Mittel zur dauerhaften Verfügung der Behörde stehen oder nur temporär, da es nicht auf das öffentliche Eigentum ankommt. Dies widerspricht auch nicht der Auffassung von „PreussenElektra“, da es nun um staatliche Mittelverfügungen geht. Diese Auffassung erstreckt sich sogar soweit, dass auch die jeweiligen Maßnahmen auf Grundlage von Beiträgen finanziert werden, die nicht dem Staat gehören, letztlich dem Staat zugerechnet werden können; dies setzt dann aber zwingend eine ständige staatliche Kontrolle der Mittel voraus, sodass sie jener Stelle auch zur Verfügung stehen.¹⁸ Eine Beihilfe soll jedenfalls dann vorliegen, wenn die Finanzierung infolge einer staatlichen Anordnung erfolgte und dann von einer separaten Einrichtung eingetrieben wurde.¹⁹ Dabei soll es irrelevant sein, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder mittelbar durch öffentliche oder private Einrichtungen gewährt wird.²⁰ Jedoch wird neuerdings vom EuGH ein zwingender Verwendungszusammenhang zwischen Abgabe und Beihilfe gefordert, sodass „das Abgabenaufkommen notwendig für die Finanzierung der Beihilfe verwendet“ werden muss.²¹ Zudem muss der Fonds einer spezifischen Gruppe zugute kommen.²² So liegt eine parafiskalische Abgabe immer vor, wenn ein Fonds vom Staat errichtet oder verwaltet wird²³, ergo die Beiträge vom Staat auferlegt werden, um damit die Begünstigung spezifischer Unternehmen bezweckt werden soll.²⁴ Wesentlich bleibt aber stets auch, dass eine Vergünstigung unmittelbar

¹⁶ EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487 (489, 495); EuGH, Rs. 173/73, Familienzusagen im Textilsektor Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.); EuGH, Rs. 78-76, Steinike u. Weinlig/Deutschland, Slg. 1977, 595 (613); EuGH, Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393 (4418); vgl. ferner EuGH, Rs. C-114/91, Claeys, Slg. I 1992, 6566 (6574); Entscheidung KOM v. 11.03.1989, Kohlepfennig ABIEG 1989 Nr. L 116, S. 52.

¹⁷ Vgl. auch Soltész, EuZW 1998, S. 747 (752).

¹⁸ EuGH, Rs. C-83/98, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50.

¹⁹ EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487 (489, 495); EuGH, Rs. 173/73, Familienzusagen im Textilsektor, Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.); EuGH, Rs. 78-76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595 (613); EuGH, Frankreich/ Kommission, Slg. 1987, 4393 (4418); vgl. ferner EuGH, Rs. C-114/91, Claeys, Slg. I 1992, 6566 (6574); Entscheidung KOM v. 11.03.1989- Kohlepfennig, ABl. Nr. L 116, S. 52.

²⁰ EuGH, Rs. 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595, Rn. 4-6.

²¹ EuGH, Rs. C 174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën, Slg. I 2005, 114, Rn. 26 unter Hinweis auf EuGH, Rs. 47/69 Frankreich/ Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 und 21.

²² EuGH, Rs. C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën, Slg. 2005, I-85; unter Verweis auf EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/ Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 f.; Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (214).

²³ EuGH, Rs. C-126/01, GEMO, Slg. 2003, I-1369; EuGH, Rs. C-266/91, Cellulose Beira Industrial Sa gegen Fazenda Publica, Slg. 1993, I-4337; EuGH, Rs. C/72/92, Scharbatke, Slg. 1993, I-5509; EuGH, FNCE, Slg. 1991, I-5505; EuGH, Rs. 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595.

²⁴ Die parafiskalischen Einrichtungen unterliegen der Beihilfeaufsicht; vgl. Entscheidung KOM v. 18.07.1969, französische Textilindustrie, ABl. Nr. L 220 v. 1.9.1969, S. 1; Entscheidung KOM v. 30.11.1988, belgische Fonds zur Förderung des Absatzes von Agrarerzeugnissen, ABl. Nr. L 85 v. 30.3.1989, S. 45, und v. 17.5.1989, ABl. Nr. L 179 v. 12.7.1990, S. 38; Entscheidung KOM v. 07.05.1991, Ausfuhrbeihilfen in Form von Befreiungen und Rückerstattungen, ABl. Nr. L 47 v. 22.2.1992, S. 19; Entscheidung KOM v. 19.06.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2003, ABl., C 148/12 v. 25.06.2004, S. 12; so auch darauf in; Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN162/A/2003 und N 317/A/2006 und NN 162/B/2003 und N 317/B/2006, ABl., C 221/8 und ABl. C 221/9 vom 14.09.2006.

oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wurde.²⁵ Insoweit gelten die bereits in puncto Staatlichkeit dargestellten Kriterien erneut.

