

**Abschlussbericht
zum Dienstleistungsauftrag**

**„Europarechtliche Fragen deutscher
Förderinstrumente für Erneuerbare Energien“**

Vorhaben 03MAP223

**Projektleiterin: Prof. Dr. Sabine Schlacke
Wiss. Mitarbeiter James Kröger, LL.M.**



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	6
Einleitung	7
Teilgutachten 1: Vereinbarkeit der Anforderungen im EEWärmeG an den Biogaseinsatz mit dem Europarecht, insbesondere mit Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen.....	8
I. Executive Summary	8
II. Einführung	9
1. Problemstellung	9
2. EEWärmeG – Regelungssystematik und Anforderungen an den Biogaseinsatz.....	10
3. Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen – Regelungssystematik.....	11
III. Vereinbarkeit des KWK-Erfordernisses mit Richtlinie 2009/142/EG	12
1. Richtlinie 2009/142/EG als abschließender Prüfungsmaßstab?.....	12
a) Historische Auslegung - Neue Konzeption Technische Harmonisierung.....	13
b) Teleologische Auslegung - Zielkongruenz	15
aa) Ziele der Richtlinie 2009/142/EG	15
bb) Zielsetzungen des KWK-Erfordernisses im EEWärmeG	16
cc) Zwischenergebnis	18
c) Systematische Auslegung.....	19
aa) Ökodesignrichtlinie 2009/125/EG	19
bb) Gebäudeeffizienzrichtlinie 2002/91/EG	20
cc) KWK-Richtlinie 2004/8/EG	21
dd) Zwischenergebnis	21
d) Kompetenzrechtliche Grenzen der Harmonisierung	21
e) Zwischenergebnis.....	23
2. Vereinbarkeit mit der Freiverkehrsklausel in Art. 4 RL 2009/142/EG.....	23
a) Inverkehrbringen und Inbetriebnahme	24
aa) Inverkehrbringen.....	24
bb) Inbetriebnahme	25
b) Untersagung, Einschränkung, Behinderung	26
c) Zwischenergebnis	28
IV. Vereinbarkeit mit der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit.....	28
1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit.....	29
2. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.....	29
3. Rechtfertigung einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit (Hilfsgutachten).....	33
4. Ergebnis	35

Teilgutachten 2: Die europarechtliche Bewertung von im Ausland und im Inland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Anerkennung von importiertem Biogas im

Rahmen der nationalen Förderinstrumente und der Erfüllung der europäischen Zielvorgaben für Erneuerbare Energien..... 36

I. Executive Summary	36
II. Einführung	37
1. Nationale und Europäische Zielvorgaben für die energetische Biogasnutzung	37
2. Energetische Biogasnutzung und Einspeisung ins Erdgasnetz	38
3. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Einspeisung von Biogas ins Erdgasnetz	39
a) Rechtlicher Rahmen für Netzanschluss und Einspeisung von Biogas gemäß GasNZV	39
b) Anerkennung und Förderung von Biogas im EEG	41
c) Anerkennung und Förderung von Biogas im EEWärmeG	43
III. Vereinbarkeit der deutschen Förderregelungen mit der Warenverkehrsfreiheit	44
1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)	45
a) (Bio-)Gas als Ware	45
b) Warenqualität von in das deutsche Erdgasnetz eingespeistem Biogas	45
aa) Massenbilanzsysteme und nationales Biogasregister	46
(1) Funktionsweise von Massenbilanzsystemen	46
(2) Funktionsweise des Biogasregisters Deutschland	48
bb) Bedeutung der Massenbilanzierung und des Biogasregisters für die Wareneigenschaft von in Deutschland eingespeistem Biogas	49
c) Warenqualität von im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas	49
d) Grenzüberschreitender Bezug und keine abschließende Harmonisierung durch EE-RL	51
2. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung bzw. Maßnahme gleicher Wirkung	51
3. Rechtfertigung	53
a) Geeignetheit der Maßnahme	53
aa) Gewährleistung der Fördereffizienz	54
bb) Einhaltung anlagenspezifischer Umwelt- und Klimaschutzanforderungen	55
cc) Nachvollziehbarkeit des Transports von Biomethan	56
b) Erforderlichkeit der Maßnahme	56
c) Angemessenheit der Maßnahme	57
aa) Nationale Fördersysteme: weiter Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	58
bb) Angemessenheit aufgrund fehlender unionsweiter Nachweis- und Massenbilanzierungssysteme	59
IV. Zusammenfassung	60

Teilgutachten 3: Gesamtbewertung der Besonderen Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen vor dem Hintergrund der aktuellen europäischen Entwicklung..... 61

I. Executive Summary	61
II. Einführung	61
1. Ziel und Zweck des EEG	62
2. Allgemeiner Ausgleichsmechanismus im EEG	62
a) Einspeisevergütung und Marktprämie	62
b) Bundesweiter Ausgleichsmechanismus	63

c) Kosten der EEG-Förderung	63
3. Besonderer Ausgleichsmechanismus im EEG	64
4. Anwendung der besonderen Ausgleichsregelung	65
III. Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung mit EU-Beihilfenrecht	66
1. Kommissionsentscheidung zum österreichischen Ökostromgesetz	66
a) Förderung großer Stromverbraucher im österreichischen Ökostromgesetz	67
b) Die beihilfenrechtliche Würdigung der Kommission	67
aa) Zahlung von Einspeisetarifen an Ökostromerzeuger	68
bb) Befreiungsmechanismus für stromintensive Unternehmen	68
2. Vorliegen einer Beihilfe	70
a) Vorteil	70
b) Selektivität	72
c) Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels	74
d) Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit	75
e) Zwischenergebnis	78
IV. Ergebnis	79

Teilgutachten 4: Auswirkungen von Eigentumsveränderungen bei Netzbetreibern, Übertragungsnetzbetreibern und Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die europäische Einordnung des EEG, insbesondere mit Blick auf die Änderungen in der Eigentümerstruktur von EnBW 80

I. Executive Summary	80
II. Einführung	81
III. Eigentümerstruktur der deutschen Elektrizitätswirtschaft	82
1. Allgemeines	82
a) Übertragungsnetzbetreiber	82
b) Verteilnetzbetreiber	83
c) Vertriebssebene	84
2. EnBW	84
3. Rekommunalisierung	85
4. EnBW als öffentliches Unternehmen	85
5. Entflechtung der deutschen Elektrizitätswirtschaft	86
IV. EEG-Fördermechanismus	87
V. Beihilfenrechtliche Bewertung	87
1. Problemstellung	87
2. Das ‚Staatlichkeit der Mittel‘-Kriterium zwischen privatem und öffentlichem Eigentum	89
a) Ausgangspunkt: PreussenElektra-Urteil des EuGH	89
b) Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission	91
aa) EuGH-Urteil in der Rechtssache C-482/99 – Frankreich/Kommission („Stardust Marine“)	91
bb) Entscheidungen der Kommission NN 27/2000 und NN 68/2000 – Deutschland	92
cc) Entscheidung der Kommission N 602/2004 – Dänemark	92
dd) Entscheidung der Kommission C 41/2005 – Ungarn	93
ee) EuGH-Urteil in der Rechtssache C-206/06 – Essent Netwerk Noord BV	94

c) Bewertung.....	94
VI. Bedeutung für bundesweiten Ausgleichsmechanismus im EEG	96
1. Staatlichkeit der Mittel-Analyse.....	97
2. Mangelnde Zurechenbarkeit des EEG-Mittelflusses zum Staat.....	98
VII. Zusammenfassung	101
Literatur	102

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BioKraft-NachV	Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung
BioSt-NachV	Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
BNetzA	Bundesnetzagentur
bzw.	beziehungsweise
Dena	Deutsche Energie-Agentur
d.h.	das heißt
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EE-RL	Erneuerbare-Energien-Richtlinie
EEWärmeG	Erneuerbare-Energien-Wärmegegesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GasNEV	Gasnetzentgeltverordnung
GasNZV	Gasnetzzugangsverordnung
GWh	Gigawattstunde
kWh	Kilowattstunde
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
Mrd.	Milliarde
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
OeMAG	Abwicklungsstelle für Ökostrom Österreich
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SRU	Sachverständigenrat für Umweltfragen
StrEG	Stromeinspeisungsgesetz
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
vgl.	vergleiche
WBGU	Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen
z.B.	zum Beispiel
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einleitung

Dieser Abschlussbericht enthält die wesentlichen Ergebnisse des im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit ausgeführten Forschungsvorhabens „Europarechtliche Fragen deutscher Förderinstrumente für Erneuerbare Energien“. Der vom Projektträger Jülich vergebene Dienstleistungsauftrag wurde an der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht der Universität Bremen unter der Projektleitung von Frau Prof. Dr. Sabine Schlacke und der wissenschaftlichen Mitarbeit von Herrn Dipl.-Jur. James Kröger, LL.M. im Zeitraum von Juni 2011 bis September 2012 bearbeitet.

Dieser Abschlussbericht setzt sich in der Folge aus den vier im Rahmen dieses Forschungsvorhabens erarbeiteten Rechtsgutachten zusammen. Das erste Rechtsgutachten untersucht die Vereinbarkeit der derzeitigen Anforderungen im Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) an den Einsatz von Biogas mit dem Europarecht und insbesondere der Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen. Konkret geht das Rechtsgutachten der Frage nach, ob die in Nummer II.1 lit. a) der Anlage zum EEWärmeG vorgesehene Pflicht zur Biogasnutzung in einer hocheffizienten Kraft-Wärme-Kopplungsanlage als Voraussetzung für die Anerkennung des Biogaseinsatzes auf die Nutzungspflicht in § 3 Abs. 1 EEWärmeG mit der Freiverkehrsklausel der Gasverbrauchsgesetzrichtlinie vereinbar und ggf. ein Rückgriff auf die primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe mangels Sperrwirkung der Gasverbrauchsgesetzrichtlinie möglich ist. Der Einsatz von Biogas ist auch Gegenstand des zweiten Rechtsgutachtens, welches eine europarechtliche Bewertung von im Ausland und im Inland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas insbesondere im Hinblick auf die möglichen Anerkennungsvoraussetzungen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vornimmt. Konkret untersucht das Rechtsgutachten, inwiefern die Begrenzung der Regelung zur Gasäquivalentnutzung in § 27c EEG auf im Inland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist. Maßgeblich zu berücksichtigen war im Rahmen dieses Rechtsgutachtens die Existenz (privat organisierter) Massenbilanzierungssysteme. Das dritte Rechtsgutachten untersucht demgegenüber die europarechtliche Zulässigkeit der besonderen Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen, die gemäß §§ 40 f. EEG eine Begrenzung der von den betroffenen stromintensiven Unternehmen zu zahlende EEG-Umlage bewirkt. Maßgeblicher Prüfmaßstab war hierbei das europäische Beihilfenrecht. Schließlich widmete sich das letzte im Rahmen dieses Forschungsvorhabens erstellte Rechtsgutachten den Auswirkungen von Eigentumsveränderungen bei Netzbetreibern, Übertragungsnetzbetreibern und Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die europarechtliche Einordnung des EEG-Fördermechanismus. Konkret war hierbei zu untersuchen, inwiefern eine zunehmende öffentliche Eigentümerschaft in der Elektrizitätswirtschaft die beihilfenrechtliche Bewertung des EEG insbesondere im Hinblick auf die Beihilfentatbestandsmerkmale ‚staatliche Mittel‘ und ‚Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat‘ modifiziert.

Damit leisten die im Rahmen dieses Forschungsvorhabens gefundenen Ergebnisse einen wichtigen Beitrag zur europarechtlichen Diskussion um die Ausgestaltung der Förderinstrumente für erneuerbare Energien in Deutschland und somit mittelbar zur rechtlichen Ausgestaltung der Energiewende.

Teilgutachten 1: Vereinbarkeit der Anforderungen im EEWärmeG an den Biogaseinsatz mit dem Europarecht, insbesondere mit Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen

I. Executive Summary

1. Das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) stellt die Anerkennung des Einsatzes von Biogas als Erfüllung der ordnungsrechtlichen Pflicht, den Wärmebedarf anteilig durch die Nutzung erneuerbarer Energien zu decken, unter die Bedingung, dass dieses in Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) genutzt wird. Dieses Erfordernis steht in einem potentiellen Konflikt zur Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen sowie der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit. Die Eigentümer von Neubauten könnten möglicherweise dazu geneigt sein, aufgrund des KWK-Erfordernisses im EEWärmeG in ihrer Kaufentscheidung eine KWK-nutzende Gasverbrauchseinrichtung einer konventionellen, den Anforderungen der Richtlinie 2009/142/EG jedoch genügenden Gasverbrauchseinrichtung vorzuziehen, wodurch letztlich auch der freie Warenverkehr von konventionellen Gasgeräten beeinträchtigt sein könnte.

2. Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen harmonisiert abschließend die sicherheits- und gesundheitsschutzrelevanten Produkthanforderungen an Gasverbrauchseinrichtungen. Eine historische, teleologische, systematische und kompetenzrechtliche Auslegung der Gasgeräte richtlinie kommt zu dem Ergebnis, dass diese abschließende Harmonisierungswirkung jedoch nicht die energieeffiziente Nutzung in einer KWK-Anlage umfasst. Entsprechend entfaltet die Gasgeräte richtlinie keine Sperrwirkung im Hinblick auf eine Prüfung des KWK-Erfordernisses am Maßstab der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit.

3. Das KWK-Erfordernis des EEWärmeG stellt keinen Verstoß gegen die Freiverkehrsklausel in Art. 4 Abs. 1 der Gasgeräte richtlinie dar. Die darin enthaltenen Alternativen des Untersagens, der Einschränkung oder der Behinderung des Inverkehrbringens oder der Inbetriebnahme von den Anforderungen der Richtlinie genügenden Gasverbrauchseinrichtungen müssen restriktiv am Sinn und Zweck der Richtlinie ausgelegt werden. Die Alternativen der Freiverkehrsklausel sollen sicherstellen, dass der Marktzugang von CE-zertifizierten Gasverbrauchseinrichtungen nicht durch nationale Regelungen hinsichtlich sicherheits- und gesundheitsrelevanter Produkteigenschaften erschwert wird. Vor dem Hintergrund, dass das KWK-Erfordernis jedoch keine Produkteigenschaft regelt, sondern vielmehr bezweckt, die Nutzungsphase von Gasgeräten ökologisch nachhaltig zu gestalten, kann hierin kein Verstoß gegen die Freiverkehrsklausel gesehen werden.

4. Ebenso stellt das KWK-Erfordernis des EEWärmeG keinen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit dar. Unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur warenverkehrsrechtlichen Bewertung von Nutzungsbeschränkungen kann im KWK-Erfordernis bereits keine Maßnahme gleicher Wirkung gesehen werden, da dieses das Verhalten der Verbraucher nicht derart erheblich beeinflusst, dass dadurch der Marktzugang von konventionellen Gasgeräten aus dem EU-Ausland behindert wird.

5. Da das KWK-Erfordernis das Ziel verfolgt, die Förderung des Einsatzes erneuerbarer Energien zur Wärmeerzeugung durch eine Minimierung von Nutzungskonflikten ökologisch nachhaltig zu gestalten, wäre eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit jedenfalls aus zwingenden Gründen des Klima- und Umweltschutzes gerechtfertigt.

II. Einführung

Das vorliegende Rechtsgutachten hat zur Aufgabe, die Vereinbarkeit der Anforderungen im EEWärmeG an den Einsatz von Biogas mit dem Europarecht, insbesondere Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen, zu untersuchen.

1. Problemstellung

Die Regelungskomplexe des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (EEWärmeG)¹ und der Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG weisen ein gewisses Konfliktpotential auf: Im Kontext des EEWärmeG wird der Einsatz von Biogas nur dann im Hinblick auf die ordnungsrechtliche Nutzungspflicht des § 3 Abs. 1 EEWärmeG anerkannt, wenn die Nutzung in einer KWK-Anlage erfolgt. Der Eigentümer eines der Nutzungspflicht unterliegenden Neubaus ist daher möglicherweise geneigt, bei seiner Kaufentscheidung eine hocheffiziente, KWK-anwendende Gasverbrauchseinrichtung einer konventionellen, den Anforderungen der Richtlinie 2009/142/EG genügenden Gasverbrauchseinrichtung vorzuziehen. Dies könnte unter der Voraussetzung, dass das KWK-Erfordernis über die grundlegenden Anforderungen an Gasverbrauchseinrichtungen hinausgeht, einen Verstoß gegen die Freiverkehrsklausel des Art. 4 der Richtlinie darstellen. Entsprechend moniert die Europäische Kommission eine Unvereinbarkeit des KWK-Erfordernisses im EEWärmeG mit der Richtlinie über Gasverbrauchseinrichtungen, da das EEWärmeG unzulässigerweise zwischen verschiedenen Gasverbrauchseinrichtungen differenziere und hierdurch die Inbetriebnahme und das Inverkehrbringen von mit der CE-Kennzeichnung versehenen Geräten, die Biogas nicht in einer KWK-Anlage verbrennen, erschwere.

In Betracht kommt jedoch auch eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit durch das KWK-Erfordernis des EEWärmeG. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG keine abschließende Harmonisierung darstellt und daher einen Rückgriff auf die primärrechtliche Warenverkehrsfreiheit versperrt.

Vor diesem Hintergrund gilt es, im Rahmen dieses Rechtsgutachtens zu klären, ob die Gasgeräte richtlinie im Hinblick auf ihren Harmonisierungsgrad einen abschließenden Prüfungsmaßstab darstellt, so dass eine Prüfung am Maßstab des Primärrechts versperrt wäre. Jedenfalls bedarf es einer Klärung der Frage, ob das KWK-Erfordernis mit der Freiverkehrsklausel der Gasgeräte richtlinie vereinbar ist. Zusätzlich gilt es, die Vereinbarkeit des KWK-Erfordernisses an den Einsatz von Biogas im EEWärmeG mit der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit zu untersuchen. Einleitend sollen zunächst die Anforderungen an den Einsatz von Biogas im Regelungsgefüge des EEWärmeG sowie die Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere der Inhalt der Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG, dargestellt werden.

¹ Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz v. 7.8.2008 (BGBl. I S. 1658), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

2. EEWärmeG – Regelungssystematik und Anforderungen an den Biogaseinsatz

Das EEWärmeG verfolgt gemäß § 1 Abs. 2 EEWärmeG das Ziel, „dazu beizutragen, den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte bis zum Jahr 2020 auf 14 Prozent zu erhöhen.“ Zweck des Gesetzes ist gemäß § 1 Abs. 1 EEWärmeG die Ermöglichung einer nachhaltigen Entwicklung der Energieversorgung sowie die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Wärme aus Erneuerbaren Energien „insbesondere im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten.“ Das EEWärmeG stellt als Teil des integrierten Klima- und Energiepakets der Bundesregierung² ein zentrales Regelwerk der deutschen Klimaschutzpolitik dar. Das Treibhausgasemissionseinsparpotential durch die Nutzung von Erneuerbaren Energien für die Wärmeversorgung ist beachtlich: 2011 konnte durch die Nutzung Erneuerbarer Energien in der Wärmebereitstellung die Emission von 39 Mio. t Treibhausgasen vermieden werden.³

Kernelemente der Regelungssystematik des EEWärmeG sind zum einen die Nutzungspflicht in § 3 EEWärmeG und zum anderen ein finanzielles Förderprogramm mit einem Umfang von bis zu 500 Mio. Euro gemäß §§ 13 ff. EEWärmeG (sog. „Marktanreizprogramm“). § 3 Abs. 1 EEWärmeG begründet die ordnungsrechtliche Pflicht des Eigentümers, den Wärmeenergiebedarf von Neubauten durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken.⁴ Diese anteilige Nutzungspflicht wird in § 5 EEWärmeG in Abhängigkeit vom Energieträger zahlenmäßig konkretisiert. Bei Nutzung von gasförmiger Biomasse i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG ist die Nutzungspflicht gemäß § 5 Abs. 2 EEWärmeG erfüllt, wenn der Wärmeenergiebedarf hieraus zu mindestens 30 % gedeckt wird. Bei Nutzung von fester oder flüssiger Biomasse muss der Wärmeenergiebedarf mindestens zu 50 % hieraus gedeckt werden (§ 5 Abs. 3 EEWärmeG). Trotz bestehender Nutzungskonflikte⁵ ist (gasförmige, flüssige und feste) Biomasse der zur Erzeugung von Raumwärme und Warmwasser überwiegend genutzte Erneuerbare Energieträger.⁶ In Umsetzung der Bioenergiestrategie der Bundesregierung erklärt Nummer II.1 lit. a der Anlage zum EEWärmeG die Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG jedoch nur dann als erfüllt, wenn die Nutzung von gasförmiger Biomasse in einer KWK-Anlage erfolgt. Aus Nummer V.1 der Anlage zum EEWärmeG ergibt sich die zusätzliche Anforderung der Hocheffizienz der KWK-Anlage im Sinne der Richtlinie 2004/8/EG.⁷

Die Nutzungspflicht gilt gemäß § 7 EEWärmeG auch als erfüllt, wenn der Eigentümer als Ersatzmaßnahme seinen Wärmeenergiebedarf zu 50 % aus Abwärme oder KWK-Anlagen deckt. Gleiches gilt für Maßnah-

² Übersicht unter: http://www.bmu.de/klimaschutz/nationale_klimapolitik/doc/44497.php (Stand: 20.9.2012).

³ *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 14.

⁴ Zum Anwendungsbereich der Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG vgl. *Ekardt/Heitmann*, ZNER 2009, S. 346 (348).

⁵ *WBGU*, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, S. 61 ff.; *SRU*, Klimaschutz durch Biomasse, S. 2 ff. (auch zu ökologischen Binnenkonflikten); *Wustlich*, ZUR 2008, S. 113 (114); *Ekardt/Heitmann*, in: Schulze-Fielitz/Müller, S. 139 (150 ff.); *Ekardt/Schmeichel/Heering*, NuR 2009, S. 222 ff.; *Ekardt/Heitmann* ZNER 2009, S. 346 (349 ff.).

⁶ *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 17; *Thrän/Richarz*, in: Schulze-Fielitz/Müller, 9 ff.

⁷ *Ekardt/Heitmann*, ZNER 2009, S. 346 (351).

men der Energieeinsparung oder der Nutzung von Nah- und Fernwärme durch Anschluss an ein entsprechendes Netz.

Die Regelungssystematik des EEWärmeG ist im Kontext der nach dem EEWärmeG in Kraft getretenen Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EE-RL) 2009/28/EG⁸ zu verstehen, welche insbesondere auch Vorgaben bezüglich der Nutzung von Erneuerbaren Energien im Wärmebereich enthält: Die Zielvorgabe in Art. 3 Abs. 1 EE-RL, bis 2020 mindestens 20 % des Bruttoendenergieverbrauchs durch Erneuerbare Energien zu decken, umfasst auch den Wärmebereich und ist damit Ausdruck des integrativen, umfassenden Ansatzes⁹ der EE-RL. Deutschland muss dabei gemäß Art. 3 Abs. 2 EE-RL i.V.m. Anhang I.A. einen Zielwert von 18 % erreichen.

Für den Wärmebereich formuliert Art. 13 Abs. 4 UAbs. 1 EE-RL die generelle Pflicht der Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen in ihre Regelwerke aufzunehmen, um den Anteil Erneuerbarer Energien im Gebäudebereich zu erhöhen, wobei gemäß Art. 13 Abs. 4 UAbs. 2 EE-RL nationale Maßnahmen für eine deutliche Steigerung der Energieeffizienz als auch in Bezug auf KWK berücksichtigt werden können. Art. 13 Abs. 4 UAbs. 3 EE-RL schreibt vor, bis Ende 2014 eine Nutzungspflicht einzuführen.

3. Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen – Regelungssystematik

Die auf der Kompetenz zur Angleichung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt (ex-Art. 95 EGV, jetzt Art. 114 AEUV) erlassene Richtlinie 2009/142/EG über Gasverbrauchseinrichtungen¹⁰ dient der europaweiten Festlegung von Anforderungen an Gasverbrauchseinrichtungen im Hinblick auf sicherheits- und gesundheitsrelevante Aspekte. Sie ist damit die Nachfolge-Richtlinie von Richtlinie 90/396/EWG¹¹, die jedoch erheblich geändert wurde.¹² Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/142/EG umfasst Geräte, die außerhalb der industriellen Nutzung zum Kochen, zum Heizen, zur Warmwasserbereitung, zu Kühl-, Beleuchtungs- oder Waschwzwecken verwendet und mit gasförmigen Brennstoffen betrieben werden.¹³ Art. 2 Abs. 1 RL 2009/142/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, dass solche Geräte nur in den Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden, wenn sie bei vorschriftsmäßiger Verwendung die Sicherheit von Personen, Haustieren und Gütern nicht gefährden. Entsprechend gibt Art. 3 RL 2009/142/EG vor, dass Gasverbrauchseinrichtungen als grundlegende Anforderungen jene nach Anhang I der Richtlinie erfüllen müssen. Dieser enthält zahlreiche Anforderungen, u.a. an das Ausströmen von Gas, die maximal zu erreichenden Temperaturen oder im Zusammenhang mit dem Zündungs- und

⁸ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. Nr. L 140 v. 23.4.2009, S. 16.

⁹ Müller, in: Müller/Oschmann/Wustlich, Einleitung Rn. 141; Cremer in: Schulze-Fielitz/Müller, S. 121 (123).

¹⁰ Richtlinie 2009/142/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über Gasverbrauchseinrichtungen, ABl. Nr. L 330 v. 16.12.2009, S. 10.

¹¹ Richtlinie 90/396/EWG des Rates vom 29. Juni 1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Gasverbrauchseinrichtungen, ABl. Nr. L 196 v. 26.7.1990, S. 15.

¹² Vgl. Erwägungsgrund 1 RL 2009/142/EG.

¹³ Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 a) RL 2009/142/EG.

Verbrennungsvorgang. Die Konformität eines Gerätes mit diesen grundlegenden Anforderungen wird durch die CE-Kennzeichnung nachgewiesen.¹⁴ Gemäß der Freiverkehrsklausel des Art. 4 Richtlinie 2009/142/EG dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme solcher Gasgeräte, die den Anforderungen der Richtlinie genügen und mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind, nicht untersagen, einschränken oder behindern. Damit sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich daran gehindert, über die in Anhang I enthaltenen Anforderungen hinausgehende Anforderungen an Gasverbrauchseinrichtungen zu stellen. Einzig die interne Schutzverstärkungsklausel des Art. 7 Richtlinie 2009/142/EG gestattet ausnahmsweise und unter Berücksichtigung des vorgesehenen Verfahrens, ein Gerät vom Markt zu nehmen oder dessen Inverkehrbringen zu verbieten oder einzuschränken, wenn das mit der CE-Kennzeichnung versehene Gerät die Sicherheit von Personen, Haustieren oder Gütern zu gefährden droht.

III. Vereinbarkeit des KWK-Erfordernisses mit Richtlinie 2009/142/EG

Vorliegend soll geklärt werden, ob das KWK-Erfordernis mit der Freiverkehrsklausel des Art. 4 Richtlinie 2009/142/EG vereinbar ist. Als Vorfrage wird dieses Rechtsgutachten jedoch der Frage nachgehen, ob die Gasgeräterichtlinie eine abschließende Harmonisierungswirkung auch bezüglich der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung bei Gasverbrauchseinrichtungen entfaltet und entsprechend als abschließender Prüfungsmaßstab mit Sperrwirkung bezüglich einer Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit fungiert.

1. Richtlinie 2009/142/EG als abschließender Prüfungsmaßstab?

Ob die Richtlinie 2009/142/EG als abschließender Maßstab für die unionsrechtliche Prüfung des KWK-Erfordernisses des EEWärmeG dient, setzt letztlich die Klärung der Frage voraus, welchen Grad der Harmonisierung die Richtlinie 2009/142/EG anstrebt. Je nach Reichweite der Harmonisierung verbleiben den Mitgliedstaaten unterschiedliche Gestaltungsspielräume und Handlungskompetenzen, die dann ausschließlich am Maßstab des europäischen Primärrechts zu bewerten wären.

Nimmt eine Richtlinie eine Totalharmonisierung (oder: „vollständige Harmonisierung“) vor, so sind abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten außerhalb des Verfahrens nach Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV unzulässig und ein Rückgriff auf die primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe ist ausgeschlossen, soweit dieser Rückgriff gerade solche Maßnahmen rechtfertigen soll, die im Hinblick auf das verfolgte, konkrete Ziel bereits von der Richtlinie erfasst sind.¹⁵ Die Methode der Mindestharmonisierung unterscheidet sich von der vollständigen Harmonisierung dahingehend, dass die Richtlinie Mindeststandards aufstellt, die zwar in das nationale Recht umgesetzt werden müssen, die Mitgliedstaaten jedoch freigestellt sind, strengere Standards beizubehalten oder neu einzuführen.¹⁶ Enthält der Harmonisierungsakt eine Freiverkehrsklausel, so können die strengeren Standards ausländischen Produkten nicht entgegengehalten werden; fehlt

¹⁴ Vgl. Art. 8 und Art. 10 RL 2009/142/EG.

¹⁵ *Leible/Schröder*, in: Streinz, Art. 114 Rn. 26; *EuGH*, Rs. 5/77, Slg. 1977, 1555, Rn. 35 – *Tedeschi*; *EuGH*, C-5/94, Slg. 1996, I-2604, Rn. 18 – *Hedley Lomas*; *EuGH*, Rs. 102/96, Slg. 1998, I-6871, Rn. 21 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁶ *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 53.

eine Freiverkehrsklausel, sind die strengeren Standards allein am Maßstab des Primärrechts zu überprüfen.¹⁷

Weitere Kriterien für die Bewertung des den Mitgliedstaaten verbleibenden Gestaltungsspielraums sind Schutzverstärkungsklauseln, die zum einen selbst in der Richtlinie vorgesehen sein oder sich jedoch aus der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage ergeben können: Während beispielsweise Art. 193 AEUV es den Mitgliedstaaten erlaubt, bei Richtlinien im Bereich des Umweltschutzes eigenständig verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sind Schutzverstärkungsmaßnahmen bei Richtlinien, die der Harmonisierung des Binnenmarktes dienen, nur im Rahmen des in Art. 114 Abs. 4-6 AEUV vorgesehenen Verfahrens gestattet.

Welchen Grad der Harmonisierung RL 2009/142/EG anstrebt und welche Gestaltungsspielräume den Mitgliedstaaten verbleiben, ist im Rahmen einer historischen, teleologischen und systematischen Auslegung der Richtlinie zu ermitteln,¹⁸ wobei insbesondere die mit der Richtlinie verfolgten Ziele sowie kompetenzrechtliche Grenzen berücksichtigt werden müssen.

a) Historische Auslegung - Neue Konzeption Technische Harmonisierung

Die historische Auslegung einer Richtlinie orientiert sich an der Entstehungsgeschichte sowie den subjektiven Vorstellungen des Normgebers, soweit diese Aspekte in der Richtlinie (z.B. als Erwägungsgrund) konkreten Niederschlag gefunden haben.¹⁹ Auch wenn eine solche historische Auslegung vor dem Hintergrund des sich stets entwickelnden Unionsrechts nicht abschließend ist, dient sie dennoch als Ausgangspunkt einer jeden Auslegung.²⁰

Erwägungsgrund 1 stellt klar, dass die zu untersuchende Richtlinie 2009/142/EG eine Neukodifikation der Vorgängerrichtlinie 90/396/EWG ist. Diese ist auf Grundlage der Entschließung des Rates über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung²¹ verfasst worden, welche zusammen mit dem Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes²² eine neue Herangehensweise an die Rechtsangleichung im Binnenmarkt etablierte. Entsprechend verweist auch Erwägungsgrund 9 auf die Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung.

Seit 1969 war die Rechtsangleichung auf dem Gebiet der technischen Standards geleitet vom „Programm zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse“, welches im Wege der Vollharmonisierung eine detaillierte Regulierung technischer Anforderungen eines jeden Produkts vorsah. Wie auch die Kommission

¹⁷ *Leible/Schröder*, in: Streinz, Art. 114 Rn. 29 f.

¹⁸ Zu den Auslegungsmethoden im Unionsrecht vgl. *Hobe*, Europarecht, § 10 Rn. 45 ff.

¹⁹ *Schwarze*, in: Schwarze, Artikel 19 EUV Rn. 37; *Bleckmann*, RIW 1987, S. 929 (930); *Borchardt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 15 Rn. 42; vgl. u.a. *EuGH*, C-140/01, Slg. 2003, I-3793, Rn. 25 - Libetel/Benelux-Merkenbureau.

²⁰ *Hobe*, Europarecht, § 10 Rn. 48.

²¹ Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung, ABl. Nr. C 136 v. 4.6.1985, S. 1.

²² KOM (85) 310 endg. v. 14.6.1985.

anerkannte, scheiterte dieser Ansatz einer Vollharmonisierung einzelner Produkthanforderungen angesichts eines langwierigen Verfahrens zum Erlass der jeweiligen Harmonisierungsrichtlinien gemäß Art. 100 EGV a.F.²³ Mit ihrem „Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes“ forderte die Kommission einen neuen Ansatz für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt, welcher auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nationaler Vorschriften ergänzt durch Harmonisierungsmaßnahmen auf den Gebieten Sicherheit, Gesundheits-, Verbraucher- und Umweltschutz beruhte. In Abkehr von der gescheiterten detaillierten Vollregelung von Produkthanforderungen sollten sich diese Harmonisierungsmaßnahmen auf die „Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit eines Produkts“ beschränken.²⁴

Vor diesem Hintergrund konkretisiert die Entschließung des Rates vom 7.5.1985 die Leitlinien einer „Neuen Konzeption für die technische Harmonisierung und Normierung“, die den Ansatz einer einzigen sektorspezifischen Richtlinie verfolgen und dabei folgende Grundprinzipien aufstellen: Zum einen soll sich die Harmonisierung der Rechtsvorschriften auf die Festlegung der grundlegenden Sicherheitsanforderungen beschränken, des Weiteren sollen europäische Normungsgremien mit der Ausarbeitung freiwilliger technischer Spezifikationen beauftragt werden und schließlich sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Übereinstimmung solcher harmonisierter Produkte mit den grundlegenden Anforderungen anzunehmen.²⁵ Die neue Konzeption soll damit einer „doppelten Beschränkung der Rechtsangleichungsaktivitäten“ der EU gleichkommen:²⁶ Zum einen soll die Harmonisierung nur in den wenigen Bereichen stattfinden, in denen die gegenseitige Anerkennung nationaler Vorschriften nicht dem Binnenmarkt förderlich ist, und zum anderen sollen lediglich Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit von Produkten harmonisiert werden.

Für die Beantwortung der Frage, inwiefern Richtlinie 2009/142/EG im Hinblick auf das KWK-Erfordernis des EEWärmeG eine abschließende Harmonisierungsmaßnahme darstellt, bedeutet diese historische Auslegung: Richtlinie 2009/142/EG ist als Nachfolgerichtlinie von Richtlinie 90/396/EWG im Kontext des Weißbuchs der Kommission und der Entschließung des Rates über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung zu lesen. Dieser neue Ansatz ist geprägt durch eine Begrenzung der Harmonisierungsaktivitäten der EU in Abkehr von der zuvor verfolgten Vollharmonisierung technischer Produkthanforderungen. Nach der neuen Konzeption sollen nur Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit eines Produkts geregelt werden. Dies bedeutet gemäß dem Wortlaut der Entschließung über eine neue Konzeption, dass nur grundlegende Sicherheitsanforderungen harmonisiert werden sollen. Das KWK-Erfordernis des EEWärmeG ist kein von Sicherheitserwägungen getragenes Erfordernis und berührt die Verkehrsfähigkeit von Gasgeräten nicht. Als Ergebnis dieser historischen Auslegung gilt es mithin festzuhalten, dass die Gasgeräte richtlinie mit Hinblick auf die Energieeffizienz von Gas-

²³ Jörissen, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, S. 13 f.

²⁴ KOM (85) 310 endg., S. 20.

²⁵ Vgl. Anhang II zu Entschließung des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung, ABl. Nr. C 136 v. 4.6.1985, S. 1.

²⁶ Wiesendahl, Technische Normung in der Europäischen Union, S. 65 f.

verbrauchseinrichtungen und die Nutzung von KWK keine abschließende Harmonisierungswirkung entfaltet.

b) Teleologische Auslegung - Zielkongruenz

Für die Reichweite einer Harmonisierungsmaßnahme als abschließender Prüfmaßstab einer mitgliedstaatlichen Regelung muss vorwiegend die Kongruenz der mit den jeweiligen Maßnahmen verfolgten spezifischen Ziele hinterfragt werden.²⁷ Das KWK-Erfordernis kann folglich nur am Maßstab der Gasgeräte Richtlinie überprüft werden, wenn das damit verfolgte spezifische Ziel mit der Zielsetzung der Richtlinie 2009/142/EG kongruent ist. Dies ist letztlich eine Konsequenz der unter dem Weißbuch der Kommission proklamierten neuen Herangehensweise an die Rechtsangleichung im Binnenmarkt, die sich, wie aufgezeigt, auf potentielle Handelshemmnisse durch die Berücksichtigung von zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH beschränken sollte.

aa) Ziele der Richtlinie 2009/142/EG

Die Ziele der Gasgeräte Richtlinie ergeben sich zunächst aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2009/142/EG: Erwägungsgrund 3 verweist auf die Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels auf Grund unterschiedlicher Sicherheitsniveaus für Gasverbrauchseinrichtungen. Damit wird der Zweck der Richtlinie, namentlich die Überwindung von Handelsbehinderungen infolge unterschiedlicher Sicherheitsanforderungen an Gasverbrauchseinrichtungen, vorgegeben. Erwägungsgrund 5 gibt entsprechend der neuen Konzeption für die technische Normierung im Binnenmarkt vor, dass sich die Rechtsangleichung auf Vorschriften beschränken soll, die aus zwingenden, wesentlichen Gründen der Sicherheit, Gesundheit und Energieeinsparung bei Gasverbrauchseinrichtungen erforderlich sind. Als eines der wichtigsten Ziele der Richtlinie beschreibt Erwägungsgrund 6 die Aufrechterhaltung oder Verbesserung des in den Mitgliedstaaten erreichten Sicherheitsniveaus. Schließlich enthält Erwägungsgrund 7 eine Zielhierarchie, indem die Erfüllung der grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen für die Sicherheit der Gasverbrauchseinrichtungen als unentbehrlich und die Energieeinsparung lediglich als wesentlicher Punkt deklariert werden.

Auch die Artikel der Richtlinie 2009/142/EG geben Aufschluss über die verfolgten Ziele. Entsprechend stellt Art. 2 RL 2009/142/EG den Grundsatz auf, dass Geräte nur dann in den Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden dürfen, wenn sie bei vorschriftsmäßiger Verwendung die Sicherheit von Personen, Haustieren und Gütern nicht gefährden. Art. 7 RL 2009/142/EG enthält eine interne Schutzverstärkungsklausel, die in den Fällen greift, in denen die Sicherheit von Personen, Haustieren oder Gütern gefährdet ist. Des Weiteren offenbart eine Durchsicht der im Anhang der Richtlinie aufgelisteten grundlegenden Anforderungen, die der technischen Normierung zu Grunde zu legen sind, einen eindeutigen Schwerpunkt in den Bereichen Sicherheit und Gesundheitsschutz, während der Aspekt der rationellen

²⁷ *EuGH, C-473/98, Slg. 2000, I-5681, Rn. 25 – Kemikalieninspektion; EuGH, C-5/94, Alg. 1996, I—2553, Rn. 18 – Hedley Lomas.*

Energieerzeugung lediglich in Nr. 3.5 genannt wird. Dabei ist zudem durch die Formulierung („Das Gerät ist so herzustellen...“) erkennbar, dass die grundlegende Anforderung an eine rationelle Energienutzung in den Produkteigenschaften angelegt sein muss und sich nicht auf den Bereich des konkreten Einsatzes und der Nutzung des Geräts bezieht. Insgesamt ergibt sich damit eine detaillierte Harmonisierung der grundlegenden Anforderungen an die sicherheits- und gesundheitsrelevanten Aspekte von Gasverbrauchseinrichtungen durch die zu untersuchende Richtlinie 2009/142/EG, während in Bezug auf den Aspekt der Energieeinsparung und rationellen Energienutzung lediglich im Ansatz Aussagen getroffen werden. Eine abschließende Harmonisierungswirkung kann daher nur in Bezug auf Sicherheits- und Gesundheitsschutzaspekte von Gasverbrauchseinrichtungen angenommen werden.

Entsprechend ist auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Vorgängerrichtlinie 90/396/EWG²⁸ zu verstehen: Unter Verweis auf die Rechtssache Tedeschi²⁹ erklärt der EuGH in der vorliegenden Entscheidung zu einem italienischen Verbot des Einsatzes von Wärmeerzeugern offener Bauart, dass ein Rückgriff auf die primärrechtlichen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV verwehrt ist, wenn Richtlinien der EU die Harmonisierung der zur Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit von Tieren und Menschen notwendigen Maßnahmen vorsehen.³⁰ Daran anschließend erklärt der EuGH, dass die Richtlinie „die grundlegenden Anforderungen, denen Gasverbrauchseinrichtungen entsprechen müssen, abschließend harmonisiert hat“ und ergänzt, dass „zu diesen Anforderungen diejenigen in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit [gehören]“.³¹ Weiterhin findet sich in dem Urteil die Aussage, „die Richtlinie [habe] die Maßnahmen, die erforderlich sind, damit Gasverbrauchseinrichtungen die grundlegenden Anforderungen in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit erfüllen, vollständig harmonisiert“.³² Folglich hat der Europäische Gerichtshof in seiner einzigen Entscheidung zur Gasverbrauchsgeräterichtlinie die vollständige und abschließende Harmonisierungswirkung gleichfalls nur in Bezug auf sicherheits- und gesundheitsrelevante Aspekte von Gasverbrauchseinrichtungen angenommen.

bb) Zielsetzungen des KWK-Erfordernisses im EEWärmeG

Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung eine andere Auslegung die abschließende Harmonisierungswirkung auch auf den Aspekt der Energieeinsparung bzw. der rationellen Energienutzung ausweiten sollte, so fielen das KWK-Erfordernis des EEWärmeG nur unter diese Harmonisierungswirkung, wenn das damit verfolgte Ziel mit jenem der Richtlinie kongruent wäre.

Gemäß § 1 Abs. 1 EEWärmeG ist Zweck des Gesetzes, „insbesondere im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen und die Weiterentwicklung von Technologien zur

²⁸ *EuGH*, C-112/97, Slg. 1999, I-1821 - Kommission/Italien.

²⁹ *EuGH*, Rs. 5/77, Slg. 1977, 1555, Rn. 35 - Tedeschi.

³⁰ Vgl. *EuGH*, C-112/97, Slg. 1999, I-1821, Rn. 54 - Kommission/Italien.

³¹ *EuGH*, C-112/97, Slg. 1999, I-1821, Rn. 55 - Kommission/Italien.

³² *EuGH*, C-112/97, Slg. 1999, I-1821, Rn. 58 - Kommission/Italien.

Erzeugung von Wärme aus Erneuerbaren Energien zu fördern.“ Ziel des Gesetzes ist es gemäß § 1 Abs. 2 EEWärmeG daher, den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme bis zum Jahr 2020 auf 14 % zu erhöhen. Wie die Gesetzesbegründung hervorhebt, ist das EEWärmeG damit ein erforderlicher Beitrag zur Erreichung völker- und europarechtlicher Zielvorgaben auf dem Gebiet des Klimaschutzes und fügt sich in den Kontext des von der Bundesregierung verabschiedeten Integrierten Energie- und Klimaprogramms zur Reduktion von Treibhausgasen, insbesondere auch durch den Ausbau Erneuerbarer Energien im - große Einsparungspotentiale bergenden - Wärmesektor, ein.³³

Gasförmige Biomasse fällt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG unter den Begriff der Erneuerbaren Energien. Die Nutzung von Biogas zur Wärmeversorgung wird daher vom Gesetzgeber im Hinblick auf die zu erreichenden Klimaschutzziele grundsätzlich als förderungswürdig angesehen.³⁴ Zugleich wird in der Gesetzgebung aber auch auf „gewisse Grenzen durch natürliche Gegebenheiten“ für die Verfügbarkeit von Biomasse hingewiesen; entsprechend wird darauf verwiesen, dass das EEWärmeG gleichzeitig ökologische Ziele berücksichtige.³⁵

Die in § 3 EEWärmeG verankerte ordnungsrechtliche Pflicht, Erneuerbare Energien für die Wärmeherzeugung zu nutzen, ist die zentrale Vorschrift des Gesetzes und dient der Erreichung des oben genannten Ziels der Reduzierung der Treibhausgasemissionen durch verstärkte Nutzung Erneuerbarer Energien im Wärmesektor. Maßnahmen der Energieeffizienz und -einsparung hingegen sind lediglich als Ersatzmaßnahme in § 7 EEWärmeG formuliert, so dass hier eine Unterscheidung im Maßnahmenkatalog des EEWärmeG zwischen der Förderung Erneuerbarer Energien einerseits sowie Energieeffizienz- und Energie-sparmaßnahmen als Substitut andererseits zu konstatieren ist. Die Ersatzmaßnahmen greifen vielmehr nur als Fiktion der Erfüllung der Nutzungspflicht,³⁶ um auf diesem Wege eine „innere Kohärenz des Klima- und Umweltenergierechts“ zu gewährleisten.³⁷ Ein Zielkonflikt zu den in § 1 EEWärmeG genannten Zielen ist dabei nicht auszuschließen, wobei als primäres Ziel jedenfalls der Ausbau Erneuerbarer Energien im Wärmesektor anzusehen ist.³⁸ Das Erfordernis, Biogas in einer KWK-Anlage zu nutzen, ist jedoch als Voraussetzung für die Anerkennung von Biogas als Erfüllung der Nutzungspflicht systemimmanent dem ersten Maßnahmenkatalog des EEWärmeG, namentlich der Förderung Erneuerbarer Energien, zuzuordnen. Das KWK-Erfordernis in Bezug auf die Nutzung von Biogas wird in der Systematik des EEWärmeG gerade nicht den Aspekten der Energieeffizienz und -einsparung zugeordnet.

³³ BT-Drs. 16/8149, S. 12.

³⁴ Vgl. auch *BMU*, Biomasse und Umwelt - ein Überblick, S. 8 ff.

³⁵ BT-Drs. 16/8149, S. 12.

³⁶ *Oschmann*, NJW 2009, S. 263 (267).

³⁷ *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, § 7 Rn. 3.

³⁸ Vgl. *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, § 7 Rn. 26.

Das KWK-Erfordernis in Nummer II.1 lit. a der Anlage zum EEWärmeG dient vielmehr als Beitrag zur Auflösung von Nutzungs- und Zielkonflikten beim Einsatz des Erneuerbaren Energieträgers Biomasse.³⁹ Diese bestehen insbesondere im Hinblick auf die Nahrungsmittelproduktion, der biologischen Vielfalt sowie dem Klimaschutz. Vor diesem Hintergrund soll das KWK-Erfordernis im EEWärmeG gewährleisten, dass Biogas nur in hocheffizienten KWK-Anlagen zur gleichzeitigen Erzeugung von Wärme und Strom eingesetzt wird. Auf diese Weise soll die größtmögliche Treibhausgaseinsparung pro Einheit Biomasse erzielt werden.⁴⁰ Dies dient letztlich der Rechtfertigung des Einsatzes von Biomasse angesichts der beschriebenen Nutzungskonflikte. Das Parallelerfordernis in § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG⁴¹ dient dabei der gesetzesübergreifenden Kohärenz in der Förderung Erneuerbarer Energien.

Das KWK-Erfordernis für die Nutzung von Biogas im EEWärmeG stellt sich damit als eine Regelung dar, die vor dem Hintergrund der generellen Zweck- und Zielbestimmung des § 1 EEWärmeG der rechtlichen Ausgestaltung der Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmesektor dient und gerade nicht im Kontext der Ersatzmaßnahmen Energieeffizienz und Energieeinsparung Wirkung entfaltet. Dabei ist primäres Ziel die Auflösung der beschriebenen Nutzungskonflikte in der Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmesektor, indem die Nutzung von Biogas zur gleichzeitigen Erzeugung von Wärme und Strom den größtmöglichen Beitrag zum Klimaschutz entfalten soll. Die in der Systematik des EEWärmeG als Ersatzmaßnahmen vorgesehenen Aspekte der Energieeffizienz und der Energieeinsparung stellen sich vielmehr als Sekundärziele dar. Selbst wenn die abschließende Harmonisierungswirkung von Richtlinie 2009/142/EG neben der Sicherheit von Gasgeräten und dem Gesundheitsschutz auch die Aspekte der Energieeinsparung und der rationellen Energienutzung umfassen sollte, wäre somit keine Zielkongruenz zwischen den beiden Regelungskomplexen zu konstatieren, da Primärziel des KWK-Erfordernis des EEWärmeG eine ökologisch nachhaltige Förderung des Biogaseinsatzes im Wärmebereich ist und sich die Energieeffizienz und Energieeinsparung lediglich als sekundäre Ziele des KWK-Erfordernisses darstellen. Auch dient das KWK-Erfordernis augenscheinlich nicht der Sicherheit der Gasgeräte oder dem Gesundheitsschutz.

cc) Zwischenergebnis

Vorliegend ist damit festzustellen, dass die Gasgeräte Richtlinie und das KWK-Erfordernis des EEWärmeG unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Während das Primärziel des KWK-Erfordernisses ist, den mit der Nutzungspflicht des EEWärmeG intendierten Ausbau Erneuerbarer Energien in der Wärmeversorgung

³⁹ WBGU, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, S. 61 ff; vgl. ferner auch SRU, Sondergutachten, Klimaschutz durch Biomasse, 2007; Ekardt/Schmeichel/Heering, NuR 2009, S. 222 ff.