Die Schaffung einer EEG-Umlage in ihrer seit 2009 bestehenden Form könnte – anders als früher das StrEG und das EEG ohne den jetzigen Ausgleichsmechanismus (dazu andernorts²⁶) – insoweit eine parafiskalische Abgabe darstellen. Anknüpfungspunkt könnte eine Mittelverfügung seitens der BAFA sein, insoweit als das BAFA Unternehmen von der EEG-Umlage befreien kann. Dabei hat die BAFA freilich weder Ermessen in der Art der jeweiligen Förderung, noch trägt es etwaige Kosten (z.B. Steuerverluste) der Begünstigung; zudem betrifft dies eigentlich weniger die EEG-Umlage als solche (die den Erneuerbare-Energien-Anlagenbetreibern zugute kommt) als vielmehr die Vergünstigung für stromintensive Unternehmen. Dass die EEG-Umlage bestimmte Unternehmen begünstigt, nämlich Erneuerbare-Energien-Anlagenbetreiber, ist dagegen offenkundig. Eine unmittelbare Belastung des Staatshaushaltes kann zunächst nicht vorliegen, da die EEG-Umlage nicht vom Staat direkt erhoben wird. Dabei soll die Wirkung der Maßnahme maßgeblich sein, sodass eine Abgabe vorliegt, wenn ihr Ziel und Zweck der Schaffung eines Vorteils dient, der letztlich auf irgendeine Art den Staatshaushalt belasten könnte.²⁷ Vom EuGH wird indes teilweise auch allein auf die Verfügungsgewalt der staatlichen Einrichtung über die erhobenen Beiträge abgestellt und dies unabhängig von dem Organ, was letztlich den Vorteil gewährt.²⁸ Erforderlich sei dabei noch ein gewisser Einfluss der staatlichen Behörden, wobei die staatliche Kontrolle der verfügenden Stelle genügen kann.²⁹ Davon wird grundsätzlich ausgegangen, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals inne hat oder über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt bzw. mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs- und Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestellen kann.³⁰ Dagegen liegt keine staatliche Qualität im Handeln, wenn sich über die staatliche Anordnung hinaus keine weiteren Anknüpfungspunkte zum Staat ergeben.³¹ Der EuGH sah somit keine Eigenmittel, auch nicht *vorübergehend*, wenn die Abgabe mit einer strikten Zweckwidmung verbunden war und folglich niemals der Behörde zur Verfügung stand.³² So machte der EuGH in dem „Pearle“-Urteil deutlich, dass es an dem Bezugspunkt zum Staat beispielsweise fehlt, wenn allein die Anordnung einer Zwangsabgabe für einen öffentlichen Berufsverband zugunsten von Werbekampagnen angeordnet wurde. Diese aufgewandten Mittel waren durch einen konkreten Mitteleinsatz gekennzeichnet und bestimmt, sodass es an der Staatlichkeit aufgrund mangelnden Einflusses fehlte.

Die BAFA hat im Rahmen der Reduktionsrate kein Ermessen – es ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 1

²⁵ EuGH, Rs. C-72/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887; EuGH, Rs. 189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185; EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo u.a./Ente Poste Italiane, Slg. 1998, I-2629, Rn. 13; EuGH, verb. Rs. C-95/07 und C-96/07, Ecotrader SpA/Agenzia delle Entrate - Ufficio di Genova, Slg. 1998, I-7907 Rn. 35; EuGH, Rs. C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735; EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099.

²⁶ Vgl. dazu Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 ff.

²⁷ EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 28; EuGH, Rs. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Rn. 39; EuGH, Rs. C-72/91, Sloman Neptun, NZA 1993, S. 799, Rn. 19.

²⁸ EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten, Slg. I-2004, 7164, Rn. 34.

²⁹ EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission der EG - Stardust, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37; Jaeger, EuZW 2004, 558 (559).

³⁰ Art. 2 Abs. 2 RL 80/723/EWG in der Fassung der RL 2005/81/EG, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 47.

³¹ EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten, Slg. I-2004, 7164, Rn. 36.

³² Vgl. EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten, Slg. I-2004, 7164, Rn. 36.

AusglMechV nur eine Reduktion auf 0,05 ct/kWh möglich – und auch im Rahmen der Prüfung besteht nur in Bezug auf die Prognose der Stromkosten für das kommende Jahr Ermessen – allerdings nicht im Bereich der generellen Gewähr. Insbesondere gelangt die BAFA nicht allgemein an die EEG-Umlage. Jedoch genügt es nach der Rechtsprechung des EuGH in anderen Fällen wiederum, wenn Maßnahmen von einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden oder eine ständige staatliche Kontrolle besteht.³³ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Fonds, die „nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden und (...) gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, als staatliche Mittel (...) zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nicht-staatlichen Organen anvertraut“³⁴ werden und dem Staat infolge allein durch die Kontrolle zurechenbar sind. In Bezug auf die EEG-Umlage liegt dies durchaus nahe. Dies führt, wie bereits anklang, zu einem recht inkonsistenten Bild in der EuGH-Judikatur. So wurde im Urteil „Steinike und Weinlig“³⁵ als auch im Fall „DEFI“³⁶ einfach schon deshalb von einer Beihilfe ausgegangen, weil die Verwendung der erhobenen parafiskalischen Abgaben der „Umsetzung einer vom Staat festgelegten Politik“³⁷ gedient hätten. Anders als beim EEG waren dort allerdings verfügende und staatlich kontrollierte Stelle identisch, was gerade eine andere Beurteilung beim EEG nahe legt. Interessant sind insoweit auch die Ausführungen des EuGH beim „Pearle“-Urteil, wonach die Beitragsverwendung zur Werbekampagne des Berufsverbandes eben „in keinerlei Weise Teil einer von den niederländischen Behörden definierten Politik war.“³⁸ So könnte man davon ausgehen, dass der EuGH im gleichen Sinne entschieden hätte, wenn es sich bei dem Optikerverband um eine staatliche Stelle gehandelt hätte.³⁹ Nach dieser Auffassung könnte unter Hinweis auf das öffentlich-rechtliche Genehmigungsverfahren bzw. staatlicher Kontrolle⁴⁰ durch das BAFA, eine Zurechenbarkeit infolge von einer steuernden Einflussnahme des Staats bestehen. Je nachdem, welche Linie man betont, kommt man dazu, die generelle EEG-Umlage (!) als parafiskalische Abgabe zu sehen.

Unabhängig davon, ob gar explizite staatlich kontrollierte Fonds durch eine haushaltsgebundene Anschlussgebühren (so in den Niederlanden⁴¹, Österreich⁴²) oder über eine verbrauchsabhängige Abgabe (Luxemburg⁴³, Österreich⁴⁴) gespeist werden, die durch den Elektrizitätsversorger oder Netzbetreiber⁴⁵ oder durch den Verwalter des Fonds⁴⁶ erhoben wurden,

³³ EuGH, Rs. C-290/83, CNCA, Slg. 1985, 439, Rn. 5, 14 f.; EuGH, Rs. C-83/98, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 36 f.; EuGH, Rs. C-303/88, Italien/Kommission, ENI-Lanerossi, Slg. 1991, I-1433 Rn. 14; Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 EG Rn. 69.