⁴⁰ BMU, Biomasse und Umwelt – ein Überblick, S. 19.

⁴¹ Gemäß § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG besteht ein Vergütungsanspruch nach § 27 Abs. 1 und 2 EEG nur, wenn die Stromerzeugung aus Biomasse in Kraft-Wärme-Kopplung erfolgt. Allerdings begrenzt das EEG diese Wärmenutzungspflicht auf 25 % der Stromerzeugung in den ersten beiden Kalenderjahren und auf 60 % in den Folgejahren, wobei im Falle der Stromerzeugung aus Biogas pauschal die Wärme in Höhe von 25 % des in KWK erzeugten Stroms zur Beheizung des Fermenters angerechnet wird. Dadurch reduziert sich die Wärmenutzungspflicht bei der Stromerzeugung aus Biogas auf 0 % in den ersten beiden Kalenderjahren bzw. 35 % in den Folgejahren. In Bezug auf die Stromerzeugung aus Biomethan fordert § 27 Abs. 5 Nr. 2 EEG eine vollständige Stromerzeugung in KWK.

ökologisch nachhaltig zu gestalten, verfolgt die Gasgeräte-Richtlinie das Ziel, sicherheits- und gesundheits-schutzrelevante Produkthanforderungen im Hinblick auf den Abbau von Freiverkehrshemmnissen zu harmonisieren. Entsprechend kann sich mangels Zielkongruenz die abschließende Harmonisierungswirkung der Gasgeräte-Richtlinie nicht auf den Bereich der KWK-Nutzung von Gasverbrauchseinrichtungen erstrecken.

c) Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung des Sekundärrechts fragt nach der Stellung einer Regelung im Verhältnis zu Bestimmungen anderer Normen in der als einheitliches Regelungsgefüge konzipierten Unionsrechtsordnung.⁴² Eine abschließende Harmonisierungswirkung der Gasgeräte-Richtlinie 2009/142/EG in Bezug auf die Energieeffizienz und -einsparung von Geräten, „die zum Kochen, zum Heizen, zur Warmwasserbereitung, zu Kühl-, Beleuchtungs- oder Waschwzwecken verwendet [...] werden“, wäre daher insbesondere auch dann abzulehnen, wenn andere unionsrechtliche Richtlinien diesbezüglich Aussagen treffen. In Betracht zu ziehen sind die Ökodesignrichtlinie 2009/125/EG, die Gebäudeeffizienzrichtlinie 2002/91/EG sowie die KWK-Richtlinie 2004/8/EG.

aa) Ökodesignrichtlinie 2009/125/EG

Die auf Art. 114 AEUV gestützte Richtlinie zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte 2009/125/EG (sog. Ökodesignrichtlinie)⁴³ schafft gemäß Art. 1 Abs. 1 „einen Rahmen für die Festlegung gemeinschaftlicher Ökodesign-Anforderungen für energieverbrauchsrelevante Produkte mit dem Ziel, den freien Verkehr solcher Produkte im Binnenmarkt zu gewährleisten“. Abs. 2 stellt klar, dass sie „zur nachhaltigen Entwicklung [beiträgt], indem sie die Energieeffizienz und das Umweltschutzniveau erhöht und zugleich die Sicherheit der Energieversorgung verbessert“. Entsprechend verweisen auch verschiedene Erwägungsgründe auf das mit der Richtlinie verfolgte Ziel der Verbesserung und Steigerung der Energie- und Ressourceneffizienz (Erwägungsgründe 6 und 7) und beschreiben dies als vorrangiges umweltpolitisches Ziel (Erwägungsgrund 14).

Gemäß dem in Art. 1 aufgezeigten Geltungsrahmen umfasst die Richtlinie alle energieverbrauchsrelevanten Produkte. Unter diesen weiten Geltungsbereich fallen somit auch Gas verbrauchende Geräte zur Wärmeversorgung. Dies wird auch durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte der Ökodesignrichtlinie deutlich: Die erste Ökodesignrichtlinie 2005/32/EG⁴⁴ stellte einen neuen Ansatz in der umweltgerech-

⁴² *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 10 Rn. 172; *Hobe*, Europarecht, § 10 Rn. 47.

⁴³ Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte, ABl. Nr. L 285 v. 21.10.2009, S. 10.

⁴⁴ Richtlinie 2005/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2005 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte, ABl. Nr. L 191 v. 22.7.2005, S. 29.

ten Gestaltung energiebetriebener Produkte dar, die zuvor in verschiedenen die Energieeffizienz einzelner Produktgruppen regelnder Richtlinien vorgenommen wurde.⁴⁵ Wie Erwägungsgrund 34 der ersten Ökodesignrichtlinie 2005/32/EG klarstellt, sollten insbesondere die Richtlinie 92/42/EWG über die Wirkungsgrade von mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beschickten neuen Warmwasserkesseln⁴⁶ sowie Richtlinie 96/57/EG über die Anforderungen im Hinblick auf die Energieeffizienz von elektrischen Haushaltskühl- und -gefriergeräten⁴⁷ in den von der Ökodesignrichtlinie geschaffenen Regelungsrahmen mit aufgenommen werden. Auch hat die Europäische Kommission am 30.03.2011 einen Entwurf für eine gemäß Art. 15 der Richtlinie erforderliche Durchführungsmaßnahme für Ökodesign-Anforderungen an Heizkessel vorgelegt.⁴⁸ Darin werden auch Aussagen zu Wirkungsgraden von KWK-nutzenden Heizkesseln getroffen. Mithin stellt die Ökodesign-Richtlinie auch Anforderungen an die Klimateffizienz von Geräten sowie die KWK-Nutzung, so dass auch an dieser Stelle eine diesbezüglich abschließende Harmonisierungswirkung der Gasgeräte richtlinie abzulehnen ist.

bb) Gebäudeeffizienzrichtlinie 2002/91/EG

Richtlinie 2002/91/EG⁴⁹ hat die Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden zum Ziel und formuliert u.a. Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz neuer und bestehender Gebäude sowie Anforderungen an die Ausstellung von Energieausweisen oder die Inspektionen von Heizanlagen (vgl. Art. 1 der Richtlinie). Die damit geregelte Gesamtenergieeffizienz umfasst gemäß der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 2 die „Energienmenge, die tatsächlich verbraucht oder veranschlagt wird, um den unterschiedlichen Erfordernissen im Rahmen der Standardnutzung des Gebäudes (u. a. etwa Heizung, Warmwasserbereitung, Kühlung, Lüftung und Beleuchtung) gerecht zu werden.“ Gemäß Art. 5 UAbs. 2 sollen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass alternative Systeme vor Baubeginn von gewissen Neubauten berücksichtigt werden. Kraft-Wärme-Kopplung wird dabei ausdrücklich als ein solches alternatives System aufgeführt. Ähnlich verpflichtet auch Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 der Nachfolger-Richtlinie 2010/123/EG die Mitgliedstaaten, bei Neubauten den Einsatz von „hocheffizienten alternativen Systemen“ in Betracht zu ziehen und zu berücksichtigen. Ausdrücklich genannt ist auch in diesem Zusammenhang der Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplung (lit. b). Entsprechend sieht Nr. 2 b) des Anhangs von Richtlinie 2002/91/EG vor, dass der positive Einfluss der Elektrizitätsgewinnung durch Kraft-Wärme-Kopplung bei der Berechnung der Gesamtenergieeffizienz berücksichtigt wird.

⁴⁵ *Hermes*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 35 Rn. 106 ff.

⁴⁶ Richtlinie 92/42/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 über die Wirkungsgrade von mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beschickten neuen Warmwasserkesseln, ABl. Nr. L 167 v. 21.5.1992, S. 17.

⁴⁷ Richtlinie 96/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. September 1996 über Anforderungen im Hinblick auf die Energieeffizienz von elektrischen Haushaltskühl- und -gefriergeräten und entsprechenden Kombinationen, ABl. Nr. L 236 v. 18.9.1996, S. 36.

⁴⁸ Verfügbar u.a. unter http://www.eceee.org/Eco_design/products/boilers/ (24.09.2012).

⁴⁹ Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamteffizienz von Gebäuden, ABl. Nr. L 1 v. 16.12.2002, S. 65.

Damit fallen Aspekte der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung im Bereich der Wärmeversorgung auch in den Regelungsbereich der Gebäudeeffizienzrichtlinie. Entsprechend kann auch vor diesem Hintergrund in der Gasgeräte-Richtlinie keine abschließende Harmonisierungswirkung in Bezug auf Fragen der Energieeffizienz und -einsparung von Heizkesseln und Gas verbrauchenden Geräten allgemein festgestellt werden.

cc) KWK-Richtlinie 2004/8/EG

Schließlich muss auch Richtlinie 2004/8/EG über eine am Nutzwärmebedarf orientierte Kraft-Wärme-Kopplung⁵⁰ in Betracht gezogen werden. Diese verfolgt gemäß Art. 1 als Zweck die Erhöhung der Energieeffizienz, „indem ein Rahmen für die Förderung und Entwicklung einer hocheffizienten, am Nutzwärmebedarf orientierten und auf Primärenergieeinsparungen ausgerichteten KWK im Energiebinnenmarkt“ geschaffen werden soll. Art. 4 verpflichtet die Kommission zur Aufstellung von Wirkungsgrad-Referenzwerten, auf deren Grundlage gemäß Art. 5 von den Mitgliedstaaten Herkunftsnachweise für Strom aus hocheffizienten KWK-Anlagen ausgestellt werden. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Potentiale des Einsatzes für eine hocheffiziente Kraft-Wärme-Kopplung (einschließlich hocheffizienter Kleinst-KWK-Anlagen) zu ermitteln und daran auch ihre Förderregeln auszurichten. Damit stellt sich die KWK-Richtlinie als ein Regelungsgefüge dar, welches gemeinsame und transparente Rahmenbedingungen für die Förderung des Ausbaus von KWK-Anlagen auch im Kleinstanlagenbereich aufzustellen beabsichtigt.⁵¹

Vor diesem Hintergrund muss auch an dieser Stelle festgestellt werden, dass Fragen der KWK-Nutzung sowie der Energieeffizienz auch vom Regelungsgefüge der KWK-Richtlinie erfasst sind. Entsprechend kann die Gasgeräte-Richtlinie diesbezüglich keine abschließende Harmonisierungswirkung entfalten.

dd) Zwischenergebnis

Auch wenn die Gasgeräte-Richtlinie 2009/142/EG in Ansätzen die Energieeffizienz von Gasverbrauchseinrichtungen im Blickfeld hat, so ist sie diesbezüglich als Ergebnis einer systematischen Betrachtungsweise nicht abschließend harmonisierend, da die Energieeffizienz von Gasverbrauchseinrichtungen, insbesondere mit Hinblick auf die Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung im Haushalt, auch von den Regelungsgefügen der Ökodesignrichtlinie 2009/125/EG, der Gebäudeeffizienzrichtlinie 2002/91/EG sowie der KWK-Richtlinie 2004/8/EG erfasst ist.

d) Kompetenzrechtliche Grenzen der Harmonisierung

Das in Art. 5 Abs. 2 EUV verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach die Europäische Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig wird, die ihr durch die Verträge übertragen

⁵⁰ Richtlinie 2004/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 92/42/EG, ABl. L 52 v. 11.2.2004, S. 50.

⁵¹ *Hermes*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, § 35 Rn. 101.

worden sind, fungiert auch als Schranke der Harmonisierungskompetenz der EU.⁵² Richtlinie 2009/142/EG wurde auf die Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV a.F. (jetzt: Art. 114 AEUV) gestützt. Art. 114 AEUV dient der Rechtsangleichung, wobei die auf dieser Kompetenznorm erlassenen Maßnahmen die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben müssen. Entsprechend kann Art. 114 AEUV nur der vorbeugenden oder tatsächlichen Beseitigung von Freiverkehrshindernissen oder Wettbewerbsverfälschungen dienen.⁵³ Voraussetzung für den Rückgriff auf Art. 114 AEUV ist damit, dass bestehende Unterschiede in den Rechtsordnungen geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen.⁵⁴ Demnach können sich Rechtsangleichungsmaßnahmen im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nur auf solche Rechtsvorschriften beziehen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 34 AEUV zu behindern drohen.⁵⁵ Da solche Rechtsvorschriften in Anwendung der Keck-Rechtsprechung keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellen, können diese auch nicht Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen auf Grundlage von Art. 114 AEUV sein.⁵⁶ Kern der Keck-Rechtsprechung ist eine Unterscheidung zwischen Marktzugang des Produkts einerseits und dem Verhalten am Markt andererseits.⁵⁷ Für die Reichweite der Harmonisierungswirkung einer auf Art. 114 AEUV gestützten Richtlinie wie der Gasgeräterichtlinie folgt hieraus, dass die Rechtsangleichung nur hinsichtlich Produkteigenschaften vorgenommen werden kann, die aufgrund von Sicherheitsrisiken ein Hemmnis für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Die Rechtsangleichung kann sich hingegen nicht auf die konkrete Nutzung bzw. die Bedingungen der Nutzung des Produkts beziehen. Ein mitgliedstaatliches, als Anreiz formuliertes Erfordernis der Nutzung von Biogas in einer KWK-Anlage berührt nicht den Marktzugang der KWK-Anlage.⁵⁸

Des Weiteren gilt zu berücksichtigen, dass eine auf Art. 114 AEUV gestützte Maßnahme der Rechtsangleichung im Binnenmarkt gemäß der Schutzniveaunklausel des Absatzes 3 ein hohes Umweltschutzniveau berücksichtigen muss, worin eine konkretisierende Spezialausprägung von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV einerseits sowie der Integrationsklausel des Art. 11 AEUV andererseits gesehen werden kann.⁵⁹ Es ist daher mit Art. 114 Abs. 3 AEUV unvereinbar, wenn eine Maßnahme zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt eine Sperrwirkung dahingehend entfaltet, dass nationale Maßnahmen, die wie das KWK-Erfordernis des EEWärmeG den ökologisch nachhaltigen Ausbau Erneuerbarer Energien zur Förderung des Klimaschutzes bezwecken, unmöglich gemacht werden. Vor dem Hintergrund der Schutzniveaunklausel des Art. 114

⁵² *Wagner*, Mindestharmonisierung, S. 55 ff.

⁵³ *EuGH*, C-463/03, Slg. 2006 I-3733, Rn. 38 - *Parlament/Rat*; *EuGH*, C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rn. 60 - *British American Tobacco*.

⁵⁴ *Herrfeld* in: *Schwarze*, Art. 114 AEUV Rn.1 f.

⁵⁵ *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 21.

⁵⁶ *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 21.

⁵⁷ *Pache*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, § 10 Rn. 26.

⁵⁸ Vgl. unten III. 2. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit.

⁵⁹ *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 114 AEUV Rn. 33.

Abs. 3 AEUV ist daher auch keine Sperrwirkung für den Bereich der Biogasnutzung im Wärmesektor durch die Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG festzustellen.

Eine kompetenzrechtliche Schranke könnte sich zudem aus der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten Energiepolitik und der neuen energierechtlichen Kompetenzgrundlage des Art. 194 AEUV ergeben. Gemäß Art. 194 Abs. 2 AEUV kann die Europäische Union Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele in Art. 194 Abs. 1 AEUV ergreifen, zu denen auch die Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie die Entwicklung erneuerbarer Energiequellen zählen. Die Förderung des Einsatzes von Biogas zur Wärmeerzeugung in einer KWK-Anlage berührt grundsätzlich Fragen der Energieeffizienz sowie der Entwicklung erneuerbarer Energiequellen und fällt somit grundsätzlich unter die geteilte Zuständigkeit der Energiepolitik. Jedoch stellt Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV klar, dass dies nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur der Energieversorgung zu bestimmen. Biogas ist eine Energieressource in diesem Sinne, wobei das Erfordernis, Biogas in einer KWK-Anlage zu nutzen, von dem Begriff der Bedingungen für die Nutzung erfasst wird. Diese Entscheidung wird in Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 ausdrücklich und ausschließlich den Mitgliedstaaten vorbehalten, so dass ein Harmonisierungsakt der Europäischen Union diesbezüglich bereits kompetenzrechtlich keine Aussagen treffen kann.

Eine abschließende Harmonisierungswirkung hinsichtlich der Energieeffizienz und KWK-Nutzung von Gasverbrauchseinrichtungen wäre somit nicht von der Kompetenz zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt umfasst. Art. 114 AEUV gestattet lediglich eine Harmonisierung von Produkthanforderungen im Hinblick auf Sicherheits- und Gesundheitsschutzaspekte zur Beseitigung von Freiverkehrshindernissen, jedoch nicht die Anforderungen an eine ökologisch nachhaltige Nutzung. Letztlich berührt eine abschließende Harmonisierungswirkung der Gasgeräte richtlinie auch hinsichtlich der KWK-Nutzung das den Mitgliedstaaten vorbehaltene Recht, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen zu bestimmen.

e) Zwischenergebnis

Als Ergebnis der vorgenommenen historischen, teleologischen, systematischen und kompetenzrechtlichen Auslegung der Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG gilt es somit festzuhalten, dass diese in Bezug auf die KWK-Nutzung sowie der Energieeffizienz von Gasverbrauchseinrichtungen keine abschließende Harmonisierungswirkung entfaltet. Eine solche ist lediglich im Hinblick auf sicherheits- und gesundheitsschutzrelevante Produkthanforderungen festzustellen. Ziel des KWK-Erfordernisses ist es jedoch, den Ausbau der Nutzung Erneuerbarer Energien im Wärmesektor ökologisch nachhaltig zu gestalten. Entsprechend entfaltet die Gasgeräte richtlinie keine Sperrwirkung im Hinblick auf eine Prüfung des KWK-Erfordernisses im EEWärmeG am Maßstab der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit.

2. Vereinbarkeit mit der Freiverkehrsklausel in Art. 4 RL 2009/142/EG

Das KWK-Erfordernis im EEWärmeG könnte einen Verstoß gegen die in der Gasgeräte richtlinie enthaltene Freiverkehrsklausel darstellen. Gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2009/142/EG dürfen die Mitgliedstaaten „das In-

verkehrbringen und die Inbetriebnahme von Geräten, die den Bestimmungen dieser Richtlinie genügen und mit der in Artikel 10 vorgesehenen CE-Kennzeichnung versehen sind, nicht untersagen, einschränken oder behindern.“ Entsprechend müsste das KWK-Erfordernis des EEWärmeG entweder das Inverkehrbringen oder die Inbetriebnahme von anderen nicht KWK-nutzenden, aber dennoch CE-zertifizierten Gasverbrauchseinrichtungen untersagen, einschränken oder zumindest behindern.

a) Inverkehrbringen und Inbetriebnahme

Richtlinie 2009/142/EG definiert die Begriffe ‚Inverkehrbringen‘ und ‚Inbetriebnahme‘ nicht. Jedoch enthält der von der Kommission erstellte *Leitfaden für die Umsetzung der nach dem neuen Konzept und dem Gesamtkonzept verfassten Richtlinien* aus dem Jahr 2000 eine Definition beider Begriffe.⁶⁰

aa) Inverkehrbringen

Demnach wird ein Produkt in den Verkehr gebracht, „wenn es erstmalig bereitgestellt wird“. Dabei sei unter Bereitstellung „die Überlassung eines Produkts nach der Herstellung mit dem Ziel des Vertriebs oder der Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt zu verstehen“. Auch die im Anhang an Beschluss 768/2008⁶¹ enthaltene Musterharmonisierungsrichtlinie definiert in Art. R1 Nr. 2 den Begriff ‚Inverkehrbringen‘ „als die erstmalige Bereitstellung eines Produkts auf dem Gemeinschaftsmarkt“, wobei unter ‚Bereitstellung auf dem Markt‘ gemäß Art. R1 Nr. 1 „jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Produkts zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Gemeinschaftsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit“ zu verstehen ist. Ergänzend stellt der Leitfaden klar, dass das Produkt als überlassen gilt, „sobald seine Übergabe oder seine Übereignung stattgefunden hat“.

Damit betrifft die Variante des Inverkehrbringens in Art. 4 Abs. 1 Gasgeräte-Richtlinie vordergründig den Marktzugang von Gasverbrauchseinrichtungen. Dies wird durch die entsprechende englische und französische Sprachfassung der Freiverkehrsklausel besonders deutlich, welche an dieser Stelle durch die Formulierungen ‚*placing on the market*‘ und ‚*la mise sur le marché*‘ (d.h. jeweils auf dem Markt platzieren) übersetzt wird. Der Begriff des ‚Inverkehrbringens‘ regelt damit ausschließlich Fragen des Marktzugangs und ist Fragen der Verwendung von Gasverbrauchseinrichtungen bereits dem Wortlaut nach sowie aufgrund der Regelungssystematik vorgeschaltet. Der Bereich der Verwendung einer Gasverbrauchseinrichtung ist damit gerade nicht vom Begriff ‚Inverkehrbringen‘ erfasst.

Dieses Verständnis der Freiverkehrsklausel wird auch dadurch unterstützt, dass der Regelungszweck der Gasgeräte-Richtlinie in der Festlegung von Produkthanforderungen im Hinblick auf Sicherheits- und Gesundheitsaspekte zu sehen ist. Die Wortwahl der Richtlinie lässt an verschiedenen Stellen erkennen, dass die Richtlinie gerade Eigenschaften von Gasverbrauchseinrichtungen regeln will und nicht konkrete Verwen-

⁶⁰ Leitfaden der Europäischen Kommission für die Umsetzung der nach dem neuen Konzept und dem Gesamtkonzept verfassten Richtlinien, 2000, S. 18 f.

⁶¹ Beschluss über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung des Beschlusses 93/465/EWG des Rates, ABl. Nr. L 218 v. 9.7.2008, S. 82.

dungszwecke: Erwägungsgrund 3 nennt unterschiedliche Konstruktionen und Betriebseigenschaften als Beweggrund für die vorliegende Richtlinie. Erwägungsgrund 4 nennt als konkretes Beispiel diesbezüglich unterschiedliche Eingangsdrücke. Art. 3 spricht von „grundlegenden Anforderungen“, welche die Geräte und Ausrüstungen „erfüllen“ müssen. Auch die im Anhang dominierende Formulierung „Das Gerät ist so herzustellen, dass...“ verdeutlicht, dass die Richtlinie Produkteigenschaften von Gasverbrauchseinrichtungen regeln will und die konkrete Verwendung außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie liegt.

Diese Annahme wird letztlich auch dadurch unterstützt, dass sich der Begriff ‚Inverkehrbringen‘ gemäß dem erwähnten Leitfaden „nicht auf eine Produktart, sondern auf jedes einzelne Produkt“ bezieht. Entsprechend soll der Fokus auf der Sicherheit eines jeden Produktes liegen und nicht pauschale Aussagen über den Einsatz eines Produkttyps getroffen werden.

Hätte die Gasgeräte-Richtlinie auch die Ebene der konkreten Verwendung von Gasverbrauchseinrichtungen regeln wollen, wäre schließlich auch die Einbeziehung des Begriffs ‚Verwendung‘ in die Freiverkehrsklausel zu erwarten gewesen. Diese Annahme rechtfertigt ein Vergleich mit der ebenfalls im Kontext der Neuen Konzeption erlassenen Bauprodukterichtlinie⁶², die ihre Freiverkehrsklausel in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 wie folgt formuliert: „Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr, das Inverkehrbringen und die Verwendung von Produkten, die dieser Richtlinie entsprechen, auf ihrem Gebiet nicht behindern.“ Mangels ausdrücklicher Nennung der Verwendungsebene, kann in der Freiverkehrsklausel und insbesondere in der Variante ‚Inverkehrbringen‘ nur eine Regelung des Marktzugangs, jedoch nicht der konkreten Verwendung bzw. Nutzung gesehen werden.