³⁴ EuGH, Rs. 173/73, Familienzusagen im Textilsektor Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.), Rn. 35.

³⁵ EuGH, Rs. 78-76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595.

³⁶ EuGH, Rs. 259/85, DEFI, Slg. 1987, 4394.

³⁷ EuGH, Rs. 259/85, DEFI, Slg. 1987, 4394. Rn. 11.

³⁸ EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten, Slg. I 2004, 7164, Rn. 37.

³⁹ Vgl. Heidenhain, EuZW 2005, S. 6.

⁴⁰ EuGH, Rs. 290/83, CNCA, Slg. 1985, 439, Rn. 5, 14 f.; EuGH, Rs. C-83/98 P, Ladbroke Racing, Slg. 2000, I-3271; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy, Slg. 1988, 219, Rn. 36 f.

⁴¹ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

⁴² Entscheidung KOM v. 19.5.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

⁴³ Entscheidung KOM v. 05.06.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002.

⁴⁴ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

⁴⁵ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

⁴⁶ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

hat die Kommission jene parafiskalischen Abgabensysteme genehmigt. Diese Art der Fonds diene eben nicht einer allgemeinen staatlichen Mittelgenerierung o.ä., sondern direkt den Betreibern von Erneuerbare-Energien-Anlagen, die so eine Vergütungsgarantie gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern haben.⁴⁷

Letztlich ist das entscheidende Argument dagegen, auch nur den Tatbestand einer fiskalischen Abgabe und damit einer Beihilfe anzunehmen, jedoch: Die staatliche Kontrolle besteht allenfalls im Hinblick auf Ausnahmeentscheidungen für große Stromverbraucher seitens des BAFA – die eigentliche EEG-Verfügung unterliegt einer solchen (zudem begrenzten) Kontrolle dagegen nicht. Es liegt mit der EEG-Förderung also keine Beihilfe vor. Für diese Sichtweise ist auch anzuführen, dass die EE-RL von 2009 die Existenz eines nationalen Fördermechanismus auch ausdrücklich nahe legt, in dem die EE-RL nationale Erneuerbare-Energien-Ausbauziele bis zum Jahr 2020 formuliert. Dafür spricht zuletzt auch, dass ohne einen engen Beihilfenbegriff das Beihilfenregime faktisch zum alles überragenden Regularium des Europarechts werden würde. Dieses würde jede beliebige wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahme der Mitgliedstaaten einer Art generalklauselartigem Untersagungsvorbehalt unterwerfen und damit den Charakter der EU als eher subsidiäre Staatenverbindung konterkarieren⁴⁸ - was umso weniger einleuchten würde, als es als differenziertes weiteres Regularium neben dem Beihilfenregime immer noch die Warenverkehrsfreiheit gibt.⁴⁹ Zudem bleibt die von der Gegenansicht⁵⁰ beabsichtigte teleologische Erweiterung des Staatlichkeitsbegriffs unheilbar im Konflikt mit dem klaren Wortlaut des Begriffs der Staatlichkeit.

C. EEG-Ermäßigung für stromintensive Unternehmen

Fraglich ist jedoch, ob der besondere Ausgleich (zu dessen näherer Darstellung andernorts⁵¹) zugunsten stromintensiver Unternehmen nach §§ 40 ff. EEG mit dem EU-Beihilfenregime vereinbar ist. Die Reduktion der Stromkosten für die einschlägigen Unternehmen erfolgt zunächst einmal auf Kosten von Privaten, nämlich der Endkunden, indem der nicht gezahlte Erneuerbare-Energien-Stromkostenanteil auf alle umgelegt wird.

Zu erörtern sind zunächst die Merkmale „Vorteil“ und „Selektivität“. Ausländische Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat produzieren, erhalten keine Vergünstigung für stromintensive Unternehmen, so dass nationale Unternehmen ihnen gegenüber insoweit im Vorteil zu sein scheinen – ausländische Unternehmen müssen umgekehrt ohnehin keine allgemeine EEG-Umlage, von der man sie „entlasten“ könnte, bezahlen. Einen „Vorteil“ haben

⁴⁷ Entscheidung KOM v. 05.06.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002.

⁴⁸ B. Nagel, ZNER 2000, 161; Schwintowski, ZNER 2001, S. 82 ff.; Koenig/ Kühling, NVwZ 2001, S. 768 f. Im Hintergrund der gegenläufigen Ansicht steht auch die unzutreffende Auffassung, dass Aufwendungen für die Ressourcenschonung von der öffentlichen Hand zu finanzieren seien. Das wird treffend herausgearbeitet von Apfelstedt, ZNER 2000, 236 ff.; exemplarisch für das Missverständnis auch Heller, GewArch 2001, 191 (192) und Lecheler, RdE 2001, S. 140 (142).

⁴⁹ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn 65; EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. I-9607, Rn. 16; EuGH, Rs. C-72/91 und 73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Rn. 21; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2005, Rn. 162; Kruse, ZHR 2001, S. 576 ff. Auch der Hinweis auf eine Treuepflicht aus Art. 4 Abs. 3 AEUV ändert an alledem wenig, da Art. 107 AEUV insoweit erkennbar *lex specialis* ist – siehe Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (744); Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (209), Ehrlicke, in: Immennga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 EG Rn. 69 ff.

⁵⁰ Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (749); Schröder, JuS 2004, S. 180 ff.; im Hintergrund dessen stets Schlussanträge GA Mengozzi zu EuGH, Rs. C-206/06, Rn. 97.