Die im EEWärmeG formulierte Bedingung der Nutzung von Biogas in einer KWK-Anlage als Voraussetzung für die Anerkennung als Erfüllung der Nutzungspflicht stellt sich nicht als eine Frage des Marktzugangs dar. Das generelle Bereitstellen von Gasverbrauchseinrichtungen auf dem deutschen Markt wird durch das KWK-Erfordernis nicht berührt. Mit dem KWK-Erfordernis wird ein konkreter Verwendungszweck - welcher der Bereitstellung des Geräts nachgelagert ist - geregelt, namentlich die Bedingung der Anerkennung als Erfüllung der Nutzungspflicht des EEWärmeG durch den Einsatz von Biogas. Gasgeräte, die keine KWK nutzen, können dennoch auf dem deutschen Markt bereitgestellt und somit in den Verkehr gebracht werden.

bb) Inbetriebnahme

Der Begriff der ‚Inbetriebnahme‘ beschreibt gemäß der Definition im erwähnten Leitfaden der Kommission die „erstmalige Benutzung eines Produkts durch den Endnutzer“.⁶³ Damit steht der Begriff ‚Inbetrieb-

⁶² Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl. Nr. L 40 v. 11.2.1989, S. 12; ab 2013 durch Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, ABl. Nr. L 88 v. 4.4.2011, S. 5 ersetzt.

⁶³ Leitfaden der Europäischen Kommission für die Umsetzung der nach dem neuen Konzept und dem Gesamtkonzept verfassten Richtlinien, 2000, S. 19.

nahme' der konkreten Verwendungsebene der Gasverbrauchseinrichtung näher als der Begriff ‚Inverkehrbringen‘, da bereits der Wortlaut ‚Benutzung‘ auf die konkrete Verwendung schließen lässt. Dennoch muss auch der Begriff ‚Inbetriebnahme‘ vor dem Hintergrund des oben gesagten, d.h. aus teleologischen und rechtssystematischen Gründen restriktiv ausgelegt und auf Aspekte der für eine sichere Benutzung der Gasverbrauchseinrichtung relevanten Produkteigenschaften begrenzt werden.

Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass die Gasgeräte-Richtlinie Anforderungen an die Eigenschaften von Gasverbrauchseinrichtungen aus Sicherheits- und Gesundheitsgründen formuliert und die konkrete Verwendungsebene außer Betracht lässt. Laut der Formulierungen im Anhang der Richtlinie müssen Gasverbrauchseinrichtungen *so hergestellt werden*, dass auch in der Benutzung keine Sicherheits- und Gesundheitsrisiken auftreten. Es ist dieser Aspekt, den der Begriff ‚Inbetriebnahme‘ in der Freiverkehrsklausel des Art. 4 RL 2009/142/EG umfasst.

Daher gilt auch diesbezüglich, dass das KWK-Erfordernis des EEWärmeG allein einen konkreten Aspekt der Verwendung berührt, welche jedoch nicht vom Regelungsgefüge der Gasgeräte-Richtlinie erfasst und damit auch nicht unter den Begriff ‚Inbetriebnahme‘ in der Freiverkehrsklausel zu subsumieren ist.

b) Untersagung, Einschränkung, Behinderung

Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass die Reichweite der Begriffe ‚Inverkehrbringen‘ und ‚Inbetriebnahme‘ letztlich auch durch die verwendeten Verben ‚untersagen‘, ‚beschränken‘ und ‚behindern‘ bestimmt wird. Die hier bisher vertretene Auffassung, dass das KWK-Erfordernis des EEWärmeG weder das ‚Inverkehrbringen‘ noch die ‚Inbetriebnahme‘ von Gasverbrauchseinrichtungen tangiert, könnte durch eine weite Auslegung der Begriffe ‚untersagen, beschränken und behindern‘ relativiert werden, da letztlich die einzelnen Aspekte der Freiverkehrsklausel nicht isoliert voneinander gelesen werden können, sondern sich gegenseitig beeinflussen. So könnte ein weites Verständnis der verwendeten Verben die Annahme begründen, die Freiverkehrsklausel soll auch vor nationalen Regelungen schützen, die sich zwar nur auf die Verwendung der Gasgeräte beziehen, aber sich mittelbar negativ auf den mit den Begriffen ‚Inverkehrbringen‘ und ‚Inbetriebnahme‘ geschützten Marktzugang auswirken. Dies macht daher eine Auslegung der Begriffe ‚untersagen, beschränken und behindern‘ im Kontext der Freiverkehrsklausel erforderlich.

Zunächst verbietet die Freiverkehrsklausel den Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Gasgeräten, die den Bestimmungen der Richtlinie genügen, *zu untersagen*. Das Untersagen einer Tätigkeit setzt voraus, dass diese ausdrücklich verboten wird. Das KWK-Erfordernis verbietet die Wärmeerzeugung und den Einsatz von Biogas ohne Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung jedoch gerade nicht. Vielmehr formuliert das KWK-Erfordernis lediglich die aus Umwelt- bzw. Klimaschutzgründen motivierte Voraussetzung für die Anerkennung des Einsatzes von Biogas als Erfüllung der Nutzungspflicht nach § 3 EEWärmeG. Dabei ist der Einsatz von Biogas nur eine Handlungsoption von vielen. Entsprechend enthält das KWK-Erfordernis nicht die Untersagung einer Aktivität.

Von Interesse sind vielmehr die Begriffe ‚einschränken‘ und ‚behindern‘. Beide Begriffe sind bereits dem Wortlaut nach weiter als der Begriff der Untersagung, so dass grundsätzlich auch mittelbare Auswirkungen erfasst sein könnten. Dabei stellt sich der Begriff der ‚Behinderung‘ als der weitere Begriff dar. Fraglich ist daher, ob eine nationale Regelung, die wie das KWK-Erfordernis des EEWärmeG die konkrete Verwendung von Gasgeräten betrifft und sich lediglich mittelbar negativ auf den Marktzugang von Gasgeräten auswirken könnte, von den Begriffen ‚einschränken‘ und ‚behindern‘ erfasst ist.

Die Bestimmung der inhaltlichen Reichweite der in der Freiverkehrsklausel verbotenen ‚Einschränkung‘ und ‚Behinderung‘ könnte zunächst in Anlehnung an die im Rahmen der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit getroffenen Definition einer ‚Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung‘ vorgenommen werden: Gemäß der sog. Dassonville-Formel ist eine solche im Falle einer Handelsregelung anzunehmen, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁶⁴ Erfasst ist dabei jede nationale Maßnahme, die objektiv auf den Warenverkehr einwirkt ohne jedoch einen spezifisch handelspolitischen Zweck verfolgen zu müssen.⁶⁵ Diese Definition begründet ein sehr weites Verständnis der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit, die im Sinne eines generellen Beschränkungsverbots auch nur entfernt mittelbare, negative Auswirkungen auf die Warenverkehrsfreiheit erfasst.

Die Weite dieses im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit formulierten Beschränkungsverbots kann jedoch nicht auf die Freiverkehrsklausel der Gasgeräte-Richtlinie übertragen werden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Klausel sowie einem systematisch-teleologischen Vergleich beider Regelungsansätze:

Das allgemeine Beschränkungsverbot der Warenverkehrsfreiheit stützt sich auf den primärrechtlichen Begriff ‚Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung‘. Die Einbeziehung der Wirkung einer Maßnahme erfordert bereits dem Wortlaut nach eine weite Auslegung, die auch mittelbare Wirkungen mit umfasst. Dem gegenüber ist die Freiverkehrsklausel der Gasgeräte-Richtlinie konkreter formuliert, in dem sie die drei Alternativen ‚untersagen, einschränken und behindern‘ konkret nennt. Diese müssen dem Wortlaut nach nicht notwendigerweise auch mittelbare Wirkungen einer Maßnahme erfassen.

Gewichtiger ist jedoch ein Vergleich der Normzwecke in ihrem jeweiligen Regelungsgefüge. Während Zweck des in der Dassonville-Formel ausgedrückten allgemeinen Beschränkungsverbots die Vermeidung von „unterschiedslose[n], der Sache nach aber marktexkludierend wirkende[n] Umgehungsversuche[n] der Mitgliedstaaten“ im Bereich einer für die EU fundamentalen Grundfreiheit ist,⁶⁶ ist Normzweck der Freiverkehrsklausel, dass die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von CE-zertifizierten Gasgeräten nicht durch zusätzliche Produkthanforderungen an Sicherheit und Gesundheitsschutz erschweren. Wie insbesondere Erwägungsgründe 3 und 4 der Gasgeräte-Richtlinie verdeutlichen,

⁶⁴ *EuGH*, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837, Rn. 5 - Dassonville.

⁶⁵ *Kotzur*, in: Geiger/Kotzur/Khan, Art. 34, Rn. 9.

⁶⁶ *Kotzur*, in: Geiger/Kotzur/Khan, Art. 34, Rn. 8.

dient sie der Überwindung von Handelshemmnissen, die aufgrund unterschiedlicher technischer Produktanforderung in den Bereichen Sicherheit und Gesundheitsschutz existieren. Die aus der neuen Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung hervorgehende Gasgeräte-Richtlinie ist zudem mittelbare Konsequenz der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, unterschiedliche Produktregelungen hinzunehmen, solange diese aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind.⁶⁷ Diese damit einhergehend entstehenden Handelshemmnisse versucht die Gasgeräte-Richtlinie zu überwinden. Entsprechend muss daher die Freiverkehrsklausel ausgelegt werden: Wenn diese von ‚einschränken‘ und ‚behindern‘ spricht, so verbietet die Freiverkehrsklausel Handelshemmnisse, die von den in der Richtlinie geregelten Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen an die Beschaffenheit der Gasgeräte abweichen, zu überwinden. Zweck der Freiverkehrsklausel ist es gerade nicht, solche Handelshemmnisse zu überwinden, die die Folge nationaler Regelungen außerhalb des Bereichs der Festsetzung von Anforderungen an die Produktsicherheit sind. Entsprechend muss die Reichweite der Begriffe ‚einschränken‘ und ‚behindern‘ in der Freiverkehrsklausel dahingehend begrenzt werden, dass mittelbare Handelshemmnisse, die sich aus Regelungen der Mitgliedstaaten ergeben, die gerade nicht Sicherheits- und Gesundheitsaspekte von Gasgeräten regeln, nicht erfasst sind.

c) Zwischenergebnis

Das KWK-Erfordernis des EEWärmeG stellt sich als eine nationale Regelung dar, die insbesondere im Bereich des Klima- und Umweltschutzes sowie der Energiepolitik anzusiedeln ist. Es regelt die Nutzung von Biogas zur Erfüllung der ordnungsrechtlichen Pflicht des EEWärmeG, die Wärmeversorgung anteilig durch Erneuerbare Energien zu gewährleisten. Damit trifft das KWK-Erfordernis keine Regelung von Sicherheits- und Gesundheitsschutzanforderungen an Gasgeräte. Auch wenn mittelbar das KWK-Erfordernis negative Auswirkungen auf den Marktzugang von nicht-KWK-nutzenden Gasgeräten hätte, so wäre eine solche Folge keine ‚Einschränkung‘ oder ‚Behinderung‘ des Inverkehrbringens oder der Inbetriebnahme von Gasgeräten im Sinne der Freiverkehrsklausel, da diese solche mittelbaren Beschränkungen nicht umfasst.⁶⁸

Damit stellt das Erfordernis in § 5 Abs. 2 i.V.m. Anhang II Nr. 1 a) EEWärmeG, zur Erfüllung der Nutzungspflicht Biogas in einer KWK-Anlage zu nutzen, keinen Verstoß gegen die Freiverkehrsklausel in Art. 4 Abs. 1 der Gasgeräte-Richtlinie 2009/142/EG dar.

IV. Vereinbarkeit mit der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit

In Betracht kommt jedoch ein Verstoß gegen die primärrechtliche Warenverkehrsfreiheit. Dies setzt voraus, dass diese vorliegend anwendbar ist und das KWK-Erfordernis des EEWärmeG eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit im Sinne von Art. 34 AEUV darstellt, die nicht gerechtfertigt werden kann.

⁶⁷ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8 - Cassis de Dijon.

⁶⁸ Vgl. aber die Prüfung der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit.

1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit

Die Warenverkehrsfreiheit ist grundsätzlich anwendbar, wenn kein abschließend harmonisierendes Sekundärrecht vorrangig Anwendung findet.⁶⁹ Wie oben aufgezeigt, stellt die Gasgeräte richtlinie 2009/142/EG bezüglich der Energieeffizienz und -einsparung keine abschließende Harmonisierungsmaßnahme dar, so dass diese in Bezug auf die Anwendung der Warenverkehrsfreiheit keine Sperrwirkung entfaltet.

Auch sind wärmeerzeugende Gasgeräte als Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, eine Ware im Sinne von Art. 28 Abs. 2 AEUV.⁷⁰ Schließlich ist auch ein grenzüberschreitender Bezug vorliegend nicht auszuschließen, da grundsätzlich auch im EU-Ausland produzierte Gasgeräte zur Wärmeerzeugung eingesetzt werden können. Damit ist die Warenverkehrsfreiheit vorliegend anwendbar und der richtige Prüfmaßstab der unionsrechtlichen Vereinbarkeit des KWK-Erfordernisses des EEWärmeG.

2. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

Das KWK-Erfordernis des EEWärmeG könnte als ‚Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung‘ im Sinne von Art. 34 AEUV qualifiziert werden. Gemäß der Definition der Dassonville-Formel ist eine solche in jeder Handelsregelung zu sehen, die geeignet ist, den innerunionalen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.⁷¹ Damit umfasst der Begriff der ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ im Sinne eines generellen Absatzbehinderungs- und Beschränkungsverbots - anders als die Freiverkehrsklausel der Gasgeräte richtlinie - grundsätzlich auch mittelbare Beeinträchtigungen, ohne dass die in Frage stehende Regelung unmittelbar auf die Wareneinfuhr bezogen sein muss.⁷² Vor diesem Hintergrund kann das KWK-Erfordernis möglicherweise als ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ qualifiziert werden. Indem das EEWärmeG den Einsatz von Biogas nur dann als Erfüllung der ordnungsrechtlichen Nutzungspflicht anerkennt, wenn er in einer KWK-Anlage erfolgt, motiviert es unter Umständen die Eigentümer von Neubauten, ihre Kaufentscheidung verstärkt auf KWK-nutzende, wärmeerzeugende Gasgeräte oder andere Wärmetechnologien zu lenken. Da konventionelle Brennwertkessel nicht geeignet sind, die beschriebene Nutzungspflicht zu erfüllen, werden diese möglicherweise unattraktiver für den Verbraucher. Entsprechend könnte der Absatz von konventionellen, nicht KWK-nutzenden Brennwertkesseln faktisch beschränkt werden. Da diese grundsätzlich auch im EU-Ausland hergestellt werden können, könnte das KWK-Erfordernis des EEWärmeG damit eine mittelbare Beeinträchtigung des innerunionalen Handels bewirken.

Jedoch muss dieses weite Verständnis des Begriffs ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ eingeschränkt werden. Wie der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Keck* klargestellt hat, soll die Warenverkehrsfreiheit

⁶⁹ Vgl. auch *Kotzur*, in: Geiger/Kotzur/Khan, Art. 34 AEUV Rn. 3; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 AEUV Rn. 18.

⁷⁰ *EuGH*, Rs. 7/68, Slg. 1968, S. 634 - Kommission/Italien.

⁷¹ *EuGH*, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837, Rn. 5 - Dassonville.

⁷² *Schroeder* in: Streinz, Art. 30 AEUV Rn. 37 ff.

nicht dazu dienen, „jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist [...]“.⁷³ Allgemeine Regelungen des Wirtschaftslebens, die gerade „keine spezifische Behinderung des Warenverkehrs“ im Sinne einer Steuerung von Handelsströmen enthalten, sollen gerade nicht von der Warenverkehrsfreiheit erfasst sein.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob das KWK-Erfordernis des EEWärmeG, welches sich gerade nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten richtet und keine spezifische Behinderung des Warenverkehrs enthält, sondern lediglich umwelt- und klimaschutzmotiviert den Einsatz von Biogas zur Wärmeversorgung als Regelungsgegenstand hat, als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit anzusehen ist.

Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache *Keck* diese Einschränkung durch die Unterscheidung zwischen produktbezogenen und vertriebsbezogenen Regelungen vollzogen. Danach werden Regelungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht als Maßnahme gleicher Wirkung qualifiziert, sofern sie „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die im Inland ihre Wirtschaftstätigkeit ausüben,“ und den „Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.⁷⁵ Übertragen auf das KWK-Erfordernis des EEWärmeG ist festzustellen, dass dies jedenfalls keine produktbezogene Regelung darstellt. Hingegen erscheint aber eine Subsumtion unter den Begriff der ‚Verkaufsmodalität‘ nicht möglich, da das Erfordernis, Biogas in einer KWK-Anlage zu nutzen, keine vertriebsbezogene Regelung darstellt. Die vom EuGH vorgenommene Unterscheidung von produktbezogenen und vertriebsbezogenen Regelungen dient jedoch nur als Anhaltspunkt für die Einschränkung des Begriffes der ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘.⁷⁶ Kern der Aussagen des Europäischen Gerichtshofs im *Keck*-Urteil ist es letztlich, die erforderliche Einschränkung an der Frage des Marktzuganges festzumachen. Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit soll dort angenommen werden, wo die Regelung den Zugang zum Markt behindert, jedoch nicht im Falle einer bloßen Regulierung eines bestimmten Marktverhaltens.⁷⁷

Dem KWK-Erfordernis des EEWärmeG ist keine Behinderung des Marktzuganges inhärent. Vielmehr wird hier die Nutzung eines Gasgeräts unter Einsatz von Biogas zur umweltschonenden Wärmenutzung geregelt. Inwiefern gerade eine solche Regelung von Bedingungen und Beschränkungen der Nutzung einer Ware eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstellt, ist höchststrichterlich noch nicht abschließend geklärt und in der Rechtswissenschaft entsprechend umstritten.⁷⁸ Anlass hierzu haben unter anderem die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zur Beschränkung des Ziehens von

⁷³ *EuGH*, C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 - *Keck et Mithouard*.

⁷⁴ *Kotzur*, in: Geiger/Kotzur/Khan, Art. 34 AEUV Rn. 20.

⁷⁵ *EuGH*, C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 - *Keck et Mithouard*.

⁷⁶ *Schroeder*, in: Streinz, Art. 28 EGV Rn. 43.

⁷⁷ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 AEUV Rn. 51.

⁷⁸ Vgl. ausführlich zu Nutzungsbeschränkungen *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 AEUV Rn. 53 ff.

Anhängern auf vierrädrige Kraftfahrzeuge in Italien⁷⁹ sowie zum umweltschutzmotivierten Verbot der Nutzung von Wassermotorrädern außerhalb bestimmter gekennzeichnete Wasserflächen in Schweden⁸⁰ gegeben. Hintergrund des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Italien war ein Dekret, welches das Ziehen von Anhängern auf Automobile mit mindestens vier Rädern beschränkte, womit faktisch das Ziehen von Anhängern durch zweirädrige Motorräder und Mopeds verboten wurde. Der Europäische Gerichtshof nahm im vorliegenden Fall eine Maßnahme gleicher Wirkung mit der Begründung an, dass mangels anderer Verwendungsmöglichkeiten von zum Ziehen bestimmten Anhängern, die Beschränkung der Nutzung einen derart erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher in ihrer Kaufentscheidung ausübe, dass sich dies auf den Zugang zum italienischen Markt auswirke.

Gegenstand des dem schwedischen Vorabentscheidungsverfahren zu Grunde liegenden Rechtsstreits war eine schwedische Verordnung, die die Nutzung von Wassermotorrädern auf öffentliche sowie bestimmte gekennzeichnete Wasserflächen beschränkte. Ein Verstoß gegen die Verordnung war bußgeldbewehrt. Dieses Verfahren nahm Generalanwältin *Kokott* zum Anlass, sich ausführlich zur Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf Regelungen der Nutzungsbeschränkung zu äußern.⁸¹ Sie hob dabei hervor, dass die Weite der Dassonville-Formel die Konsequenz hat, „dass jede mitgliedstaatliche Regelung, mit der die Nutzung eines Produktes beschränkt wird, als Maßnahme gleicher Wirkung zu qualifizieren ist und einer Rechtfertigung bedarf.“ Die Klärung dieser Frage bezeichnete sie dabei als „besonders dringend“.⁸² Sie sprach sich letztlich für eine Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf Nutzungsbeschränkungen aus, wobei sie sich insbesondere auf die Vergleichbarkeit der Charakteristika von Nutzungsmodalitäten und Verkaufsmodalitäten stützt: Beide seien „bezüglich der Art und Intensität ihrer Auswirkungen auf den Warenverkehr vergleichbar“, da sie beide grundsätzlich erst nach der Einfuhr eines Produktes eingreifen und sich beide mittelbar über den Verbraucher auf den Absatz eines Produktes auswirken.⁸³ Auch das KWK-Erfordernis des EEWärmeG greift erst nach der Einfuhr des Produktes und wirkt sich erst mittelbar über den Verbraucher auf den Absatz von Gasgeräten aus. Daher wäre unter Übertragung der von Generalanwältin *Kokott* aufgezeigten Überlegungen die Keck-Rechtsprechung vorliegend auch auf das KWK-Erfordernis anwendbar. Da das KWK-Erfordernis den Absatz von inländischen und ausländischen Gasgeräten tatsächlich und rechtlich in gleicher Weise berührt, wäre hierin keine Maßnahme gleicher Wirkung zu sehen.

In seiner daraufhin ergangenen Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof sich zwar nicht für eine grundsätzliche Einbeziehung von Nutzungsbeschränkungen in die Keck-Formel ausgesprochen, dennoch aber eine nähere inhaltliche Bestimmung des Begriffs der ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ vorgenommen. Hierunter fallen nunmehr *„diejenigen Maßnahmen eines Mitgliedstaats [...], mit denen bezweckt oder*

⁷⁹ *EuGH*, C-110/05, Slg. 2009, I -519 - Kommission/Italien.

⁸⁰ *EuGH*, C-142/05, Slg. 2009, I-4273 - Mickelsson und Ross.

⁸¹ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 14.12.2006 - C-142/05, Slg. 2009, I-4273 - Mickelsson und Ross.

⁸² Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 14.12.2006 - C-142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 42 - Mickelsson und Ross.

⁸³ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 14.12.2006 - C-142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 52 f. - Mickelsson und Ross.

bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, sowie Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten“ sowie „jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert.“⁸⁴ Ergänzend heißt es: „Auch wenn die fragliche nationale Regelung weder bezwecken noch bewirken sollte, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, was das vorlegende Gericht prüfen muss, kann die Beschränkung der Verwendung eines Erzeugnisses, die sie im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats auferlegt, je nach ihrer Tragweite erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher haben, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirken kann.“⁸⁵ Damit engt der Europäische Gerichtshof den Begriff der ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ maßgeblich auf die Frage des Marktzugangs ein. Für das KWK-Erfordernis des EEWärmeG gilt es in Anwendung dieser Rechtsprechung zunächst festzustellen, dass das KWK-Erfordernis nicht bezweckt, Gasgeräte aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln als Inländische. Es bleibt daher zu klären, ob das KWK-Erfordernis einen derart erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher hat, dass dadurch der Zugang von konventionellen Gasgeräten aus dem EU-Ausland behindert wird.

Unbestreitbar stellt sich das KWK-Erfordernis des EEWärmeG als ein umweltrechtliches Instrument indirekter Verhaltenssteuerung dar, welches die Eigentümer von Neubauten dazu bewegen soll, Biogas hoch-effizient in einer KWK-Anlage zu nutzen. Allerdings ist der Einsatz von Biogas nur eine von mehreren Möglichkeiten der Erfüllung der Pflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG, den Wärmeenergiebedarf durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken. Diese kann gemäß § 5 EEWärmeG auch durch die Nutzung von solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Umweltwärme sowie flüssiger oder fester Biomasse erfüllt werden. Zusätzlich eröffnet § 7 EEWärmeG die Möglichkeit, verschiedene Ersatzmaßnahmen zu ergreifen. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang die Nutzung von Abwärme, Maßnahmen der Energieeinsparung oder die Deckung des Wärmeenergiebedarfs unmittelbar aus einem Netz der Nah- oder Fernwärmeversorgung. Damit eröffnet das EEWärmeG dem verpflichteten Eigentümer eines Neubaus eine Vielzahl an Handlungsalternativen im Hinblick auf die Erfüllung der Nutzungspflicht nach § 3 EEWärmeG. Zudem muss betont werden, dass der Anteil von Biogas am Endenergieverbrauch für die Wärmeerzeugung mit nur 1,3 % im Jahr 2011 äußerst gering ist.⁸⁶ Auch gilt es festzuhalten, dass die Nutzungspflicht des § 3 EEWärmeG im Geltungsbereich grundsätzlich nur Eigentümer von Neubauten betrifft. In Deutschland werden jährlich ca. 175.000 Neubauten errichtet.⁸⁷ Auch wenn in Fällen von grundlegen-

⁸⁴ *EuGH*, C-142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 24 - Mickelsson und Ross.