⁵¹ Vgl. Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2009, 319 ff.; ferner Schlacke/ Kröger, NVwZ 2013, S. 313 (314).

deutsche stromintensive Unternehmen nur dann, wenn es im jeweiligen ausländischen Mitgliedstaat ebenfalls ein EEG-ähnliches Gesetz mit Umlage, nur ohne besondere Vergünstigung für stromintensive Unternehmen gibt, was jedoch öfters der Fall ist. Ferner könnte der Vorteil auch so verstanden werden, dass es nicht auf den Vorteil gegenüber ausländischen stromintensiven Unternehmen ankommt, sondern auf den Vorteil gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern im Inland. Daran gemessen ergäbe der besondere Ausgleichsmechanismus zweifelsfrei einen Vorteil. Im EuGH-Urteil „Adria-Wien“ zu einer Art besonderem Ausgleichsmechanismus in Österreich von 2001⁵² wird ein solches Beihilfenverständnis vorausgesetzt. Explizit erklärt der EuGH zu Befreiungen von Unternehmen im Falle Österreichs (wie dies die Kommission bereits gegenüber der deutschen Ökosteuer 1999 durchgesetzt hatte), dass keine Beihilfe vorläge, wenn schlicht alle nationale Unternehmen von den Kosten der Erneuerbare-Energien-Förderung befreit würden. Ob der letztgenannte Punkt überzeugen würde, mag hier dahinstehen, da vorliegend nach dem eben Gesagten jedenfalls von einem selektiven Vorteil auszugehen ist, und zwar unabhängig davon, welche der beiden eben angebotenen Interpretationsvarianten zutrifft.

Das größere Problem des Beihilfenbegriffs liegt auch für die Vergünstigungen für stromintensive Unternehmen wieder darin, ob eine „staatliche“ Finanzierung vorliegt.⁵³ Nach dem Wortsinne von „staatlich“ ist es ausreichend, wenn die Leistung von einer durch den Staat errichteten privaten oder öffentlichen Einrichtung gewährt wird und die konkrete Zuwendung dem Staat zurechenbar ist. Sofern die Mittel irgendwie in der Verfügungsgewalt des Staates stehen, könnte auch die Möglichkeit einer Beihilfewirkung vorliegen. Dabei werden unter „zur Verfügung stehende Mittel“ im Sinne von allen Geldmitteln verstanden, auf „die der öffentliche Sektor tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören.“⁵⁴ Der EuGH betrachtete in derart gelagerten Fällen immer die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die jeweiligen unterstützten Unternehmen, wobei von einer Beihilfe nur bei beherrschendem Einfluss des Staates auf die Unternehmen durch eine Mittelkontrolle ausgegangen wurde. So orientierte sich der EuGH beispielsweise in der Nichtigkeitsklage Frankreichs beim Stardust-Urteil maßgeblich an der Bestimmung der Zurechenbarkeit der staatlichen Einflussnahme auf die privilegierte Unternehmen (vorliegend durch Vergabe von Bürgschaften und Darlehen) und an den dem Staat zustehenden Stimmrechten sowie Aktien des gewährenden staatlichen Stelle.⁵⁵ Eine ähnlich gelagerte Situation trat bereits 1988 in der Entscheidung des EuGH „van der Kooy“⁵⁶ auf, in welcher die niederländische Regierung einen Tarif für eine Energiequelle zu einem niedrigeren Niveau als üblich für Unternehmer, die den Gartenbau in Warmhäusern betrieben, geschaffen hatte. Diese besondere Reduktionsmöglichkeit für besondere belastete Unternehmenszweige gleicht dem vorliegend zu betrachtenden besonderen Ausgleich. Hingegen ist es ein Unterschied, dass in der „van der Kooy“-Konstellation der Staat auf einen möglichen Gewinn verzichtet.

In neueren Entscheidungen der Kommission, die zunächst weniger an „PreussenElektra“ ori-

⁵² Vgl. EuGH, C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Slg. I-2001, 8365.

⁵³ Zum Folgenden schon Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2011, S. 319 ff. (dort noch optimistischer hinsichtlich der Nicht-Staatlichkeit und der Rechtfertigbarkeit einer etwaigen Beihilfe).

⁵⁴ EuGH, Rs. C-482/99, Marine Stardust, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission der EG, Slg. I 2002, 4397, Rn. 49.

⁵⁶ EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988.

entiert schienen, war freilich zu bemerken, dass eine Ausweitung der Wertungen jener Rechtsprechung auf Übertragungsnetzbetreiber stattfand, die eben nicht allein im Privateigentum, sondern mit öffentlichen Anteilen bestanden.⁵⁷ So könnte man nach einer weiten Auffassung vom Verständnis der staatlichen Zurechnung, eine Staatshaushaltsbelastung konstruieren, indem man sagt, dass durch Verteilung der Mehrkosten auf alle Verbraucher, der Staat durch Abwälzung auf Private, der Staat letztlich Aufwendungen erspart habe, wodurch grundsätzlich das gleiche Geld wie bei einer direkten Subvention verteilt wird.⁵⁸ Unter Besinnung auf die „PreussenElektra“-Rechtsprechung sowie den Wortlaut hält in den Rechtssachen „Steinike und Weinlig“ oder „Norddeutsches Vieh- und Fischkontor“⁵⁹ der EuGH indes an dem Erfordernis der Zurechenbarkeit in Form einer staatshaushaltsmäßigen Belastung fest. Zeitweilig wich der EuGH hiervon zwar scheinbar ab, insoweit als plötzlich eine Beihilfe darin gesehen wurde, dass ein autorisiertes öffentliches Unternehmen gesammelte Betriebsüberschüsse, also private Spareinlagen, als Solidarleistungen an französische Landwirte vergab.⁶⁰ Die Literatur sah in jener Rechtsprechung bereits eine Aufgabe des Kriteriums „Belastung öffentlicher Mittel“ – letztlich waren die Folgen dieser Rechtsprechung heftig umstritten.⁶¹ In der Entscheidung „Sloman Neptun“ wurden diese Unklarheiten durch den Gerichtshof beseitigt, es wurde wieder die Auffassung aus „Van Tiggele“ und „Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor“ bestätigt, wonach gerade eine „Belastung öffentlicher Mittel“ maßgeblich für das Merkmal der Beihilfe ist.⁶² Es sollen nicht alle von einem Staat gewährten Vorteile durch die Differenzierung zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Mitteln als Beihilfen erfasst werden, sondern sie müssen zum Vorliegen einer Beihilfe auch unmittelbar vom Staat gewährte Vorteile oder über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt worden sein.⁶³