⁸⁵ *EuGH*, C-142/05, Slg. 2009, I-4273, Rn. 26 - Mickelsson und Ross.

⁸⁶ *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 14.

⁸⁷ So die Schätzung des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 16/8149, S. 14.

den Um- bzw. An- und Ausbauten die Nutzungspflicht greifen sollte,⁸⁸ stellt die Zahl der von der Nutzungspflicht betroffenen Eigentümer einen äußerst geringen Anteil, gemessen am weitaus größeren Altbaugebäudebestand, dar. Schließlich muss berücksichtigt werden, dass das KWK-Erfordernis nicht zu einer generellen Unzulässigkeit des Einsatzes konventioneller Brennkessel führt. § 3 Abs. 1 EEWärmeG sieht lediglich eine anteilige Nutzungspflicht vor, die sich im Falle des Einsatzes von Biogas auf 30 % des Wärmebedarfs beschränkt. Entsprechend ist es dem Verbraucher in Bezug auf 70 % des Wärmebedarfs vollständig freigestellt, diesen durch konventionelle Brennkessel zu decken. Insbesondere bei größeren Gebäuden wie Schulen oder Krankenhäusern, die oftmals über mehrere Wärmeversorger verfügen, ist eine teilweise Wärmeerzeugung einerseits in KWK und andererseits in konventionellen Brennkesseln denkbar. Insgesamt kann vor diesem Hintergrund nicht davon ausgegangen werden, dass das KWK-Erfordernis des EEWärmeG einen derart erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher hat, dass dadurch der Marktzugang von konventionellen gasverbrauchenden Heizsystemen aus dem EU-Ausland behindert wird.

3. Rechtfertigung einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit (Hilfsgutachten)

Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung das KWK-Erfordernis des EEWärmeG dennoch als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV qualifiziert werden, führt dies jedoch nicht zu einer Unvereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit, wenn diese gerechtfertigt ist. In Betracht kommt eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls. Wie der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, zählen auch der Umwelt- und der Klimaschutz zu jenen zwingenden Erfordernissen, die die Anwendung der Warenverkehrsfreiheit einschränken können.⁸⁹

Das KWK-Erfordernis ist im Gesamtzusammenhang des EEWärmeG zu sehen, dessen Zweck es gemäß § 1 Abs. 1 ist, insbesondere im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund formuliert § 1 Abs. 2 EEWärmeG das konkrete Ziel, bis 2020 den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme auf 14 % zu erhöhen. Das KWK-Erfordernis verfolgt in diesem Regelungsgefüge das Ziel, den Einsatz von Biogas als nicht unbegrenzt verfügbaren erneuerbaren Energieträger angesichts der beschriebenen Nutzungs- und Zielkonflikte - insbesondere im Hinblick auf den Naturschutz - so ökologisch nachhaltig und vertretbar wie möglich zu gestalten, indem Biogas hocheffizient zur gleichzeitigen Erzeugung von Wärme und Strom genutzt wird. Nur durch die Nutzung in Kraft-Wärme-Kopplung kann Biogas die größtmögliche Klimateffizienz entfalten.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, § 3 Rn. 35 ff.

⁸⁹ Umweltschutz: *EuGH*, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4627, Rn. 9 - Kommission/Dänemark; Klimaschutz: *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 73 f. - PreussenElektra.

⁹⁰ *BMU*, Biomasse und Umwelt – ein Überblick, S. 18 f.; *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, § 5 Rn. 60; *Ekardt/Heitmann*, ZNER 2009, S. 346 (351).

Damit stellt sich das KWK-Erfordernis als eine Maßnahme dar, die den Klima- und Umweltschutz bezweckt.

Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gilt es festzuhalten, dass das KWK-Erfordernis jedenfalls geeignet ist, den Klimaschutz zu fördern. Durch die hocheffiziente Nutzung von Biogas zur gleichzeitigen Wärme- und Stromerzeugung wird die größtmögliche Treibhausgasemissionseinsparung erzielt und damit die beschriebenen Nutzungs- und Zielkonflikte minimiert.⁹¹

Im Rahmen der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme gilt es zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten primärrechtlich angehalten sind, aus Umweltschutzgründen mögliche Nutzungs- und Zielkonflikte beim Einsatz von Biogas durch eine hocheffiziente Nutzung zu minimieren. Art. 11 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Maßnahmen der Klima- und Energiepolitik die Erfordernisse des Umweltschutzes zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen. Dabei gilt es gemäß Art. 191 Abs. 2 S. 1 AEUV, ein „hohes Schutzniveau“ anzustreben. Diesem hohen Schutzniveau wird beim Einsatz von Biogas nur das Erfordernis einer hocheffizienten Nutzung zur gleichzeitigen Erzeugung von Wärme und Strom gerecht, da nur auf diese Weise ein vertretbares Maß an Nachhaltigkeit durch eine Minimierung der beschriebenen Nutzungs- und Zielkonflikte erreicht werden kann.

Sekundärrechtlich ist den Mitgliedstaaten ein entsprechend weiter Handlungsrahmen eröffnet. Gemäß Art. 13 Abs. 4 UAbs. 3 EE-RL müssen die Mitgliedstaaten *im Rahmen der Angemessenheit* vorschreiben, dass im Gebäudesektor ein Mindestmaß an Energie aus erneuerbaren Quellen genutzt wird. Dabei eröffnet Art. 13 Abs. 4 UAbs. 2 EE-RL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, „nationale Maßnahmen für eine deutliche Steigerung der Energieeffizienz und in Bezug auf Kraft-Wärme-Kopplung“ zu berücksichtigen. Dies geht einher mit den Erwägungsgründen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie: Gemäß Erwägungsgrund 19 sollen die Mitgliedstaaten „der optimalen Kombination von Technologien zur Steigerung der Energieeffizienz und Energie aus erneuerbaren Quellen Rechnung tragen“. Erwägungsgrund 25 hält fest, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Potentiale im Bereich der Erneuerbaren Energie haben und auf nationaler Ebene unterschiedliche Regelungen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen anwenden. Vor diesem Hintergrund erkennt Erwägungsgrund 25 an, dass „die Mitgliedstaaten deren Wirkung und Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren können [müssen]“, „[d]amit nationale Förderregelungen ungestört funktionieren können“. Dies verdeutlicht, dass den Mitgliedstaaten in der Förderung Erneuerbarer Energien ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, der ihnen eine differenzierte Ausgestaltung der Regelungen zur Förderung Erneuerbarer Energien im Hinblick auf die Effizienz und Potentiale der jeweiligen Energieträger gestattet. Vor diesem Hintergrund stellt sich das KWK-Erfordernis als eine erforderliche Maßnahme dar. Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit wäre somit aus zwingenden Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt.

⁹¹ WBGU, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, S. 61 ff.; BMU, Biomasse und Umwelt – ein Überblick, S. 18 f.

4. Ergebnis

Das Erfordernis im EEWärmeG, Biogas in einer KWK-Anlage zu nutzen, um als Erfüllung der ordnungsrechtlichen Nutzungspflicht anerkannt werden zu können, stellt mithin keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit im Sinne von Art. 34 AEUV dar. Sollte entgegen dieser Auffassung dennoch von einer ‚Maßnahme gleicher Wirkung‘ ausgegangen werden, wäre das KWK-Erfordernis jedenfalls aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

Teilgutachten 2: Die europarechtliche Bewertung von im Ausland und im Inland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Anerkennung von importiertem Biogas im Rahmen der nationalen Förderinstrumente und der Erfüllung der europäischen Zielvorgaben für Erneuerbare Energien

I. Executive Summary

1. Die energetische Nutzung von Biogas wird sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht für als grundsätzlich förderwürdig angesehen. Nach § 31 GasNZV sollen bis 2020 jährlich 6 Mrd. m³ und bis 2030 jährlich 10 Mrd. m³ Biogas ins Erdgasnetz eingespeist werden. Um die energetische Biogasnutzung nachhaltig und effizient auszugestalten, bedarf es je nach Anlagenkonstellation oftmals eines Transports und Einsatzes von Biogas an Orten mit hohem Wärmebedarf, was nur durch Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz gewährleistet werden kann. Durch das Recht auf vorrangigen Anschluss ans Erdgasnetz sowie das Recht auf vorrangigen Abschluss von Einspeise- und Ausspeiseverträgen der Transportkunden von Biogas mit Netzbetreibern trägt die GasNZV zu dieser Zielerreichung bei.

2. Darüber hinaus fördert das EEG die Stromproduktion aus Biogas durch die Zahlung einer Einspeisevergütung oder bei Direktvermarktung durch die Gewährung einer Markt- und einer Flexibilitätsprämie. Im Wärmebereich wird der Einsatz von Biogas gefördert, indem gemäß § 5 Abs. 2 EEWärmeG Biogas zur Erfüllung der anteiligen Nutzungspflicht Erneuerbarer Energien zur Wärmeversorgung eingesetzt werden kann. Trotz Vermischung von Bio- und Erdgas bei Einspeisung des Biogases in das Erdgasnetz ermöglicht die Gasäquivalentnutzung (§ 27c Abs. 1 EEG sowie Nummer II.1.c der Anlage zum EEWärmeG) eine (fiktive) körperlich-räumliche Entkopplung der Biogaserzeugung von der späteren Strom- und Wärmeerzeugung und ermöglicht mithin die Förderung von in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas.

3. Biogas und auf Erdgasqualität aufbereitetes Biomethan sind Waren im unionsrechtlichen Sinne (Art. 28 Abs. 2 AEUV). Nationale Förderregeln für die energetische Nutzung von Biogas sind vom Schutzbereich der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit erfasst. Der eigenständige Warencharakter von Biomethan bleibt unter Anwendung von Massenbilanzsystemen wie dem Biogasregister der Deutschen Energie-Agentur auch nach Einspeisung ins Erdgasnetz und nach Vermischung mit konventionellem Erdgas aufgrund einer standardisierten Nachweisführung von Mengen- und Eigenschaftsprofilen aufrechterhalten.

4. Die geographische Begrenzung der Gasäquivalentnutzung im EEG auf in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas wirkt sich nachteilig auf den Import von ausländischem Biogas aus. Es handelt sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung i.S.v. Art. 34 AEUV. Aufgrund der finanziellen Förderung nach dem EEG bestehen besondere Anreize, für die Stromerzeugung vorwiegend Lieferverträge mit deutschen Biogasproduzenten abzuschließen. Nur in Deutschland eingespeistes Biogas kann aufgrund der Gasäquivalentnutzung von der Speicher- und Kreditfunktion des Erdgasnetzes profitieren sowie nach Vermischung und Entnahme aus dem Erdgasnetz (fiktiv) im EEG als Biomethan gefördert werden.

5. Die Beschränkung des freien Warenverkehrs durch die Nichtförderung von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas kann aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt werden. Allein die Nutzung des Erdgasnetzes ermöglicht eine räumliche Entkopplung der Biogasproduktion von der späteren Strom- und Wärmeerzeugung, womit eine im Hinblick auf die Klimabilanz erforderliche effiziente Biogasnutzung gewährleistet wird, was vielfach nur über die Nutzung des Erdgasnetzes möglich ist. Zugleich dient das EEG-Vergütungssystem der Gewährleistung des Umweltschutzes in der Biomethanproduktion. Eine Einbeziehung auch von in anderen Mitgliedstaaten ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas in die deut-

schen Fördermechanismen wäre mangels unionsweitem Nachweissystems bzw. mangels unionsweit auf einem vergleichbaren Niveau arbeitenden und entsprechend vernetzten nationalen Nachweissystemen für Qualitäts- und Produktionseigenschaften von Biomethan nicht gleichermaßen geeignet, die europäischen und nationalen Klimaschutzziele einerseits sowie die im EEG-Vergütungssystem angelegten Umweltschutzziele andererseits zu erreichen. Auch kann kein nachvollziehbarer Transport der Biomethanmengen aus dem EU-Ausland bis zu den Entnahmestellen in Deutschland sichergestellt werden, solange keine durchgehende transparente und zuverlässige Massenbilanzierung gewährleistet ist. Zugleich würde eine Berücksichtigung von im EU-Ausland erzeugtem Biomethan die Fördereffizienz des EEG-Fördersystems gefährdet. Da diese maßgeblich darauf beruht, dass sich die Höhe der Einspeisevergütungstarife an den Biogasgestehungs- und den daraus folgenden Stromgestehungskosten in Deutschland orientiert, würde eine Einbeziehung von im EU-Ausland erzeugtem Biomethan angesichts unterschiedlicher Anbaukosten der Einsatzstoffe das Risiko einer Überförderung (für ggf. im Ausland günstiger erzeugtes Biogas) bzw. Unterförderung (für in Deutschland günstiger erzeugtes Biogas) bergen, die wiederum die Fördereffizienz des gesamten EEG-Fördermechanismus in Frage stellen würde.

II. Einführung

Das vorliegende Rechtsgutachten nimmt eine europarechtliche Bewertung von im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas, insbesondere mit Blick auf eine mögliche Anerkennung im Rahmen der deutschen Förderinstrumente sowie der Erfüllung der europäischen Zielvorgaben für Erneuerbare Energien, vor. Dazu wird das Gutachten im Schwerpunkt die Anerkennungsmöglichkeiten im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)⁹² und im Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz (EEWärmeG)⁹³ von importiertem Biogas im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit untersuchen. Als zentrale Vorfrage wird zu diskutieren sein, inwiefern in das Erdgasnetz eingespeistes Biogas unter den unionsrechtlichen Warenbegriff gem. Art. 28 Abs. 2 AEUV fällt. Einleitend werden zu diesem Zweck die Grundlagen der energetischen Biogasnutzung sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Einspeisung in das Erdgasnetz dargestellt (II.1. u. 2.). Gleichmaßen werden die Anerkennungsvoraussetzungen für eine Förderung der Biogasnutzung im EEG und EEWärmeG (II.3.) als Grundlage für die spätere Prüfung der Wareneigenschaft von ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas und der Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit (III.) aufgezeigt. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse (IV.) schließt die Untersuchung ab.

1. Nationale und Europäische Zielvorgaben für die energetische Biogasnutzung

Im Jahr 2011⁹⁴ wurden in Deutschland 17.500 GWh Strom aus Biogas erzeugt, was einem Anteil von 2,9 % am Stromverbrauch entsprach. Gleichzeitig wurde aus Biogas 17.000 GWh Wärme bereitgestellt, was einem Anteil von 1,3 % am Endenergieverbrauch für Wärme entsprach. Das EEG definiert in § 1 Abs. 2 das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis 2020 auf 35 %, bis 2030 auf 50 %, bis

⁹² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 17.8.2012 (BGBl. I S. 1754).

⁹³ Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz v. 7.8.2008 (BGBl. I S. 1658), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 68 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

⁹⁴ *BMU, Erneuerbare Energien in Zahlen*, S. 14.

2040 auf 65 % und bis 2050 auf 80 % zu erhöhen. Die Legaldefinition des § 3 Nr. 3 EEG versteht Biogas (d.h. Gas, das durch anaerobe Vergärung von Biomasse gewonnen wird, vgl. § 3 Nr. 2b EEG) und Biometan (d.h. Biogas oder sonstige gasförmige Biomasse, die aufbereitet und in das Erdgasnetz eingespeist worden ist, vgl. § 3 Nr. 2c EEG) als Erneuerbare Energien. Gleichmaßen definiert § 1 Abs. 2 EEWärmeG das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte bis zum Jahr 2020 auf 14 % zu erhöhen. Die aus gasförmiger Biomasse erzeugte Wärme zählt auch gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG als Erneuerbare Energie.

Gemäß § 31 GasNZV sollen bis 2020 jährlich 6 Mrd. m³ und bis 2030 jährlich 10 Mrd. m³ Biogas ins Erdgasnetz eingespeist werden.

Auf europäischer Ebene definiert Art. 3 Abs. 1 Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG (EE-RL) das Ziel, bis 2020 mindestens 20 % des Bruttoendenergieverbrauchs durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken. Biogas zählt gemäß der Definition in Art. 2 UAbs. 2 lit. a EE-RL auch im unionsrechtlichen Sinne als erneuerbare Energiequelle.

2. Energetische Biogasnutzung und Einspeisung ins Erdgasnetz

Biogas entsteht bei der Vergärung von organischen Stoffen in Biogasanlagen und besteht zu ca. zwei Dritteln aus Methan (CH₄) und zu ca. einem Drittel aus Kohlendioxid (CO₂) sowie des Weiteren aus geringen Mengen Wasserstoff, Schwefelwasserstoff, Ammoniak, Stickstoff und Sauerstoff.⁹⁵ Da allein das Methan energetisch nutzbar ist, kann das Biogorogas aufbereitet werden, indem es durch das Entfernen des Kohlendioxids in seinem Methangehalt angereichert und insbesondere durch Abtrennung des schädlichen Schwefelwasserstoffes gereinigt wird.⁹⁶ Die wesentlichen Aufbereitungsmethoden – Druckwasserwäsche, Druckwechselabsorption und chemische Wäsche – unterscheiden sich in ihrem Energieverbrauch und weisen unterschiedliche Methanverluste auf.⁹⁷ Die energetische Biogasnutzung birgt ein nicht zu vernachlässigendes Treibhausgasemissionspotential, insbesondere bei der Erzeugung des Biogorogases und dessen Aufbereitung.⁹⁸

Bislang wurde Biogas vorwiegend zur Energieerzeugung in Blockheizkraftwerken in unmittelbarer Nähe zur Biogasanlage eingesetzt. Da sich Biogasanlagen nahezu ausschließlich in ländlichen Regionen mit oftmals geringem Wärmebedarf befinden, wurde die bei der energetischen Biogasnutzung anfallende Abwärme lediglich zu 5-10 % genutzt.⁹⁹ Eine örtliche Trennung der Biogaserzeugung von der energetischen Biogasnutzung kann hingegen eine effizientere Biogasnutzung fördern: Durch die Einspeisung in das Erd-

⁹⁵ WBGU, *Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung*, S. 160, 164.

⁹⁶ Zur Biogasaufbereitung vgl. ausführlich *Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe*, *Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz*, S. 25 ff.

⁹⁷ Druckwasserwäsche: ca. 0,25 kWh/Nm³ Energieverbrauch und 2 % Methanverlust, Druckwechselabsorption: ca. 0,25 kWh/Nm³ Energieverbrauch und 2 - 5 % Methanverluste; vgl. hierzu *Gottwald/G'Giorgis*, in: *Dratwa/Ebers/Pohl/Spiegel/Strauch*, S. 24 f.

⁹⁸ *Thrän*, *Vorhaben IIa - Biomasse zum EEG-Erfahrungsbericht 2011*, S. 72 ff.

⁹⁹ *Vollprecht/Kahl*, *ZNER 2011*, S. 254 (254).

gasnetz kann Biogas vom Ort der Erzeugung in Zentren mit höherem Wärmebedarf transportiert werden. Dort kann es zur Strom- und Wärmeerzeugung eingesetzt werden und auf diese Weise einer dezentralen Strom- und Wärmeversorgung in Kraft-Wärme-Kopplung förderlich sein.¹⁰⁰ Grundsätzlich kann für diesen Transport die bestehende Erdgasnetzinfrastruktur genutzt werden,¹⁰¹ was eine Aufbereitung des Biogases auf Erdgasqualität voraussetzt. Während im Jahr 2010 noch 44 Biogasanlagen in Deutschland ca. 270 Mio. m³ Biogas ins Erdgasnetz eingespeist haben, haben sich diese Zahlen im Jahr 2011 wohl nahezu verdoppelt.¹⁰² Wie bereits erwähnt, ist es gesetzliches Ziel, bis 2020 ein Einspeisevolumen von 6 Mrd. m³ jährlich und bis 2030 ein Einspeisevolumen von 10 Mrd. m³ jährlich zu erreichen.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Einspeisung von Biogas ins Erdgasnetz

Die Einspeisung von Biogas ins Erdgasnetz ist in Deutschland in Teil 6 der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV)¹⁰³ geregelt. Im Bereich des Zugangs von Biogas zum Erdgasnetz ist auch die Erdgasbinnenmarkt-richtlinie 2009/73/EG¹⁰⁴ zu beachten. Erwägungsgrund 26 fordert die Mitgliedstaaten auf, konkrete Maßnahmen zur umfassenderen Nutzung von Biogas zu ergreifen und deren Erzeugern gleichberechtigten Zugang zum Gasnetz zu gewährleisten. Entsprechend erklärt Art. 1 Abs. 2 der RL 2009/73/EG deren Vorschriften auch in nichtdiskriminierender Weise auf Biogas für anwendbar, soweit es technisch und ohne Beeinträchtigung der Sicherheit möglich ist, Biogas in das Erdgasnetz einzuspeisen und durch das Erdgasnetz zu transportieren.

a) Rechtlicher Rahmen für Netzanschluss und Einspeisung von Biogas gemäß GasNZV

§ 33 Abs. 1 S. 1 GasNZV verpflichtet Gasnetzbetreiber, auf Antrag Biogasanlagen vorrangig an die Gasversorgungsnetze anzuschließen, wobei die Kosten des Netzanschlusses gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 GasNZV zu 75 % vom Netzbetreiber zu tragen sind. Dieser hat gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 GasNZV die Verfügbarkeit dauerhaft, aber mindestens zu 96 %, sicherzustellen und ist für die Wartung und den Betrieb des Netzanschlusses zuständig. § 33 Abs. 4-7 GasNZV regeln das Verfahren bis zum Netzanschluss: Dieses enthält das Netzanschlussbegehren des Anlagenbetreibers (Abs. 4), eine Prüfung durch Netzbetreiber (Abs. 5), einen Netzanschlussvertrag (Abs. 6) sowie eine Planung des Netzanschlusses und einen Realisierungsfahrplan (Abs. 7). Des Weiteren finden sich Regeln für die Fälle der Verweigerung des Anschlussantrags (Abs. 8), der Verweigerung des begehrten Anschlusspunktes (Abs. 9) sowie zur Gewährleistung der Netzkapazität (Abs. 10). § 34 Abs. 1 GasNZV verpflichtet die Netzbetreiber, Einspeise- und Ausspeiseverträge vorrangig mit Transportkunden (Großhändler, Gaslieferanten und Letztverbraucher, vgl. § 3 Nr. 31b EnWG) von

¹⁰⁰ Longo, ZNER 2007, S. 155 (155).

¹⁰¹ WBGU, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, S. 164.

¹⁰² BNetzA, Biogas-Monitoringbericht 2011, S. 19.

¹⁰³ Gasnetzzugangsverordnung v. 3.9.2010 (BGBl. I S. 1261), zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung v. 30.4.2012 (BGBl. I S. 1002).

¹⁰⁴ Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 Nr. L 211 v. 14.8.2009, S. 94.

Biogas abzuschließen und Biogas vorrangig zu transportieren, soweit das Biogas netzkompatibel aufbereitet wurde. Die Einspeisung von Biogas kann gemäß § 34 Abs. 2 GasNZV im Falle der technischen Unmöglichkeit oder der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit verweigert werden. Kapazitätsengpässe können hingegen nicht als Grund für die Verweigerung der Einspeisung herangezogen werden; vielmehr muss der Netzbetreiber im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit die Kapazität im Netz erhöhen, um die ganzjährige Einspeisung zu gewährleisten sowie die Nachfrage nach Transportkapazitäten für Biogas zu befriedigen. § 35 GasNZV ermöglicht die Einbringung von Biogas-Einspeisemengen in einen gesonderten Biogasbilanzkreis. Dazu sind die Marktgebietsverantwortlichen verpflichtet, für die Ein- und Ausspeisung von Biogas einen erweiterten Bilanzausgleich anzubieten.¹⁰⁵ Abweichend von Teil 5 sieht § 35 Abs. 2 GasNZV einen Bilanzierungszeitraum von 12 Monaten sowie einen Flexibilitätsrahmen in Höhe von 25 % vor.

Der Einspeiser von Biogas muss gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GasNZV sicherstellen, dass das Biogas am Einspeisepunkt und während der Einspeisung den Voraussetzungen der Arbeitsblätter G 260 (Gasbeschaffenheit) und G 262 (Nutzung von Gasen aus regenerativen Quellen in der öffentlichen Gasversorgung) des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW) entspricht.¹⁰⁶ Auf diese Weise soll die Gasqualität gewährleistet werden. Darüber hinaus muss der Anschlussnehmer gemäß § 36 Abs. 1 S. 2 GasNZV gegenüber dem Netzbetreiber zum Zeitpunkt des Netzanschlusses nachweisen, dass bei regelmäßigem Betrieb der Anlage bei Aufbereitung des Biogases auf Erdgasqualität die maximalen Methanemissionen in die Atmosphäre 0,5 % nicht übersteigen.¹⁰⁷ Der Netzbetreiber ist hingegen verantwortlich für die Einhaltung der eichrechtlichen Vorgaben des Arbeitsblattes G 685 des DVGW im Hinblick auf eine eichkonforme Abrechnung von Letztverbrauchern. Dazu müssen definierte Einspeise- und Abrechnungsbrennwerte (z.B. durch Konditionierung mit Flüssiggas oder durch Zudosierung von Luft) erreicht werden.¹⁰⁸

Ergänzend trifft die Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV)¹⁰⁹ Aussagen zu den Netzentgelten im Falle einer Einspeisung von Biogas ins Erdgasnetz: Gemäß § 19 Abs. 1 S. 3 GasNEV sind für die Einspeisung von Biogas ins Fernleitungsnetz keine Einspeiseentgelte zu entrichten. Transportkunden von Biogas erhalten hingegen vom Netzbetreiber, in dessen Netz sie unmittelbar Biogas einspeisen, ein pauschales Entgelt von € 0,007 je Kilowattstunde eingespeisten Biogases für vermiedene Netzkosten für einen Zeitraum von zehn Jahren.

Der Biogas-Monitoringbericht 2011 kommt zu folgenden Aussagen bezüglich der Umsetzung der GasNZV und GasNEV im Jahr 2010: Der durchschnittliche Zeitraum für die Realisierung des Netzanschlusses betrug zehn Monate. Die Herstellungskosten für aufbereitetes Biogas in Erdgasqualität lagen durchschnittlich bei

¹⁰⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Altrock/Schmeding*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, Biogasanlagen im EEG, 2009, S. 366.

¹⁰⁶ Einzig eine Übergabe des Biogases an den Netzbetreiber mit einem höheren Vordruck ist zulässig, vgl. § 36 Abs. 1 S. 5 GasNZV.

¹⁰⁷ Seit dem 1.5.2012 muss dieser Methanschlupf auf einen Wert von 0,2 % begrenzt werden, vgl. § 36 Abs. 1 S. 4 GasNZV.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu ausführlich *BMU*, Gasnetze der Zukunft, S. 25 ff.

¹⁰⁹ Gasnetzentgeltverordnung v. 25.7.2005 (BGBl. I S. 2197), zuletzt geändert durch Artikel 5 der Verordnung vom 3.9.2010 (BGBl. I S. 1261).

ca. 6 Cent/kWh,¹¹⁰ während der durchschnittliche Verkaufspreis für Biogas bei 8,1 Cent/kWh lag.¹¹¹ Insgesamt beliefen sich die auf die Netznutzer abgewälzten Kosten der Netznutzung durch Biogastransporte auf 53 Mio. Euro.¹¹² Bei 124 Netzanschlussbegehren kam es zu 10 Verweigerungen mit Hinweis auf eine technische Unmöglichkeit und/oder dem Bestehen alternativer Anschlusspunkte; mangelnde Netzkompatibilität war hingegen in keinem Fall ein Verweigerungsgrund.¹¹³

b) Anerkennung und Förderung von Biogas im EEG

§§ 27-27c EEG beinhalten die Vergütungsregeln für aus Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung¹¹⁴ erzeugten Strom. Während § 27 EEG die allgemeinen Grundvergütungsregelungen für die Stromerzeugung aus Biomasse regelt, sehen § 27a EEG und § 27b EEG die Vergütungsregeln für die Fälle der Vergärung von Bioabfällen bzw. Gülle vor. Gemäß § 27 Abs. 1 EEG wird für Strom aus Biomasse je nach Anlagenleistung eine Grundvergütung von 6 Cent/kWh bis 14,3 Cent/kWh gezahlt. Der Anspruch auf Zahlung der Grundvergütung besteht gemäß § 27 Abs. 4 EEG allerdings nur, wenn und solange bis zum Ende des auf die erstmalige Stromerzeugung folgenden Kalenderjahres mindestens 25 % und danach mindestens 60 % des erzeugten Stroms in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt werden oder zur Erzeugung des Biogases ein Anteil von Gülle von mindestens 60 % eingesetzt wird. Für Anlagen, die aus dem Erdgasnetz entnommenes Gas einsetzen, das unter Anwendung von § 27c EEG als Biomethan gilt, schreibt § 27 Abs. 5 Nr. 2 EEG vor, dass der gesamte Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird. Auf diese Weise wird eine maximale Wärmenutzung bei der Stromerzeugung aus Biomethan zur Vergütungsvoraussetzung.¹¹⁵

Für die vorliegende Fragestellung von zentraler Bedeutung ist § 27c EEG, welcher gemeinsame Vorschriften für gasförmige Energieträger enthält. § 27c Abs. 1 EEG stellt klar, dass aus einem Erdgasnetz entnommenes Gas als Biogas gilt, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent am Ende eines Kalenderjahres der Menge von Biomethan entspricht, die an anderer Stelle im Geltungsbereich des EEG in das Erdgasnetz eingespeist worden ist (Nr. 1), und wenn für den gesamten Transport und Vertrieb des Gases von seiner Herstellung oder Gewinnung, seiner Einspeisung in das Erdgasnetz und seinem Transport im Erdgasnetz bis zu seiner Entnahme aus dem Erdgasnetz Massenbilanzsysteme verwendet worden sind (Nr. 2). Damit normiert § 27c Abs. 1 EEG den sog. Gasabtausch im Wärmeäquivalent bzw. eine Gasäquivalentnutzung, womit durch eine Fiktion eine sowohl räumliche als auch zeitliche Entkopplung der Biogaserzeugung von der Strom- und Wärmeerzeugung ermöglicht wird.¹¹⁶ § 27c Abs. 1 EEG greift die Vorgängerregel des § 27 Abs. 2 EEG 2009 auf und ergänzt diese um das Erfordernis eines Mas-

¹¹⁰ BNetzA, Biogas-Monitoringbericht 2011, S. 25.

¹¹¹ BNetzA, Biogas-Monitoringbericht 2011, S. 31.

¹¹² BNetzA, Biogas-Monitoringbericht 2011, S. 36 ff.

¹¹³ BNetzA, Biogas-Monitoringbericht 2011, S. 20 ff.

¹¹⁴ Vgl. § 2 und § 3 Biomasseverordnung v. 21.6.2001 (BGBl. I S. 1234), zuletzt geändert durch Artikel 5 Abs. 10 des Gesetzes vom 24.2.2012 (BGBl. I S. 212).

¹¹⁵ BT-Drs. 17/6071, S. 144.

¹¹⁶ Vollprecht/Kahl, ZNER 2011, S. 254 (254).

senbilanzsystems. § 27c Abs. 2 EEG sieht einen – dem bisherigen Technologiebonus des EEG 2009 weitestgehend entsprechenden – Bonus für die Aufbereitung des Biogases vor Einspeisung ins Erdgasnetz nach Maßgabe der Anlage 1 zum EEG („Gasaufbereitungsbonus“) vor.

Durch die Berechnung des Gasabtausches im Wärmeäquivalent gemäß § 27c Abs. 1 EEG wird rechtlich fingiert, dass ein aus dem Erdgasnetz entnommenes Gasgemisch Biogas ist, obwohl es faktisch nicht ausschließlich aus Biogas zusammengesetzt ist.¹¹⁷ Durch diese Fiktion wird zum einen vermieden, dass die Förderung dieses Gasgemisches gegen den Ausschließlichkeitsgrundsatz des EEG verstößt, wonach nur Anlagen förderwürdig sind, die *ausschließlich* Erneuerbare Energien einsetzen. Zum anderen übernimmt das Erdgasnetz damit eine im Hinblick auf den gewünschten Ausbau der Biogaseinspeisung eine besonders wichtige Speicher- und Kreditfunktion:¹¹⁸ Da die eingespeiste Menge Biogas insgesamt nur am Ende eines Kalenderjahres der Ausspeisemenge entsprechen muss, können Einspeise- und Ausspeisezeitpunkt zeitlich auseinander fallen. Insbesondere ist es möglich, dass eine Menge Gasgemisch als Biogas ausgespeist wird, bevor die entsprechende Menge Biomethan eingespeist wird. Mögliche Überschüsse können bilanziell auf das nächste Kalenderjahr übertragen werden.¹¹⁹ Ein tatsächlicher Transport der Biogasmengen von der Einspeise- zur Ausspeisestelle, d.h. vom Ort der Biogasproduktion zum Ort der Strom- und Wärmerzeugung, ist dabei nicht erforderlich, was der Biogaseinspeisung insgesamt und der Handelbarkeit von Biogas besonders förderlich ist.¹²⁰ Die mit der Nutzung des Erdgasnetzes und der Anwendung des Gasabtauschs einhergehende „Flexibilisierung der Standorte“¹²¹ ermöglicht eine effiziente Biogasnutzung, da die Biogasverstromung hierdurch an Orten mit entsprechendem Wärmebedarf vorgenommen werden kann.

Allerdings wird die Gasäquivalentnutzung örtlich dahingehend begrenzt, dass nur solches Biomethan im Rahmen der Gasäquivalentnutzung anerkannt wird, welches im Geltungsbereich des EEG in das Erdgasnetz eingespeist wurde. Dieser entspricht gemäß § 2 Nr. 1 EEG dem Bundesgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der ausschließlichen Wirtschaftszone¹²². Damit kann im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistes Biogas nicht am Gasabtausch nach § 27c Abs. 1 EEG teilnehmen.

Des Weiteren sieht § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG vor, dass für den gesamten Transport und Vertrieb des Gases von seiner Herstellung bis zur Entnahme (d.h. entlang der Wertschöpfungskette) Massenbilanzsysteme verwendet werden.¹²³ Diese sollen eine Rückverfolgbarkeit des Biogases vom Zeitpunkt seiner Entnahme aus dem Gasnetz bis zum Zeitpunkt seiner Gewinnung oder Herstellung gewährleisten.¹²⁴ Ein Nachweis über die ausschließlich biogene Herkunft des Biogases kann nicht allein über die Ausspeisung aus Biogas-

¹¹⁷ *Altrock/Schmeding*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, S. 359.

¹¹⁸ *Graßmann*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, S. 331 f.

¹¹⁹ Vgl. *BMU*, Fragen zum EEG 2009, http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/doc/43981.php#53 (Stand: 21.9.2012).

¹²⁰ *Vollprecht/Kahl*, ZNER 2011, S. 254 (258).

¹²¹ *Ekarde*, in: Frenz/Müggendorf, § 27 Rn. 24.

¹²² Vgl. Definition der AWZ in Art. 55 Seerechtsübereinkommen sowie *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 15 Rn. 16.

¹²³ Gemäß § 66 Abs. 10 EEG gilt dies erst für Strom, der ab dem 1.1.2013 erzeugt wird.

¹²⁴ BT-Drs. 17/6071, S. 148.

bilanzkreisen gewährt werden, da in diesem Fall nicht auszuschließen ist, dass fossiles Erdgas als Ausgleichsenergie in den Bilanzkreis eingespeist wurde. Diese Unsicherheit soll durch ein entsprechendes Nachweissystem aufgehoben werden.¹²⁵ Massenbilanzsysteme finden sich bereits im Kontext des EEWärmeG¹²⁶ sowie der Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung¹²⁷. Wie die Gesetzesbegründung hervorhebt, kann beispielsweise das Biogasregister der Deutschen Energie-Agentur bei entsprechender Ausgestaltung als Massenbilanzsystem fungieren.¹²⁸ Die genaue Ausgestaltung des Massebilanzsystems im Wege einer Rechtsverordnung nach § 64a Abs. 2 EEG steht allerdings noch aus.

c) Anerkennung und Förderung von Biogas im EEWärmeG

Das EEWärmeG verpflichtet in § 3 Abs. 1 die Eigentümer von Neubauten, ihren Wärmebedarf durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 EEWärmeG ist Biogas eine Erneuerbare Energie in diesem Sinne und kann daher zur Erfüllung der Nutzungspflicht aus § 3 Abs. 1 EEWärmeG eingesetzt werden. Zur Erfüllung der anteiligen Nutzungspflicht muss der Wärmebedarf gemäß § 5 Abs. 2 EEWärmeG zu mindestens 30 % aus Biogas gedeckt werden.¹²⁹ Nummer II.1 der Anlage zum EEWärmeG enthält weitere Vorgaben für die Nutzung von Biogas: Zunächst kann Biogas die Nutzungspflicht nur dann erfüllen, wenn das Biogas in Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) eingesetzt wird.¹³⁰ Mit diesem Erfordernis der KWK-Nutzung sollen Nutzungskonflikte bei der Biogasnutzung minimiert und der Klimanutzen maximiert werden.¹³¹ Nummer II.1.c der Anlage zum EEWärmeG betrifft die Nutzung von Biogas, das auf Erdgasqualität aufbereitet und ins Erdgasnetz eingespeist worden ist. Hiernach müssen die Anforderungen an die Biogasaufbereitung eingehalten werden, die in Nummer I.1.a)-c) der Anlage 1 zum EEG vorgeschrieben sind und als Grundlage für den Gasaufbereitungs-Bonus nach § 27c Abs. 2 EEG dienen. Entsprechend darf der Methanschleup in die Atmosphäre durch die Aufbereitung maximal 0,5 % betragen, während der Stromverbrauch für die Aufbereitung 0,5 kWh/m³ nicht überschreiten darf. Des Weiteren muss die Prozesswärme für die Aufbereitung und die Erzeugung des Biogases aus erneuerbaren Energien ohne den Einsatz zusätzlicher fossiler Energie bereitgestellt worden sein.

Nummer II.1.c.bb der Anlage zum EEWärmeG entspricht weitestgehend der Regelung der Gasäquivalentnutzung in § 27c Abs. 1 EEG. Auch im Kontext des EEWärmeG gilt eine aus dem Erdgasnetz entnommene Menge als Biogas, wenn diese Menge im Wärmeäquivalent am Ende eines Kalenderjahres der Menge von Gas aus Biomasse entspricht, das an anderer Stelle in das Gasnetz eingespeist worden ist. Gleichermaßen müssen für den gesamten Transport und Vertrieb des Biomethans von seiner Herstellung, seiner Einspei-

¹²⁵ *Graßmann*, in: Loibl/Maslaton/von Bredow/Walter, S. 353 (Fn. 100).

¹²⁶ Vgl. Nr. II.1.c.bb der Anlage zum EEWärmeG.

¹²⁷ Vgl. §§ 16-17 Biokraft-NachV v. 30.9.2009 (BGBl. I S. 3182), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 71 des Gesetzes v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

¹²⁸ BT-Drs. 17/6071, S. 183.

¹²⁹ Bei öffentlichen Gebäuden gilt ein Mindestanteil von 25 %, vgl. § 5a Abs. 1 EEWärmeG.

¹³⁰ Nummer II.1.a der Anlage zum EEWärmeG.

¹³¹ *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, § 5 Rn. 60, 77; vgl. auch die Vorgabe in § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG, wonach ein Vergütungsanspruch nur besteht, wenn 25 % bzw. 60 % des Stroms in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt werden.

sung in das Erdgasnetz und seinem Transport im Erdgasnetz bis zu seiner Entnahme aus dem Erdgasnetz Massenbilanzsysteme verwendet werden. Anders als in der vergleichbaren Regelung des § 27c Abs. 1 EEG fordert das EEWärmeG jedoch nicht, dass das Biomethan in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeist wurde. Damit erstreckt das EEWärmeG die gesetzliche Fiktion auf ausländisches Biogas und fördert dies in gleicher Weise wie deutsches Biogas.

Die unterschiedliche Behandlung von ausländischem Biogas in den Regelungsgefügen von EEG und EEWärmeG lässt sich jedoch aus der Systematik von EEG und EEWärmeG ableiten: Das EEG regelt in seinen §§ 16 ff. technologiespezifische Vergütungszahlungen. Diese berücksichtigen insbesondere auch die technologiespezifischen Produktions- und Gestehungskosten bei der Stromerzeugung. Diese sind im Fall von Biogas besonders hoch, was sich auch in den vergleichsweise hohen Vergütungszahlungen für Strom aus Biomasse widerspiegelt.¹³² Das EEWärmeG hingegen gewährt keine technologiespezifische finanzielle Förderung, sondern formuliert Mindestanteile Erneuerbarer Energien an der Wärmebereitstellung. Die Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich orientiert sich somit nicht an den technologiespezifischen Gestehungskosten. Dieser grundsätzliche Unterschied in der Architektur der Förderung Erneuerbarer Energien im Strombereich einerseits und dem Wärmebereich andererseits erklärt die unterschiedliche Einbeziehung von ausländischem Biogas in die Gasäquivalentnutzung in den Regelungsgefügen von EEG und EEWärmeG.

III. Vereinbarkeit der deutschen Förderregelungen mit der Warenverkehrsfreiheit

Die soeben dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen einer Förderung der energetischen Biogasnutzung durch das EEG haben zur Konsequenz, dass im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas nachteilig gegenüber in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas behandelt wird. § 27c Abs. 1 EEG fingiert über den Gasabtausch im Wärmeäquivalent, dass entnommenes Gasgemisch als Biomethan gilt, soweit eine entsprechende Menge Biogas im Laufe des Jahres in das deutsche Erdgasnetz eingespeist wurde. Dieses Gasgemisch wird folglich als Biogas gemäß der §§ 27 ff. EEG gefördert. Damit werden für eine Biogaseinspeisung in Deutschland vorteilhafte Rahmenbedingungen geschaffen. In anderen Mitgliedstaaten oder in Drittländern in das Erdgasnetz eingespeistes Biogas kann hingegen nicht am Gasabtausch im Wärmeäquivalent teilnehmen und erfährt damit keine Förderung im Rahmen von EEG.

Dieses Rechtsgutachten wird im Folgenden der Frage nachgehen, ob die Regelung des § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG mit der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist. Ein Verstoß gegen Art. 34 AEUV könnte darin bestehen, dass das dem Erdgasnetz entnommene Gasgemisch nur dann als förderungsfähiges Biogas nach dem EEG gilt, wenn die entnommene Menge im Wärmeäquivalent der Menge von Biogas entspricht, die an anderer Stelle in Deutschland eingespeist worden ist. Im Ausland ins Erdgasnetz einge-

¹³² Biogasanlagen erhielten im Rahmen des EEG 2009 eine durchschnittliche Vergütung von 25,77 Cent/kWh vgl. *BMU, EEG-Erfahrungsbericht 2011*, S. 70; die höheren Vergütungssätze im EEG 2012 werden entsprechend auch eine höhere Durchschnittsvergütung bewirken.

speistes Biogas kann demnach unter Anwendung der Gasäquivalentnutzung nicht finanziell gefördert werden. Ausländisches Biogas erfährt daher eine im Vergleich zu in Deutschland erzeugtem Biogas nachteiligere Behandlung.

1. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV)

Die Eröffnung des Schutzbereichs der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit setzt voraus, dass eine Ware im unionsrechtlichen Sinne vorliegt. Daher muss zunächst geklärt werden, ob und inwiefern ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas als Ware im unionsrechtlichen Sinne gelten kann. Wird Biogas auf Erdgasqualität aufbereitet und anschließend ins Erdgasnetz eingespeist, kommt es zu einer faktischen Vermischung beider Gase, die eine differenzierte rechtliche Behandlung des Biogases grundsätzlich unmöglich macht. Es besteht einzig ein Gasgemisch aus den vormaligen Bestandteilen Erd- und Biogas. Fraglich ist somit, ob Biogas eine gesonderte (fiktive) Wareneigenschaft aufweist, die auch nach Einspeisung ins Erdgasnetz trotz der physisch-realen Vermischung mit dem Erdgas beibehalten wird. Eine derartige fiktive Wareneigenschaft könnte unter Anwendung bilanzieller Methoden aufrechterhalten werden.

a) (Bio-)Gas als Ware

Der Europäische Gerichtshof definiert in ständiger Rechtsprechung Waren i.S.v. Art. 28 Abs. 2 AEUV als „Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können“.¹³³ Ergänzend hebt er hervor, dass es sich dabei grundsätzlich um körperliche Gegenstände handeln muss.¹³⁴ Auch wenn Strom die grundsätzlich erforderliche Körperlichkeit nicht aufweist, hat der Europäische Gerichtshof diesen in seiner Rechtsprechung stets als Ware – allerdings ohne nähere Begründung – anerkannt und diesbezügliche mitgliedstaatliche Regelungen – wie etwa die deutsche Einspeisevergütung – am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit geprüft.¹³⁵ Gleichmaßen wird auch die Wareneigenschaft des Energieträgers Gas nicht bestritten, da Gas in gesonderten Behältern transportiert werden kann.¹³⁶ Insoweit ist auch aus Biogas erzeugter Strom wie auch Biogas selbst eine Ware im unionsrechtlichen Sinn.

b) Warenqualität von in das deutsche Erdgasnetz eingespeistem Biogas

Es stellt sich die Frage, ob das mit Erdgasqualität in das deutsche Erdgasnetz eingespeiste Biogas eine eigenständige Warenqualität im rechtlichen Sinne aufweist. Dagegen spricht, dass die chemisch-physikalische Zusammensetzung nach Aufbereitung des Biogases jener des Erdgases entspricht. Beide Gase können ferner zur Stromerzeugung eingesetzt werden, so dass auch eine funktionale Unterscheidung nicht möglich ist.

¹³³ *EuGH*, Rs. 7/68, Slg. 1968, 633, 642 - Kunstschatze.

¹³⁴ *Schroeder*, in: Streinz, Art. 28 Rn. 19.

¹³⁵ *EuGH*, C-393/92, Slg. 1994, I-1477, Rn. 28 - Almelo; vgl. auch *EuGH*, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1274 ff. -Costa/ENEL und *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 68 ff. - PreussenElektra; *Epiney*, in: Ehlers, § 8 Rn. 8; a.A. und für eine Einstufung als Dienstleistung *Seidel*, *EuR* 1988, S. 129 (135).

¹³⁶ *Frenz*, *Europäische Grundfreiheiten*, Rn. 670; *Terhechte*, in: Schwarze, Art. 28 Rn. 20; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 AEUV Rn. 120.

Ausgehend von der obigen Definition des unionalen Warenbegriffs ist zu berücksichtigen, dass Biogas aufgrund der Förderregelungen des EEG und EEWärmeG einen anderen Geldwert als herkömmliches Erdgas besitzt¹³⁷ und Gegenstand gesonderter Handelsgeschäfte sein kann, die zudem gesonderte rechtliche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen haben.¹³⁸ Entsprechend kann Biogas eine eigenständige Warenqualität aufweisen, die sich im Grundsatz von jener herkömmlichen Erdgases unterscheidet.

Allerdings könnte Biogas seine eigenständige Wareneigenschaft im unionsrechtlichen Sinne verlieren, wenn es nach Einspeisung in das deutsche Erdgasnetz zu einer Vermischung mit herkömmlichem, fossilem Erdgas kommt und lediglich das entstandene Gasgemisch weiterhin als Ware im unionsrechtlichen Sinne zu behandeln wäre. Aufgrund der Vermischung von Biogas mit fossilem Erdgas im Erdgasnetz ist es nicht mehr möglich, das Biogas vom herkömmlichen Erdgas zu trennen, gesondert zu transportieren und es zum Gegenstand gesonderter Handelsgeschäfte zu machen. Fraglich ist insoweit, ob die im EEG und EEWärmeG vorgesehene Anwendung von Massenbilanzsystemen aufgrund einer statistischen Erfassung von Einspeise- und Ausspeisemengen eine bilanziell gesonderte Behandlung von Biogas sowie eine Nachweisbarkeit der biogenen Eigenschaften entlang der Wertschöpfungskette ermöglicht, wodurch dessen eigenständiger Warencharakter auch nach Einspeisung ins Erdgasnetz aufrechterhalten und damit bejaht werden könnte.

aa) Massenbilanzsysteme und nationales Biogasregister

Sowohl § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG als auch § 5 Abs. 2 EEWärmeG i.V.m. Nr. II.1.c.bb der Anlage zum EEWärmeG fordern den Einsatz von Massenbilanzsystemen zum Nachweis der Biomethaneigenschaft. Dieses Erfordernis entspricht auch den Empfehlungen des EEG-Erfahrungsberichts 2011.¹³⁹ Gemäß der Gesetzbeurteilung soll das Massenbilanzsystem die Rückverfolgbarkeit des Gases vom Zeitpunkt seiner Entnahme aus dem Erdgasnetz bis zum Zeitpunkt seiner Gewinnung und Herstellung ermöglichen.¹⁴⁰ Hierzu sei beispielsweise ein Rückgriff auf das Biogasregister Deutschland der Deutschen Energie-Agentur GmbH (dena) möglich.¹⁴¹ Um Schlussfolgerungen für die Wareneigenschaft von Biogas nach Einspeisung ins Erdgasnetz aufgrund der Massenbilanzierung zu ziehen, bedarf es zunächst einer Erläuterung der Funktionsweise von Massenbilanzsystemen und der Ausgestaltung des Biogasregisters.