Beim besonderen Ausgleich entscheidet das BAFA – ohne Ermessensspielraum im Allgemeinen, aber sehr wohl mit einem Ermessensspielraum im prognostischen Teil der Entscheidung, wie oben angesprochen – über die Begünstigung stromintensiver Unternehmen der EEG-Umlage. Der EuGH nahm in „PreussenElektra“ an, dass „die Aufteilung der sich für die privaten EVU aus der Abnahmepflicht ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel“⁶⁴ darstelle. Dennoch ist der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass zum Vorliegen einer Beihilfe gerade nicht als erforderlich angesehen wird, dass es zu einem konkret staatlichen Mittelfluss kommt.⁶⁵ Es genügt nach Auffassung des EuGH inso-

⁵⁷ Entscheidung KOM v. 22.05.2002, Beihilfe-Nr. NN 27, 2000, Abl. C 164/5 v. 10.07.2000 und Entscheidung KOM v. 22.05.2000, Beihilfe-Nr. NN68/200, Abl. C164/5 v. 10.07.2000 (Deutschland); Entscheidung KOM v. 24.04.2002, Beihilfe-Nr. N 149/2000, Abl. C 222/2 v. 18.09.2002 (Belgien); Entscheidung KOM v. 16.03.2004, Beihilfe-Nr. N 342/2003, ABl. 250/10 v. 08.20.2005 (Dänemark); Entscheidung KOM v. 19.05.2004, Beihilfe-Nr. N 618/03, Abl. C 250/11 v. 08.10.2005.

⁵⁸ Vgl. Schmid-Kühnhöfer, Die Staatlichkeit von Beihilfen, Mittel- und Transferzurechnung nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, 2004, S. 116.

⁵⁹ EuGH, Rs. 213/81, Norddeutsches Vieh- und Fischkontor Herbert Will u.a./Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Slg. 1982, 3583, Rn. 22.

⁶⁰ EuGH, Rs 290/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1993, I-887 = NJW 1985, S. 2889 (2890).

⁶¹ Soltész, EuZW 1998, 747 (749); Schmid-Kühnhöfer, Staatlichkeit, S. 117.

⁶² EuGH, Rs C-72/91, Sloman Neptun, NZA 1993, S. 799, Rn. 21; Soltész, EuZW 1998, S. 747 (749); Schmid-Kühnhöfer, Die Staatlichkeit von Beihilfen, S. 117.

⁶³ EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo u.a./Ente Poste Italiane, EuZW 1998, S. 473, Rn. 13.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 60.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-387/92, Banco Exterior de España, EuZW 1994, 346, Rn. 14; EuGH, Rs. C-482/99, Französi-

weit „wenn die festsetzende Stelle unter der Kontrolle und nach Richtlinien der öffentlichen Gewalt handelt (...) und diese anders als ein normaler Wirtschaftsteilnehmer ihre Macht dafür einsetzt, ... dadurch einen finanziellen Vorteil zukommen zu lassen“.⁶⁶ Anders als bei der EEG-Umlage als solcher, auf die die BAFA keinerlei Einfluss hat, liegt für die Begünstigung stromintensiver Unternehmen daher die Bejahung des Merkmals der Staatlichkeit und damit das Vorliegen einer Beihilfe nahe.⁶⁷

Trotz Vorliegens einer tatbestandlichen Beihilfe zugunsten stromintensiver Unternehmen im Rahmen des EEG könne diese jedoch nach Art. 107 AEUV gerechtfertigt sein. Wie eingangs bereits erwähnt, lässt die Norm – nach näherer Konkretisierung der EU-Kommission - insbesondere umweltschutzförderliche Beihilfen durchaus zu. So sah die Kommission im Fall des luxemburgischen Ausgleichsmechanismus⁶⁸ zugunsten des besonders belasteten Gewerbes eine gerechtfertigte Beihilfe, weil jene Zahlungen letztlich auch Bestandteil der nationalen Erneuerbare-Energien-Förderprogramme waren. Jene Unternehmen unterlagen selbst emissionsbezogenen Reduktionsvorgaben⁶⁹ sowie anderen zu ergreifenden Umweltschutzmaßnahmen. Es fällt im Falle der deutschen Begünstigung stromintensiver Unternehmen jedoch schwer, darin einen umweltschutzbezogenen Vorteil zu erkennen, der sodann unter Art. 107 Abs. 3 AEUV subsumiert werden könnte. Denn eine Kostenentlastung von Vielverbrauchern von Strom begünstigt letztlich den Stromverbrauch. Selbst wenn man demgegenüber annähme, dass dies unerheblich sei, da im gleichen Atemzug die Endverbraucher ja eine erhöhte EEG-Umlage träfe, so entsteht aus alledem doch allenfalls eine neutrale Wirkung, aber kein ökologischer Vorteil. Die von der EU-Kommission als Konkretisierung des Rechtfertigungstatbestands geschaffenen Umweltbeihilfeleitlinien und die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) sind demgegenüber nach den in diesen Rechtsakten aufgezählten Kategorien auf Verschonungssubventionen mit ökologisch nicht vorteilhafter Wirkung gerade nicht anwendbar, sondern eben gerade auf einen verbesserten Umweltschutz hin ausgerichtet.⁷⁰ Somit bestehen massive beihilferechtliche Bedenken gegen die §§ 40 ff. EEG.