(1) Funktionsweise von Massenbilanzsystemen

Massenbilanzsysteme dienen der „zuverlässigen und lückenlosen Rückverfolgbarkeit von zur Strom- und Wärmeerzeugung unter dem EEG bzw. EEWärmeG eingesetztem Biomethan von seiner Herstellung bis zu

¹³⁷ Vgl. Verkaufspreise im Jahr 2010 für Biogas von 8,1 Cent/kWh und für fossiles Erdgas von 1,7 Cent/kWh, BNetzA (Fn. 12), S. 31 ff.

¹³⁸ Wie oben aufgezeigt sind u.a. §§ 31- 37 GasNZV zu berücksichtigen.

¹³⁹ *BMU*, EEG Erfahrungsbericht 2011, S. 92.

¹⁴⁰ BT-Drs. 17/6071, S. 74.

¹⁴¹ BT-Drs. 17/6071, S. 74.

seiner Entnahme aus dem Erdgasnetz zwecks Verwendung zur Strom- und Wärmeerzeugung“.¹⁴² Die Massenbilanzierung soll auf diese Weise eine „genaue Zuordnung der jedenfalls für den Vergütungsanspruch nach dem EEG relevanten Eigenschaften („vergütungsrelevante Eigenschaften“) zu der jeweiligen Menge Biomethan“ ermöglichen.¹⁴³ Charakteristisch für Massenbilanzsysteme ist, dass sie eine physische Vermischung der massenbilanziell rückverfolgbaren Stoffe (hier: Biomethan) mit anderen Stoffen (hier: fossiles Erdgas) zulassen.¹⁴⁴ Beispielhaft für die Funktionsweise von Massenbilanzsystemen ist das in der EE-RL für die Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien für Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe vorgesehene Nachweissystem. Art. 18 Abs. 1 EE-RL beschreibt entsprechend die grundlegenden Eigenschaften solcher Massenbilanzsysteme: Sie müssen eine Vermischung von Stoffen mit unterschiedlichen Eigenschaften ermöglichen, während Angaben über die Eigenschaften dem Gemisch zugeordnet bleiben. Die Vorgaben des Art. 18 Abs. 1 EE-RL wurden durch § 16 f. BioKraft-NachV sowie § 16 f. BioSt-NachV umgesetzt. Gemäß § 16 Abs. 2 BioKraft-NachV müssen Massenbilanzsysteme zum Nachweis der Nachhaltigkeitskriterien für Biokraftstoffe sicherstellen, dass im Falle einer Vermischung von Biomasse, die die Nachhaltigkeitskriterien erfüllt, mit solcher Biomasse, die den Nachhaltigkeitskriterien nicht genügt, die Menge der „nachhaltigen“ Biomasse vor Beimischung erfasst wird und die Menge, die dem Gemisch entnommen wird und als „nachhaltige“ Biomasse gelten soll, nicht höher ist als jene, die vorab als „nachhaltig“ erfasste Biomasse beigemischt wurde.

Als prägendes Element von Massenbilanzsystemen muss ein quantitativer Vergleich der Eigenschaften jener Mengen, welche dem Gemisch entnommen werden, mit jenen Mengen, welche dem Gemisch hinzugefügt wurden, gewährleistet sein. Gemäß dieses „Input/Output-Prinzips“ dürfen die aus dem Gasgemisch entnommenen Mengen zum Zeitpunkt der Massenbilanzierung nicht höher sein als die dem Gasgemisch hinzugefügten Mengen an Biomethan.¹⁴⁵ In diesem Sinne dienen Massenbilanzsysteme ausschließlich als Nachweissysteme im Falle einer Vermischung von Stoffen mit unterschiedlichen Herkunfts- oder Produktionseigenschaften. Die Nachweisführung vollzieht sich im Rahmen eines Vergleichs der Mengen, die dem Gemisch beigefügt und jenen die dem Gemisch entnommen werden. Dieser bilanzielle Vergleich führt zur Fiktion einer bestimmten Eigenschaft des entnommenen Gases, ohne dass das Gas auch real eine bestimmte Menge der betrachteten Eigenschaft aufweisen muss. Der Nachweis einer bestimmten Eigenschaft wird für die Inanspruchnahme bzw. Anerkennung im Rahmen eines bestimmten Fördermechanismus benötigt. Massenbilanzsysteme sind damit in ihrer ursprünglichen Konzeption ausschließlich Nachweissysteme und lassen sich von reinen Zertifikathandelssystemen unterscheiden. Diese folgen dem „book and claim“-Grundsatz und lassen rein bilanzielle Umbuchungen ohne physischen Warentransport und ohne physische Verbindung zwischen den jeweiligen Stoffmengen entlang der Massenbilanzie-

¹⁴² *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 3.

¹⁴³ *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 6.

¹⁴⁴ *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 4.

¹⁴⁵ *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 4.

rungskette zu.¹⁴⁶ Auch ist das Massenbilanzsystem von der gaswirtschaftlichen Bilanzierung nach EnWG und GasNZV zu unterscheiden: Diese bezwecken nicht die Nachverfolgbarkeit bestimmter Eigenschaftsprofile, sondern einen physikalischen Ausgleich von Abweichungen zwischen Einspeise- und Ausspeisemengen innerhalb eines Bilanzkreises.¹⁴⁷

Der Nachweis der Herkunft einer Stoffmenge kann durch die Bestätigung eines unabhängigen Auditors (z.B. zugelassene Umweltgutachter nach dem Umweltauditgesetz) oder über eine Dokumentation in unabhängigen Datenbanken erfolgen. Die Massenbilanzierung setzt nach der Herstellung des Biomethans an folgenden weiteren sog. Dokumentationszeitpunkten an: Der Einspeisung des Biomethans in das Erdgasnetz, der Übertragung des Anspruchs auf Ausspeisung und schließlich der Ausspeisung aus dem Erdgasnetz.¹⁴⁸

(2) Funktionsweise des Biogasregisters Deutschland

Das Biogasregister Deutschland wurde von der Deutschen Energie-Agentur in Kooperation mit verschiedenen Marktakteuren in den Bereichen Biomethanerzeugung, -handel und -verwendung entwickelt und am 22.9.2010 vorgestellt. Das Biogasregister Deutschland stellt sich somit als privatrechtlich ausgestaltetes Massenbilanzierungssystem dar und ist nicht als staatliche Einrichtung anzusehen. Neben dem Biogasregister Deutschland ist grundsätzlich eine Vielzahl alternativer Massenbilanzierungssysteme denkbar, wie auch die Gesetzesbegründung deutlich macht, die das Biogasregister Deutschland lediglich als beispielhafte Ausgestaltung einer Massenbilanzierung nennt.¹⁴⁹

Entlang der Biogawertschöpfungskette (Erzeugung, Aufbereitung, Einspeisung ins Erdgasnetz, Entnahme und energetische Nutzung) bestehen zwischen den Marktakteuren Nachweispflichten bezüglich der Eigenschaften von Biogas, welche sich aus dem EEG, dem EEWärmeG oder der GasNZV ergeben können. Das Biogasregister ist vor diesem Hintergrund ein Hilfsinstrument für den standardisierten Nachweis der Biogaseigenschaften, um auf diese Weise einen Beitrag für einen „liquiden Biomethanhandel“ zu leisten.¹⁵⁰

Die Nachweisführung des Biogasregisters orientiert sich an der Biogas-Wertschöpfungskette: Der Biogasproduzent speist das produzierte und auf Erdgasqualität aufbereitete Biogas in das Erdgasnetz ein und bucht diese Mengen in das Biogasregister ein („Graustellen“). Ein staatlich zugelassener sachverständiger Auditor prüft Anlage und Produktion vor Ort und bestätigt Menge, Eigenschaften und Herkunft des Biogases im Biogasregister („Grünstellen“). In der Folge werden die Biogasmengen zwischen Produzenten und Zwischenhändlern aufgeteilt und werden entsprechend auf die Konten der Registerteilnehmer umgebucht. Entnimmt der Endverbraucher Biogas aus dem Erdgasnetz, bucht er oder sein Lieferant die ent-

¹⁴⁶ *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 4.

¹⁴⁷ Vgl. Teil 5 GasNZV; *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 7.

¹⁴⁸ *BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012, S. 7 ff.

¹⁴⁹ BT-Drs. 17/6071, S. 74.

¹⁵⁰ *Dena*, Eckpunktepapier „Dokumentationssystem für Biomethaneigenschaften (Biomethanregister)“, S. 2 f.

sprechende Menge aus dem Biogasregister aus („Rotstellen“). Der Endverbraucher erhält einen Biogasregister-Auszug über die verbrauchte Menge, Eigenschaften und Herkunft des Biogases. Das Biogasregister ermöglicht auf diese Weise eine sichere und vertrauenswürdige Nachweisführung über Mengen und Eigenschaften des Biogases entlang dessen Wertschöpfungskette, ohne dass sich die Marktakteure persönlich kennen müssen.

bb) Bedeutung der Massenbilanzierung und des Biogasregisters für die Wareneigenschaft von in Deutschland eingespeistem Biogas

Zu klären war, ob die Anwendung von Massenbilanzierungssystemen es ermöglicht, trotz Vermischung im Erdgasnetz von Biogas mit konventionellem Erdgas Biogas als eigenständige Ware im unionsrechtlichen Sinne zu klassifizieren. Auch wenn aufgrund eines standardisierten Nachweissystems der Biogashandel erleichtert werden soll, stellt das Biogasregister selbst keine Handelsplattform für Biomethan dar.¹⁵¹ Vielmehr ist es auf der Nachweisebene anzusiedeln und ergänzt die Ebene des Liefervertrags, in dem Menge, Zeitpunkt und Eigenschaft des zu liefernden Biogases festgelegt werden sowie die Bilanzkreisebene, auf welcher der Transport des Biogases im Erdgasnetz organisiert wird.¹⁵² Die im Biogasregister geführten Nachweise repräsentieren damit eine bestimmte Menge Biogas mit einem bestimmten Eigenschaftsprofil, ohne dass die Nachweise im Sinne eines Surrogats für diese Menge Biogas selbst handelbar sind.¹⁵³ Umbuchungen im Biogasregister erfolgen akzessorisch zum Transport des Biogases mittels Biogas-Bilanzkreisen. Die im Biogasregister geführten Nachweise sind nicht losgelöst von einer Übertragung der Biogasmengen handelbar. Das Biogasregister verlagert den Biogashandel damit nicht vollständig von einem Transportmodell hin zu einem reinen Biogas-Zertifikatehandelsmodell, erleichtert jedoch durch Standardisierung die Nachweisführung im Biogashandel, indem die Biogaseigenschaft im Rahmen eines standardisierten Nachweissystems mit den transportierten Biogasmengen weitergegeben wird.¹⁵⁴ Die standardisierte Nachweisführung über Mengen- und Eigenschaftsprofile von Biogas vereinfacht den Handel mit Biogas und hält den Geldwert der biogenen Eigenschaften des Gases aufrecht, da diese entlang der Wertschöpfungs- und Transportkette nachvollziehbar und nachweisbar bleiben. Biogas behält auf diese Weise seinen eigenständigen Warencharakter im unionsrechtlichen Sinne entlang seiner Wertschöpfungskette.

c) Warenqualität von im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas

Allerdings ist das Biogasregister im Anwendungsbereich geographisch auf Deutschland begrenzt. Ausländische Biogaserzeuger können ihre Biogasmengen dementsprechend nicht in das Biogasregister eintragen. Jedoch haben auch andere Mitgliedstaaten der EU Nachweissysteme für Biomethan etabliert. Das

¹⁵¹ Dena, Eckpunktepapier „Dokumentationssystem für Biomethaneigenschaften (Biomethanregister)“, S. 2.

¹⁵² Funke, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 3 (2011), S. 79 (80).

¹⁵³ Anders Grünstromzertifikate, die ein Handelssurrogat darstellen vgl. Müller/Bitsch, *ZNER* 2008, 197 (200).

¹⁵⁴ Vgl. zur Unterscheidung von Transport- und Zertifikatmodellen im Kontext des Handels mit Biogas Graßmann/Maqua, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 11 (2007), S. 100 ff.

niederländische Vertogas-Zertifizierungssystem dient zugleich als Herkunftsnachweis als auch als Nachweis dafür, dass Biogas auf Erdgasqualität aufbereitet wurde.¹⁵⁵ Hierzu kann sich ein Biogasanlagenbetreiber nach erfolgter Auditierung bei Vertogas registrieren und die von ihm produzierten Biomethanmengen einstellen. Anders als im Falle der Massenbilanzierung in Deutschland ermöglicht das niederländische Zertifizierungssystem jedoch eine Trennung der physischen Weitergabe von Biomethan vom Handel mit den ausgestellten Zertifikaten. Dies hat zur Folge, dass bei losgelöster Weitergabe des Zertifikats die entsprechende Menge Biomethan nicht mehr als solche nachweisbar ist, auch wenn im Ergebnis nicht mehr Zertifikate gehandelt werden als ursprünglich entsprechende Biomethanmengen erzeugt wurden. Dennoch entstehen durch die losgelöste Handelbarkeit von Biomethan und Zertifikaten zwei Märkte: Ein Gashandel und ein Zertifikatehandel. Für die unionsrechtliche Warendefinition bedeutet dies, dass das Zertifikat und das Gasgemisch Gegenstand von unterschiedlichen Handelsgeschäften sind und in dieser Folge jeweils einen eignen Marktwert haben. Die eigenständige Wareneigenschaft von Biomethan wird in Anwendung dieses Zertifikatesystems hingegen nicht beibehalten.

Für ausländisches Biogas besteht bislang kein standardisiertes Nachweissystem über Mengen- und Eigenschaftsprofile. Die biogene Eigenschaft von ausländischem Biogas wird entlang der Wertschöpfungskette nicht aufrechterhalten, sondern geht durch Vermischung mit fossilem Erdgas verloren. Ausländisches Biogas verliert auf diese Weise seine Eigenschaft als gesondertes Handelsobjekt und somit seinen eigenständigen Warencharakter, während unter Anwendung des Biogasregisters in Deutschland erzeugtes Biogas weiterhin als Ware im unionsrechtlichen Sinne einzustufen ist.

Allerdings ist der Verlust des eigenständigen Warencharakters von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas für eine Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit unschädlich. Die europäische Warenverkehrsfreiheit verbietet im Grundsatz jede nationale Regelung, die geeignet ist, auch nur mittelbar oder rein potentiell den innerunionalen Warenverkehr zu behindern.¹⁵⁶ Denn auch der Verlust der eigenständigen Wareneigenschaft des Biogases nach Vermischung mit einer anderen Ware eröffnet und erfordert eine Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit, wenn sich die Wirkungen der nationalen Maßnahme bereits vorgelagert auf die ursprüngliche Ware, hier die Produktion des „Rohstoffes“ Biogas bzw. Biomethan im Ausland, auswirken. In Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit genügt daher der Verweis darauf, dass Biogas jedenfalls vor Einspeisung ins Erdgasnetz eine Ware im unionsrechtlichen Sinne ist. Dies gilt insbesondere auch für die Fälle, dass ausländische Massenbilanzierungssysteme die eigenständige Wareneigenschaft von Biomethan während des Transports bis zur deutschen Gasnetzgrenze aufrechterhalten.

¹⁵⁵ Vgl. <http://www.vertogas.nl/hoofdmenu/wat-doet-vertogas/wat-is-groen-gas-certificering> (20.9.2012).

¹⁵⁶ *EuGH*, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5 - Dassonville.

d) Grenzüberschreitender Bezug und keine abschließende Harmonisierung durch EE-RL

Auch liegt aufgrund des Bezugs der Fragestellung auf nach Deutschland importiertes Biogas ein grenzüberschreitender Bezug vor. Möglicherweise wäre eine Prüfung am Maßstab der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit ausgeschlossen, sollte die sekundärrechtliche EE-RL in Bezug auf die Förderung von Biogas eine abschließende Harmonisierungswirkung entfalten.¹⁵⁷ Allerdings ergibt sich aus der EE-RL, dass sie im Hinblick auf nationale Fördersysteme keine abschließende Harmonisierung vornimmt, sondern vielmehr den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet: So erkennt Erwägungsgrund 25 an, dass die Mitgliedstaaten nationale Förderregelungen in ihrer Wirkung und ihren Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren können müssen. Art. 3 Abs. 3 EE-RL eröffnet den Mitgliedstaaten eine Vielzahl an potentiellen Fördermechanismen für den Ausbau Erneuerbarer Energien.¹⁵⁸ Entsprechend nimmt die EE-RL keine abschließende Harmonisierung nationaler Fördersysteme für den Ausbau erneuerbarer Energien vor. Eine Prüfung am Maßstab der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit ist somit möglich.

2. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung bzw. Maßnahme gleicher Wirkung

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit setzt gemäß Art. 34 AEUV voraus, dass eine nationale Maßnahme einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichkommt oder eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt. Untersuchungsgegenstand ist vorliegend die Regelung zur Gasäquivalentnutzung in § 27c Abs. 1 Nr. 2 EEG. Wie ausgeführt, gilt hiernach aus dem Erdgasnetz entnommenes Gas als Biomethan und kann nach dem EEG gefördert werden bzw. auf die anteilige Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG angerechnet werden, soweit die Menge des entnommenen Gases im Wärmeäquivalent am Ende eines Kalenderjahres der Menge an Biogas entspricht, die an anderer Stelle in Deutschland in das Erdgasnetz eingespeist worden ist. Die Regelung der Gasäquivalentnutzung beschränkt somit nicht mengenmäßig die Einfuhr von ausländischem Biogas nach Deutschland. Vielmehr werden hierdurch Rahmenbedingungen geschaffen, die die Biogaseinspeisung in Deutschland besonders attraktiv machen, da in Deutschland eingespeistes Biogas auf diese Weise in den Genuss der Speicher- und Kreditfunktion des Erdgasnetzes kommt und entsprechend die Lieferbeziehung zwischen Biogaserzeuger und Stromerzeuger erheblich vereinfacht. Die Biogaseinspeisung in Deutschland wird schließlich dadurch angereizt, dass der Stromerzeuger eine Förderung nach §§ 27 ff. EEG erhält bzw. das entnommene Gasgemisch zur Erfüllung seiner Nutzungspflicht im Rahmen des EEWärmeG einsetzen kann. Hierin könnte eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung liegen. Eine solche ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in jeder nationalen Handelsregelung zu sehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹⁵⁹ Die beschriebenen Vorteile der Gasäquivalentnutzung und die damit einhergehende Fiktion, dass das aus dem Erdgasnetz entnommene Gas-

¹⁵⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 Rn. 18; Kotzur, in: Geiger/Kotzur/Khan, Art. 34 AEUV Rn. 18.

¹⁵⁸ Vgl. Begriffsbestimmung „Förderregelung“ in Art. 2 k) EE-RL.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1994, 837, Rn. 5 - Dassonville.

gemisch als Biomethan gilt und damit die Nachweisführung zwecks Durchsetzung des Anspruchs auf die gesetzlich gewährleistete Vergütung ermöglicht, schaffen einen besonderen Anreiz für den Stromproduzenten, entsprechende Lieferverträge mit solchen Biogasanlagen einzugehen, die ihr Biogas in Deutschland ins Erdgasnetz einspeisen. Biogasanlagen im Ausland werden auf diese Weise zumindest indirekt benachteiligt, womit eine mittelbare und potentielle Behinderung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs einhergeht. Die Regelungen der Gasäquivalentnutzung sind demnach als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV einzustufen.

Eine andere Bewertung könnte sich aufgrund der Keck-Rechtsprechung des EuGH ergeben.¹⁶⁰ Hiernach ist zwischen vertriebsbezogenen und produktbezogenen Handelsregelungen zu unterscheiden. Unterschiedslos geltende Regelungen bestimmter Verkaufsmodalitäten stellen keine Beschränkung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs im Sinne einer Maßnahme gleicher Wirkung dar, wenn sie den Absatz ausländischer Waren tatsächlich und rechtlich in gleicher Weise berühren. Letztere Einschränkung soll gewährleisten, dass eine verkaufs- und vertriebsbezogene Regelung in ihrer Wirkung den Marktzugang nicht beschränkt.¹⁶¹ Die Regelungen zur Gasäquivalentnutzung im EEG sind keine produktbezogenen Regelungen, sondern betreffen vielmehr die Ebene des Vertriebs von Biogas über das Erdgasnetz zum Zwecke der Inanspruchnahme gesetzlicher Förderungen. Allerdings entstehen durch die Gasäquivalentnutzung unterschiedliche Rahmenbedingungen für im Ausland und in Deutschland erzeugtes Biogas. Im Ausland erzeugtes Biogas genießt die Vorteile der Gasäquivalentnutzung, wenn es nach Deutschland gebracht und erst in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeist wird. Dies bleibt allerdings eine rein theoretische Möglichkeit, da ein solcher Transport nach Deutschland außerhalb des Erdgasnetzes technisch zwar möglich, aber nicht wirtschaftlich wäre. Ausländisches Biogas, das im Ausland in das Erdgasnetz eingespeist wird, kann somit nicht zur Stromerzeugung unter Inanspruchnahme der gesetzlichen Vergütungszahlungen eingesetzt werden. Gleichermaßen kann ausländisches Biogas auch nicht zur Erfüllung der anteiligen Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG eingesetzt werden. Entsprechend schwächen die mit der Gasäquivalentnutzung verbundenen Rahmenbedingungen im EEG signifikant die Nachfrage nach ausländischem Biogas. In sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Weise werden die Absatzmöglichkeiten von ausländischem Biogas in Deutschland erheblich stärker berührt als jene von in Deutschland erzeugtem Biogas. Damit gilt festzuhalten, dass die Rahmenbedingungen der Biogaseinspeisung im EEG den Marktzugang von ausländischem Biogas signifikant einschränken, folglich nicht unterschiedslos wirken und mithin die Keck-Rechtsprechung – obwohl es sich um eine vertriebsbezogene Regelung handelt – keine Anwendung findet.

Die Fördermechanismen im EEG und EEWärmeG für in Deutschland eingespeistes Biogas sind folglich Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 34 AEUV.