D. Direkte und indirekte Förderungen der Atomenergie

Die Kritik am EEG äußert sich auffällig selten zu den ebenso den Wettbewerb verzerrenden Maßnahmen, die in den vergangenen Jahrzehnten zugunsten der fossilen Energieträger erfolgten (und zwar direkt staatlich) – und gegen die sich die EE-Unterstützung in der Quantität

sche Republik/Kommission der EG, Slg. I 2002, 4397, Rn. 36.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Slg. I-2001, 8365, Rn. 39 f.; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 28.

⁶⁷ Das letzte Begriffsmerkmal der Beihilfe, die Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Staaten, dürfte demgegenüber unschwer zu bejahen sein; kurz dazu Ekardt/Steffenhagen, *JbUTR* 2011, S. 319 ff.

⁶⁸ Entscheidung KOM v. 05.06.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002; ähnlich Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003 und Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

⁶⁹ Entscheidung KOM v. 28.01.2009, Beihilfe-Nr. NN 75/01 (wurde zu C-43/02), 20.06.2009, *ABl.* L-159/11; die Regelungen des luxemburgischen Fördergesetzes für erneuerbare Energien ließen einen besonderen Ausgleich nur zu, wenn das Unternehmen selbst eine Reduktionsrate von 15 % aufwies bzw. selbst den Einsatz regenerativer Energie besonders fördern.

⁷⁰ Ausführlich zu diesen Regelwerken und besonders zum Begriff der umweltbezogenen Mehrkosten als Kriterium für die Angemessenheit einer Beihilfe siehe Rosenfeld/Lünenbürger/Ruszkowska, *Rechtliche Untersuchung des Begriffs der „umweltbezogenen Mehrkosten in den Umweltbeihilfeleitlinien*, UBA-Texte, 2013.

eher bescheiden ausnimmt. Erst diese Vorbedingungen führen überhaupt dazu, dass es jetzt einer systematischen Förderung der EE-Verstromung bedarf: Wären Kohle und Kernenergie nie subventioniert worden und würden ihnen zudem noch die tatsächlichen externen Kosten ihrer Verstromung angelastet, wären die EE längst wettbewerbsfähig – und stattdessen würden Braunkohle und Uran als Energiequelle vom Markt gedrängt. Diese Umstände würden selbst dann, wenn die Erneuerbare-Energien-Förderung eine Beihilfe wäre, ggf. ihre Rechtfertigung tragen.⁷¹

Deshalb sollte verstärkt thematisiert werden, dass die Regelungen über die begrenzte Deckungsvorsorge für atomare Unfälle sowie die Abwesenheit einer Versicherungspflicht gegen atomare Unfälle (§§ 13, 34 AtG) viel eher ihrerseits den Beihilfetatbestand des Art. 107 AEUV erfüllen. Auch wenn die friedliche Nutzung der Kernenergie nicht unmittelbar Regelungsgegenstand des AEUV ist, sondern mit dem EAGV über ein eigenes europäisches Vertragswerk verfügt, ist das Beihilfenregime gleichwohl anwendbar, weil das Primärrecht der Atomenergie kein eigenes abweichendes Beihilferegularium bereithält. Die faktische staatliche Haftungsermäßigung durch den niedrigen Satz der vorgeschriebenen Deckungsvorsorge erfüllt das Merkmal der staatlichen Begünstigung nach Art. 107 AEUV. Dabei geht es auch keinesfalls um kleine Beträge: Einer der Gründe, warum eine zu geringe Deckungsvorsorge respektive fehlende Vollversicherungspflicht bislang gesetzlich vorgegeben wird, liegt darin, dass auf dem privaten Versicherungsmarkt bei nüchterner, vorurteilsfreier Kalkulation der Schäden und ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit eine Super-GAU-Versicherung nur zu Prämien zu haben wäre, die die Wirtschaftlichkeit des AKW-Stroms beseitigen würde. Dies würde umso mehr gelten, wenn man der Atomwirtschaft auch die jahrelangen Förderungen im Bereich der Forschung und teilweise sogar der Errichtung von Kraftwerken angelastet hätte.⁷²

Ganz generell sind nach Auffassung der EU-Kommission Haftungsfreistellungen und -erleichterungen staatliche Beihilfen⁷³, und zwar eben in Gestalt der eingangs des Beitrags erwähnten Verschonungssubventionen. Beihilfecharakter könnte darüber hinaus die Befreiung der Rückstellungen für die spätere Entsorgung und Beseitigung der AKWs von einer Gewinnbesteuerung haben; das Problem liegt insoweit bei der Frage, ob die Rückstellungen einen spezifischen Wirtschaftszweig begünstigen. Denn eine spezielle Rechtsgrundlage für die Rückstellungen im AtG fehlt; andere Unternehmen dürfen sie ebenfalls bilden. Die faktische Finanzbehördenpraxis wäre gleichwohl eine staatliche Beihilfe, wenn sie zum Ausdruck brächte, dass die AKW-Betreiber in einer Weise begünstigt werden, die anderen Unternehmen faktisch verwehrt wird. Nach dem EuGH ist jedenfalls die Gewährung von Steuervorteilen⁷⁴, soweit sie sich nicht aus der Natur oder dem inneren Aufbau des Steuersystems ergibt, eine Beihilfe. Bezüglich der Rückstellungen für die spätere Brennstäbeentsorgung stundet der Staat faktisch die Gewinnbesteuerung und ermöglicht zudem in der Zwischenzeit die freie Verfügbarkeit der Beträge (was den Unternehmen, die die AKWs betreiben, den Energieverkauf zu geringen Preisen im liberalisierten Markt weiter erleichtert und die Wettbewerbschaffung erschwert). Allerdings ist insoweit keine atomrechtliche Bereichsspezifika gegeben, weil es sich um allgemeine Regeln des Steuerrechts handelt.⁷⁵ Insofern ist das Vorliegen einer

⁷¹ Vgl. statt vieler Schwintowski, ZNER 2001, S. 82 (84).

⁷² Zu den empirischen Zusammenhängen eingehend Henricke/ Welfen, Energiewende nach Fukushima, 2012.

⁷³ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. EG 2000 Nr. C71/ 14.

⁷⁴ EuGH, Rs. 173/73, Slg. 1974, 709 (718); vgl. auch Kühling, RdE 2001, 93 (99).

⁷⁵ Vgl. Kühling, RdE 2001, S. 93 (99 ff.); a.A. Hermes, ZNER 1999, S. 156 (162 ff.); zur Rückstellungs-

Beihilfe hinsichtlich der Rückstellungen unsicher.

Dagegen ist die Haftungserleichterung eine Beihilfe und bedarf einer Rechtfertigung gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV. Und diese scheidet voraussichtlich (ebenso wie übrigens wohl diejenige von Kohlesubventionen, was hier aus Raumgründen nur am Rande notiert sei): Weil die staatliche Förderung der Atomenergie den Anreiz für Energieeffizienzmaßnahmen und den Erneuerbare-Energien-Ausbau mindert, gleichzeitig aber gravierende Folgeprobleme wie das Endlagerproblem, das Attentatsrisiko, das Unfallrisiko u.a.m. aufwirft, spricht vieles dafür, insoweit von einer nicht zu rechtfertigenden Beihilfe auszugehen.⁷⁶ Es ist deshalb wenig verwunderlich, dass die EU-Kommission in diesen Tagen offenbar darüber nachdenkt, ihre Beihilfeleitlinien konkret bezogen auf die Atomenergie zu verändern, wobei insoweit wohl sogar direkte Errichtungsförderungen zugelassen werden sollen. Dass dies rechtspolitisch gesehen weder unter umwelt- und gesundheitsbezogenen Gesichtspunkten einleuchtet noch (angesichts der darin liegenden Förderung oligopolistischer Unternehmen) mit dem Wettbewerbsgedanken des EU-Binnenmarktes harmoniert, steht auf einem anderen Blatt.

E. Ermäßigungen bei Energiesteuer und Stromsteuer

Zumindest cursorisch sei noch angemerkt, dass eine ganze Reihe weiterer Verschonungssubventionen in Deutschland existieren, die ebenfalls für die Energiewende kontraproduktiv sein dürften und wiederum auch wenig mit der Idee eines unverzerrten Wettbewerbs zu tun haben. Steuerbefreiungen greifen unter anderem bezogen auf die Energie- bzw. die Stromsteuer in den folgenden Fällen: Strom zur Stromproduktion (§ 9 Abs. 1 StromStG) und Energieerzeugnisse zur Energieproduktion (sog. Herstellerprivileg oder Eigenverbrauch, § 26 EnergieStG), Strom und Energie aus bestimmten erneuerbaren Quellen (§ 50 EnergieStG, § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG), Strom und Energieverwendung für bestimmte Prozesse, die sehr energieintensiv sind oder die anderen Zwecken als dem Verheizen dienen (§ 51 EnergieStG und § 9a StromStG), Energie für die Kraft-Wärme-Kopplung (§ 53, § 53a, § 53b EnergieStG). Für Unternehmen des produzierenden Gewerbes gibt es zwei Ermäßigungsstufen: die Ermäßigung der Steuersätze und der so genannte Spitzenausgleich („Entlastung in Sonderfällen“): Das ist die Erstattung der nach Ermäßigung verbleibenden und mit der Entlastung beim Rentenversicherungsbeitrag verrechneten Ökosteuernlast; (§§ 54, 55 EnergieStG, 9b, 10 StromStG). Zwar werden diese Begünstigungen gerade schrittweise reduziert und in der Gewährung an einzelne ökologische Leistungen gekoppelt. Doch ist nicht nur deren Äquivalenz mit der Begünstigung teilweise zweifelhaft; gleichzeitig wird inzwischen aus dem Energie- und Klimafonds eine weitere Vergünstigung für Unternehmen zum Ausgleich von Emissionshandelskosten gezahlt.⁷⁷ Dies konterkariert nicht nur das Preissignal aus dem EU-Emissionshandel. Es weckt vielmehr erneut deutliche Zweifel an der Kompatibilität mit dem EU-Beihilfenregime.

F. Fazit – WTO-Parallelen, Art. 194 AEUV und internalisierte externe Kosten

Nach alledem lässt sich festhalten: Das EU-Beihilfenrecht ist primär keinesfalls eine Art

Steuerungsbefreiung Heintzen, *StuW* 2001, S. 71 (76 f.).

⁷⁶ Vgl. zu den Problemen schon Ekarth, *Theorie*, § 6 A. I.; zu den empirischen Zusammenhängen Henricke/ Welfen, *Energiewende*, passim.

⁷⁷ <http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2013-06/27267810-spd-und-umweltverbaende-wettern-gegen-neue-strom-subventionen-003.htm>

Schranke für die Energiewende (bezogen auf die EEG-Förderung), wie immer wieder an klingt. Das Beihilfenrecht könnte die Energiewende vielmehr gerade unterstützen, indem es zum Abbau bestimmter kontraproduktiver Bestimmungen beiträgt. Die Energie- und Klimawende in Deutschland und andernorts könnte eine solche Unterstützung angesichts ihrer (bezogen auf das reale Handeln) durchaus ausbaufähige Ambitioniertheit gut gebrauchen.⁷⁸ Würde die EU-Kommission dies konsequenter zur Geltung bringen, würden vielleicht die Mitgliedstaaten stärker als bisher nach Art. 194 Abs. 2 AEUV auf ihr Recht zur Selbstbestimmung über ihre Energieversorgung pochen. Doch könnte jene Norm auch im Wege systematischer Auslegung wohl wenig gegen das Beihilfenregime ausrichten, ist sie doch zugleich in ihrem Abs. 1 eine Art Blankoscheck für eine weitreichende EU-Determinierung der Energiepolitik. Es bleibt also das Ergebnis: Wer als EU-Mitgliedstaat systematisch die eigene Energie- bzw. Klimapolitik durch Ausnahmen zur vermeintlichen Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit verwässert, schafft sich selbst zumindest massive Rechtsunsicherheiten.⁷⁹

Die Notwendigkeit, gerade im Umweltkontext auch Verschonungssubventionen zu problematisieren, besteht übrigens ähnlich wie im EU-Beihilfenrecht auch im Welthandelsrecht, und auch dort wird sie bisher wenig wahrgenommen. Nach Art. XVI:1 GATT ist eine Einkommens- oder Preisstützung in einem bestimmten, hier nicht näher darzulegenden detaillierten Rahmen ggf. unerlaubt, sofern sie „operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product“. Gemäß Art. 1 des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (ÜSCM) werden Subventionen (im Rahmen eines WTO-Subventionsverbots) definiert als finanzielle Beihilfen eines WTO-Mitglieds, die eine Vorteilsgewährung beim Empfänger (z.B. bei einem Unternehmen) darstellt.⁸⁰ Nicht erforderlich ist, dass einer öffentlichen Stelle hierdurch Kosten entstehen, da für das ÜSCM allein die letztendliche Verfälschung einer Wettbewerbssituation entscheidend ist.⁸¹ Insoweit ist der Subventionsbegriff im WTO-Recht eher noch weiter als der EU-Beihilfebegriff.

Nimmt man den Begriff der Verschonungssubvention wirklich ernst, müsste man ihn über Steuer- und Haftungserleichterungen hinaus eigentlich auch auf Sachverhalte anwenden, in denen Umweltschäden, z.B. Beiträge zum Klimawandel, den Verursachern nicht adäquat angelastet werden. Um diesen Rechtsgedanken zu formulieren, benötigt man nicht die von Ökonomen gepflegte Rede von der „Internalisierung externer Kosten“, die den irrigen Eindruck erweckt, es könnten sämtliche Vor- und Nachteile von gesellschaftlichem Handeln und Untertassen in einen exakten Geldwert übersetzt und damit juristische Abwägungsrahmen und die politische Zielfindung innerhalb dessen obsolet gemacht werden.⁸² Es geht hier im europäi-

⁷⁸ Die schönerechneten deutschen und europäischen Treibhausgasreduktionszahlen, der einseitige Fokus auf Strom (statt auch auf Wärme, Treibstoff und die stofflichen Nutzungen der fossilen Brennstoffe) und das relative Scheitern selbst der vorhandenen Politiken an mangelnder Zielstrenge, Vollzugsschwächen, Rebound-Effekten und Verlagerungseffekten u.a.m. werden ausführlich behandelt bei Ekardt, Theorie, § 1 B. I., § 2 und § 6; in Kurzform auch Ekardt, Natur & Landschaft 2012, 526 ff. und Ekardt, in: Radtke/Hennig, Die deutsche „Energiewende“ nach Fukushima, 2013, i.E.

⁷⁹ Diese europarechtlichen Risiken sind – neben ökologischen Erwägungen – ggf. ein Argument dafür, die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit künftig weniger über Ausnahmen für bestimmte Industriezweige zu suchen, sondern vielmehr über ein System von Border Adjustments; näher dazu Ekardt/Schmeichel, Critical Issues in Environmental Taxation 2009, S. 737 ff. sowie Ekardt, Theorie, § 6 E. III. und § 7 C.

⁸⁰ Ausführlich zu den Einzelheiten des Subventionsbegriffes Pitschas, in: Prietz/ Berrisch (Hg.), WTO-Handbuch, 2003, B.I.12., Rn. 59 ff.

⁸¹ Klargestellt wurde dies durch die WTO-Rechtsprechung in dem Verfahren Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, Report of the Appellate Body of 2 August 1999, WT/DS70/AB/R, para. 154 ff.

⁸² Es wurde andernorts mehrfach ausführlich dargelegt, dass die ökonomische Bewertung in Umweltfragen (Klima, Biodiversität u.a.m.) einer Reihe zentraler Kritikpunkte ausgesetzt ist, die sowohl die Grundlagen des

schen und deutschen Verfassungsrecht vielmehr um das Verursacherprinzip, das nicht nur in Art. 191 Abs. 2 AEUV, sondern auch im menschenrechtlichen Freiheitsbegriff auf Schrankebene als Junktum von Freiheit und Folgenverantwortlichkeit enthalten ist: Denn zur freiheitsrechtlichen Autonomie des Menschen gehört es auch, dass man die negativen Folgen des eigenen Handelns nicht auf andere abschiebt, sondern selbst (auch kostenmäßig) für sie einsteht.⁸³

Ansatzes als auch seine konkrete Anwendung in Frage stellen. Vgl. Ekardt, Theorie, §§ 3 D., 5 C. IV.; Ekardt, JöR 2013, S. 89 ff.; Ekardt/Hennig, Ökonomische Instrumente und Bewertung der Biodiversität – Lehren aus dem internationalen Klimaschutz?, 2013, i.E. A.a.O. wird jeweils auch herausgearbeitet, dass trotz der Defekte der ökonomischen Bewertung (als Konkurrenzunternehmen zur juristischen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Abwägung) das Steuerungskonzept überzeugend bleibt, Umweltschutz verstärkt über Abgaben und Zertifikatmärkte und damit über ökonomische Instrumente zu betreiben. Denn die Steuerungsidee, dass man menschliches Verhalten über Geldanreize wirksam beeinflussen kann, bleibt auch für politisch-rechtlich gefundene Ziele und nicht etwa nur für ökonomisch pseudo-exakt ausgerechnete optimale Gesellschaftszustände überzeugend.

⁸³ Zum Junktum von Freiheit und Folgenverantwortlichkeit als Element der grundrechtlichen Abwägung Ekardt, JbUTR 2006, S. 63 ff.; Ekardt, Theorie, § 4 C. V.; in der Judikatur klingt es z.B. an bei BVerfGE 115, 118 ff.