¹⁶⁰ *EuGH, C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993 I-6097 ff. - Keck und Mithouard.*

¹⁶¹ *Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 813.*

3. Rechtfertigung

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit ist nicht gegeben, wenn die Beschränkung des freien Warenverkehrs infolge der Regelung der Gasäquivalentnutzung gerechtfertigt ist. Als anerkannter Rechtfertigungsgrund kommt vorliegend der Umwelt- und Klimaschutz in Betracht.¹⁶² Das EEG bezweckt den Ausbau Erneuerbarer Energien gemäß § 1 Abs. 1 EEG im Interesse des Klima- und Umweltschutzes.¹⁶³ Die Regelungen der Gasäquivalentnutzung in EEG und EEWärmeG dienen dabei der Förderung einer effizienten und damit nachhaltigen Nutzung des Erneuerbaren Energieträgers Biogas mit dem Ziel einer möglichst positiven CO₂-Bilanz bei der energetischen Nutzung. Sie sind demnach als Maßnahmen des Umwelt- und Klimaschutzes einzustufen. Zugleich könnte in der konkreten Ausgestaltung der Gasäquivalentnutzung des EEG eine Maßnahme gesehen werden, die den Umweltschutz in der Erzeugung von Biogas und dessen Aufbereitung zu Biomethan bezweckt. Fraglich ist jedoch, ob die konkrete Ausgestaltung der Gasäquivalentnutzung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt und eine im Hinblick auf das verfolgte Ziel geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme darstellt.

a) Geeignetheit der Maßnahme

Die Regelung der Gasäquivalentnutzung soll eine nachhaltige und effiziente Biogasnutzung zur Energieversorgung dadurch ermöglichen, dass die bei der Stromerzeugung aus Biogas freiwerdende Wärme durch eine Flexibilisierung der Standorte von Biogas- und Stromerzeugung dort genutzt werden kann, wo ein realer Wärmebedarf besteht.¹⁶⁴ Insgesamt fügt sich die Regelung der Gasäquivalentnutzung in das Gesamtziel, den Ausbau der Nutzung Erneuerbarer Energien im Strom- sowie im Wärmebereich zu fördern und auf diese Weise einen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten, ein. So ist es gemäß § 1 Abs. 1 Zweck des EEG, „im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen [...]“. Auch die energetische Nutzung des Erneuerbaren Energieträgers Biogas dient grundsätzlich dem Klimaschutz. Allerdings ist im Sinne der Anforderungen an eine nachhaltige Biogasnutzung und angesichts bestehender ökologischer Nutzungskonflikte beim Biogaseinsatz¹⁶⁵ sicherzustellen, dass der Nutzung einer Einheit Biogas ein maximaler Klimaschutzbeitrag gegenübersteht. Um dies zu gewährleisten, ist eine effektive Nutzung der bei der Stromerzeugung anfallenden Wärme in Gebieten mit erhöhtem Wärmebedarf erforderlich. Diese Zielsetzung findet auch im EEG selbst dadurch Ausdruck, dass gemäß § 27 Abs. 4 EEG die Stromerzeugung aus Biomethan zu mindestens 60 % in Kraft-Wärme-Kopplung zu erfolgen hat, um die Einspeisevergütung in Anspruch nehmen zu können. Da die Regelung einer Gasäquivalentnutzung im EEG die Nutzung des Erdgasnetzes und damit eine energetische Biogasnutzung

¹⁶² *EuGH*, C-379/98, Slg. 2011 I-2099, Rn. 73 f. – PreussenElektra AG.

¹⁶³ Vgl. § 1 EEG und § 1 EEWärmeG.

¹⁶⁴ *Rostankowski/Vollprecht*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, § 27 Rn. 87; *Ekardt*, in: *Frenz/Müggenborg*, § 27 Rn. 24.

¹⁶⁵ *WBGU*, *Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung*, S. 61 ff.; *SRU*, *Klimaschutz durch Biomasse*, S. 2 ff. (auch zu ökologischen Binnenkonflikten); *Wustlich*, „Erneuerbare Wärme“ im Klimaschutzrecht, ZUR 2008, S. 113 (114); *Ekardt/Heitmann* in: *Schulze-Fielitz/Müller*, S. 139 (150 ff.); *Ekardt/Schmeichel/Heering*, NuR 2009, S. 222 ff.

unabhängig vom Ort der Biogaserzeugung an geeigneten Wärmesenken ermöglicht, ist sie daher geeignet, eine nachhaltige Energieversorgung, die zugleich dem Klima- und Umweltschutz dient, zu fördern.

Fraglich ist jedoch, ob insbesondere die Nichtberücksichtigung von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biomethan im Rahmen des EEG-Fördersystems eine geeignete Maßnahme darstellt, den Klima- und Umweltschutz zu fördern. In der Beschränkung des EEG-Vergütungsregimes auf im Inland ins Erdgasnetz eingespeistes Biomethan könnte jedoch deshalb eine geeignete Maßnahme erkannt werden, da sie zum einen die Fördereffizienz des EEG-Förderregimes zu gewährleisten und zum anderen verschiedene umweltschutzmotivierte anlagen- und produktionsspezifische Anforderungen durchzusetzen vermag.

aa) Gewährleistung der Fördereffizienz

Das EEG fördert den Ausbau Erneuerbarer Energien in der Stromversorgung durch die Zahlung von festen Einspeisevergütungstarifen. Diese müssen in der Höhe derart ausgestaltet sein, dass sie dem Anlagenbetreiber einen wirtschaftlichen Betrieb der Anlage ermöglichen.¹⁶⁶ Dabei muss ein angemessener Ausgleich zwischen dem Setzen von Investitionsanreizen und der Vermeidung einer finanziellen Überförderung, die letztlich das Gesamtfördersystem und insbesondere die Stromverbraucher unverhältnismäßig belasten würde, angestrebt werden. Die Bestimmung der richtigen Vergütungshöhe wird daher maßgeblich von den Erzeugungs- und Produktionskosten in den einzelnen Mitgliedstaaten, die grundsätzlich gemäß Art. 3 Abs. 3 der EE-RL zur Ausgestaltung von Förderregelungen berechtigt sind, beeinflusst. Im Hinblick auf den wirtschaftlichen Betrieb einer Anlage zur Biogaserzeugung und -aufbereitung sind somit insbesondere die Kosten der Einsatzstoffe und deren Anbau maßgeblich. Dies spiegelt sich auch in der Systematik des § 27 EEG selbst wider, der in Abs. 2 für verschiedene Einsatzstoffe verschiedene Vergütungsklassen vorsieht. Da jedoch die Anbaukosten der Einsatzstoffe in den EU-Mitgliedstaaten variieren und somit jeweils unterschiedliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen für einen wirtschaftlichen Betrieb der Biogaserzeugungs- und -aufbereitungsanlagen bestehen, können sich die EEG-Vergütungstarife ausschließlich an jenen Parametern orientieren, die die Rahmenbedingungen eines wirtschaftlichen Betriebs von Biogasanlagen in Deutschland bestimmen. Eine indirekte Förderung von ausländischen Biogaserzeugungs- und -aufbereitungsanlagen würde bei Biomethan aus Staaten mit niedrigeren Einsatzstoffkosten als in Deutschland stets das Risiko insbesondere einer Überförderung dieser Anlagen bergen, was zugleich mit einer unverhältnismäßigen Belastung der deutschen Stromverbraucher einhergehen würde und die Fördereffizienz des EEG-Vergütungsregimes in Frage stellen würde. Insofern muss die in der Gasäquivalentnutzung angelegte Beschränkung der EEG-Förderung auf im Inland ins Erdgasnetz eingespeiste Biomethanmengen als geeignet angesehen werden, um die Fördereffizienz des EEG-Förderregimes zu gewährleisten, was mittelbar dem umwelt- und klimaschutzmotivierten Ausbau Erneuerbarer Energien förderlich ist.

¹⁶⁶ Vgl. auch BT-Drs. 16/8148, S. 73.

bb) Einhaltung anlagenspezifischer Umwelt- und Klimaschutzanforderungen

Darüber hinaus formuliert das EEG-Vergütungsregime im Kontext der Biogasförderung verschiedene ebenso umwelt- und klimaschutzmotivierte anlagen- und produktionsspezifische Anforderungen. Die Vergütungsregeln des EEG 2012 sind derart ausgestaltet, dass die Ressourceneffizienz und der Klimaschutzbeitrag der energetischen Biomassenutzung sowie Naturschutzinteressen bei der Rohstoffgewinnung eine besondere Berücksichtigung erfahren.¹⁶⁷ Hierzu formuliert das EEG verschiedene anlagen- und produktionsspezifische Anforderungen: Gemäß § 27 Abs. 5 Nr. 2 EEG besteht ein Vergütungsanspruch nur, soweit der Strom in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt wird. Diese vollständige Wärmenutzungspflicht soll „angesichts der natürlichen Begrenztheit der Ressource Biomasse und den damit verbundenen Nutzungskonkurrenzen eine möglichst effiziente Nutzung der eingesetzten Substrate“ gewährleisten.¹⁶⁸ Darüber hinaus besteht der Vergütungsanspruch nur, wenn der zur Stromerzeugung eingesetzte Anteil an Mais 60 % nicht übersteigt (§ 27 Abs. 5 Nr. 1 EEG). Diese Regelung bezweckt insbesondere die negativen ökologischen Folgen des großflächigen Maisanbaus auf das Landschaftsbild, die Biodiversität und die Bodenentwicklung zu begrenzen.¹⁶⁹ Der Gasaufbereitungsbonus nach § 27c Abs. 2 EEG setzt darüber hinaus einen Anreiz, die Aufbereitung von Biogas zu Biomethan in besonders klimaschonender Weise durchzuführen. Gemäß Anlage 1 zum EEG wird ein Bonus in Höhe von bis zu 3 Cent/kWh gezahlt, wenn der Methanschluß in die Atmosphäre bei der Aufbereitung auf 0,2 % begrenzt wurde, maximal 0,5 kWh Strom je Normkubikmeter Gas verbraucht wurden und die zur Aufbereitung und Erzeugung des Gases erforderliche Prozesswärme aus Erneuerbaren Energien, Grubengas oder der Abwärme der Anlage bereitgestellt wurde. Darüber hinaus formuliert § 6 Abs. 4 EEG solche technischen Anforderungen an Biogasanlagen, die das Austreten (klima-)schädlicher Emissionen vermeiden sollen. Dieser Überblick verdeutlicht, dass das Vergütungssystem des EEG 2012 einen maximalen Klimaschutzbeitrag der energetischen Biogasnutzung bei maximaler Begrenzung der negativen ökologischen Auswirkungen zu gewährleisten beabsichtigt. Die Einhaltung dieser anlagen- und produktionsspezifischen Anforderungen als Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs durch ausländische Biogaserzeugungs- und -aufbereitungsanlagen könnte dabei nicht sicherstellend gewährleistet werden. Vielmehr würde dies einen Zertifizierungs- bzw. Auditierungsmechanismus ausländischer Biogasanlagen voraussetzen. Mangels eines solchen Kontrollmechanismus ist die Beschränkung des EEG-Vergütungsmechanismus auf im Inland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas auch im Hinblick auf die Einhaltung der aufgezeigten umwelt- und klimaschutzmotivierten anlagen- und produktionsspezifischen Anforderungen als geeignet anzusehen.

¹⁶⁷ Müller, ZUR S. 22 (23).

¹⁶⁸ Müller, ZUR S. 22 (23).

¹⁶⁹ Müller, ZUR S. 22 (23 f.); BT-Drs. 17/6071, S. 72.

cc) Nachvollziehbarkeit des Transports von Biomethan

Die gezielte Förderung der Stromerzeugung aus Biomethan setzt vor dem Hintergrund des Ausschließlichkeitsprinzips in § 16 Abs. 1 S.1 EEG voraus, dass zur Stromproduktion ausschließlich Biomethan eingesetzt wird. Aufgrund der physikalischen Vermischung von Biomethan mit konventionellem Erdgas im Erdgasnetz bedarf es daher einer Fiktion wie jener der Regelung zur Gasäquivalentnutzung im EEG sowie einer Massenbilanzierung, um sicherzustellen, dass im Ergebnis so viel Biomethan finanziell gefördert wird wie ursprünglich ins Erdgasnetz eingespeist wurde und die Biomethanmengen bis zu ihrer Erzeugung rückverfolgbar sind, um der jeweiligen Gasmenge auch eindeutig ihre vergütungsrelevanten Parameter zuordnen zu können. Nur unter dieser Bedingung kann die Förderung der Stromerzeugung aus Biomethan einen Klimaschutzeffekt erzielen, indem sichergestellt wird, dass eine Einheit Biomethan eine Einheit fossilen Erdgases verdrängt. Da jedoch bislang kein grenzüberschreitendes, unionsweites System der Massenbilanzierung besteht, kann nicht gewährleistet werden, dass das im Ausland ins Erdgasnetz eingespeiste Biomethan unter Aufrechterhaltung der Biogaseigenschaft nach Deutschland gelangt. Ohne unionsweites System einer Massenbilanzierung von Biomethan ist die Beschränkung der EEG-Förderung auf in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeistes und massenbilanziertes Biomethan damit geeignet, eine gezielte Förderung der Stromerzeugung aus Biomethan und somit mittelbar auch die Fördereffizienz des EEG zu gewährleisten.

b) Erforderlichkeit der Maßnahme

Allerdings muss sich die konkrete Ausgestaltung der Gasäquivalentnutzung im EEG mit ihrer geographischen Beschränkung auf in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeistes Biomethan auch als erforderliche Maßnahme darstellen. Es darf demnach kein im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit milderer, aber dennoch gleich geeignetes Mittel ersichtlich sein. Als ein solches milderer Mittel kommt in Betracht, auch das in anderen Mitgliedstaaten ins Erdgasnetz eingespeiste Biogas in den Gasabtausch und auf diese Weise in das Fördersystem des EEG einzubeziehen.

Ziel des EEG ist es gemäß § 1 Abs. 1 EEG, im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Energieversorgung in Deutschland zu fördern. § 1 Abs. 2 EEG definiert entsprechend das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis 2020 auf 35 %, bis 2030 auf 50 %, bis 2040 auf 65 % und bis 2050 auf 85 % zu erhöhen. Der bezweckte Ausbau Erneuerbarer Energien in Deutschland stellt dabei auch einen Beitrag zur Verwirklichung der oben erwähnten europäischen Klimaschutzziele dar. Vor dem Hintergrund der in Anhang I der EE-RL definierten nationalen Ausbauziele für den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch, die jeder Mitgliedstaat bis 2020 individuell erreichen muss, müssen die Mitgliedstaaten befugt sein, ihre Förderregelungen so effizient und effektiv wie möglich auszugestalten. Eine Ausweitung der EEG-Förderung auf im Ausland ins Erdgasnetz eingespeiste Biomethanmengen würde vor dem Hintergrund der beschriebenen Zielsetzung, einen wirtschaftlichen Betrieb der Bio-

gaserzeugungs- und -aufbereitungsanlagen zu gewährleisten und gleichzeitig eine Überförderung zu vermeiden, beispielsweise voraussetzen, dass die Vergütungssätze in ihrer Höhe auch den Rahmenbedingungen für einen wirtschaftlichen Betrieb von Biogasanlagen in anderen Mitgliedstaaten angepasst werden. Dies könnte bei einer kostengünstigeren Produktion von Biogas etwa in osteuropäischen Mitgliedstaaten insbesondere eine Absenkung der Vergütungssätze bewirken. Eine solche würde jedoch wiederum den Anreiz zur Biomethan-erzeugung in Deutschland maßgeblich senken und damit mittelbar die Fördereffizienz des EEG-Förder-systems gefährden.

Zugleich könnte sich eine Ausweitung der EEG-Förderung auf ausländisches Biomethan auch negativ auf die Biomethan exportierenden Mitgliedstaaten auswirken. Wird ausländisches Biomethan aufgrund der höheren Förderzahlungen in Deutschland maßgeblich nach Deutschland exportiert, verbleiben den betroffenen Mitgliedstaaten geringere Biomethanmengen, die sie im Hinblick auf die Erreichung ihrer nationalen Ausbauziele zur Stromerzeugung einsetzen könnten. Insofern würde eine Ausweitung der EEG-Förderung auf ausländisches Biomethan auch eine Gefährdung ausländischer Fördersysteme bewirken.

Auch ist fraglich, ob eine Einbeziehung von in anderen Mitgliedstaaten erzeugtem Biomethan in die Gasäquivalentnutzung in gleicher Weise, den vom Vergütungssystem des EEG 2012 bezweckten Umweltschutzstandard in der Biogasaufbereitung und Biomethannutzung gerecht werden könnte. Dies würde voraussetzen, dass Biomethanproduzenten in anderen Mitgliedstaaten in zuverlässiger Weise die Einhaltung der anlagen- und produktionsspezifischen Umweltschutzanforderungen nachweisen. Mangels eines standardisierten, unionsweiten Dokumentations- und Nachweissystems bezüglich der Biogasproduktion und -aufbereitung ist ein solcher Nachweis bislang nicht möglich. Entsprechend wäre die Einhaltung der vom deutschen EEG bezweckten Umweltschutzstandards bei der Biogasproduktion und -aufbereitung im Ausland nicht gewährleistet und eine Ausweitung der Gasäquivalenznutzung auf im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas wäre im Hinblick auf den Umweltschutzzweck des EEG-Vergütungssystems damit nicht gleich geeignet.

Die Nichtberücksichtigung im EEG und im EEWärmeG von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biogas in der Anwendung der Gasäquivalentnutzung und die damit einhergehende faktische Nichtberücksichtigung von in anderen Mitgliedstaaten erzeugtem Biogas in den deutschen Förderinstrumenten stellt sich mithin als erforderlich dar.

c) Angemessenheit der Maßnahme

Möglicherweise ist die geographische Beschränkung der EEG-Förderung auf in Deutschland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas gemessen an den europäischen Klimaschutzzielen, wonach bis 2020 mindestens 20 % des Bruttoendenergieverbrauchs durch Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt werden sollen, eine unangemessene Maßnahme. Durch eine rein nationale Ausgestaltung der Förderung bestimmter Erneuerbarer Energieträger wird unter Umständen dieses unionale Gesamtziel gefährdet.

aa) Nationale Fördersysteme: weiter Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

Die Beschränkung nationaler Fördermechanismen auf inländische erneuerbare Energien als Voraussetzung für eine effektive Verwirklichung nationaler und europäischer Klimaschutzziele ist jedoch von den unionsrechtlichen Vorgaben an die Ausgestaltung nationaler Fördermechanismen gedeckt. Bereits die von der EE-RL vorgenommene Methodik der Formulierung individueller nationaler Zielvorgaben im Anhang, die sich in das gesamteuropäische Ziel eines Anteils von 20 % Erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch einfügen, verdeutlicht, dass das europäische Sekundärrecht den Mitgliedstaaten die Verantwortung überträgt, auf mitgliedstaatlicher Ebene den Ausbau Erneuerbarer Energien zu fördern. Eine Berücksichtigung auch ausländischer Erneuerbarer Energiequellen ist in dieser Formulierung nationaler Zielvorgaben nicht angelegt. Entsprechend räumt die EE-RL den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum in der Ausgestaltung nationaler Förderregelungen und -mechanismen für den Ausbau Erneuerbarer Energien ein, damit diese die in Anhang I definierten nationalen Gesamtziele für den Anteil Erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch erreichen können: Erwägungsgrund 25 gesteht den Mitgliedstaaten zu, dass sie die Wirkung und Kosten der nationalen Förderregelungen entsprechend ihrem Potenzial kontrollieren können, um ein ungestörtes Funktionieren der Fördersysteme gewährleisten zu können. Entsprechend räumt Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL den Mitgliedstaaten das Recht ein, zu entscheiden, „in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus Erneuerbaren Quellen fördern wollen“. Dem Wortlaut nach gestattet letztere Norm lediglich eine Nichtberücksichtigung im Ausland *erzeugter Energie*. Sie enthält hingegen keine Aussage über die Nichtberücksichtigung ausländischer *Energieträger* in nationalen Förderregelungen. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass bei den meisten anderen erneuerbaren Energien der Ort der Stromproduktion und der Standort des Energieträgers identisch sind (vgl. z.B. Wind-, Solar- und Hydroenergie). Im Falle der energetischen Nutzung von Biogas kann es zu einer räumlichen Trennung von der Erzeugung des Energieträgers und dessen energetischer Nutzung kommen. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL hat diese Besonderheit der Biogasnutzung nicht berücksichtigt. Vielmehr ist daher auf den Sinn und Zweck der Regelung abzustellen: Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL soll den Mitgliedstaaten ermöglichen, ihre Förderregelungen effektiv auszugestalten. Dies setzt insbesondere voraus, dass Fördersysteme, die einem Einspeisevergütungsmodell folgen, die Höhe der zu zahlenden Vergütungen mit den im Mitgliedstaat geltenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen abstimmen können, um einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Setzen von Investitionsanreizen einerseits und der Vermeidung einer Überförderung herzustellen. Die Einbeziehung von in anderen Mitgliedstaaten geltenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wie beispielsweise unterschiedlicher Kosten für den Anbau der Einsatzstoffe würde hingegen diese angestrebte Fördereffizienz gefährden.

Dieser Auslegung steht der Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL nicht entgegen, da den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt wird, zu entscheiden, „in welchem Umfang“ sie in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen. Der Wortlaut „in welchem Umfang“ gestattet

es, bereits an einen frühen Zeitpunkt der Energieerzeugung anzuknüpfen, insbesondere an den Energieträger, auf Grundlage dessen die Energieerzeugung erfolgt. Zudem unterstützt eine historische Auslegung dieses Verständnis der EE-RL: In ihrem Vorschlag für die EE-RL überließ die Kommission es den Mitgliedstaaten ausdrücklich, „den Sektor der erneuerbaren Energiequellen so zu fördern, wie es ihrem Potenzial und den nationalen Gegebenheiten am besten entspricht, und [...] die Möglichkeit, ihre Ziele zu erreichen, indem sie die Entwicklung erneuerbarer Energiequellen in anderen Mitgliedstaaten unterstützen.“¹⁷⁰ Die Kommission wollte demnach den Mitgliedstaaten gerade freistellen, ob und inwieweit sie die Entwicklung Erneuerbarer *Energiequellen* in anderen Mitgliedstaaten fördern. Im Vorschlag der Kommission für die EE-RL wurde somit indirekt die Möglichkeit einer Nichtberücksichtigung ausländischer Erneuerbarer Energiequellen vorgesehen.

bb) Angemessenheit aufgrund fehlender unionsweiter Nachweis- und Massenbilanzierungssysteme

Da mangels unionsweiten Nachweissystems die Einhaltung dieses Klima- und Umweltschutzstandards bei der Biogasproduktion und -aufbereitung im Ausland nicht gewährleistet werden kann, ist die Nichtberücksichtigung von in einem anderen Mitgliedstaat erzeugtem und eingespeistem Biomethan im Rahmen des deutschen Vergütungssystems auch angemessen. Dafür streitet insbesondere auch die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtsache PreussenElektra. Hier sah der EuGH die dem Stromeispeisungsgesetz innewohnende Diskriminierung auch deshalb als gerechtfertigt an, weil kein Herkunftsnachweissystem für Strom aus Erneuerbaren Energien bestand.¹⁷¹ Auch in Bezug auf das Eigenschafts- und Produktionsprofil von Biomethan mangelt es bislang an einem unionsweiten Nachweissystem, das die Einhaltung bestimmter Umweltschutzstandards in Erzeugung und Aufbereitung dokumentiert. Somit ist auch in Übertragung der Argumentation im PreussenElektra-Urteil des EuGH die Nichtberücksichtigung von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biomethan im Hinblick auf die Verfolgung von Klima- und Umweltschutz in der Biomethanproduktion als angemessen anzusehen.

Ein solches unionsweites Nachweissystem erscheint angesichts der unterschiedlich hohen Umwelt- und Klimaschutzanforderungen, die die nationalen Fördersysteme formulieren, bislang mangels Vergleichbarkeit schwer umsetzbar. Jedoch gilt festzuhalten, dass selbst ein derartiges unionsweites Nachweissystem die Rechtfertigung der Gasäquivalentnutzung im Ergebnis nicht beeinflussen würde. Insbesondere im Hinblick auf die ebenso aus Umwelt- und Klimaschutzgründen notwendige Nachvollziehbarkeit eines zugleich sicheren grenzüberschreitenden Transports von Biomethan im Erdgasnetz kann ein solches Nachweissystem ohne gleichzeitige Regelung einer unionsweiten Massenbilanzierung keine ausreichende Sicherheit leisten. Ohne grenzüberschreitende Mechanismen der Massenbilanzierung kann am Entnahmepunkt in Deutschland nicht mit Sicherheit bestimmt werden, welchen Anteil Biomethan das entnommene Gasgemisch enthält. Erst bei einem unionsweitem System, das eine grenzüberschreitende Massenbilanzierung ermöglicht, können die im EU-Ausland ins Erdgasnetz eingespeisten Biomethanmengen derart

¹⁷⁰ KOM(2008) 19 endg. v. 23.1.2008.

¹⁷¹ Vgl. *EuGH*, C-379/98, Slg. 2011 I-2099, Rn. 80 – PreussenElektra AG.

nachvollziehbar erfasst werden, dass im Moment der Ausspeisung ein massenbilanzieller Vergleich und somit eine fiktive Bestimmung des Biomethananteils erfolgen kann. Insofern bliebe selbst bei einem unionsweit organisierten System des Nachweises von Umwelt- und Klimaschutzanforderungen an Einsatzstoffe sowie Anlagen und Produktionsmethoden die Nicht-Berücksichtigung von im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistem Biomethan gerechtfertigt.

Damit ist die Nichtberücksichtigung von im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistem Biogas im Rahmen der Regelung zur Gasäquivalentnutzung im EEG vom Gestaltungsspielraum, den die EE-RL den Mitgliedstaaten einräumt, gedeckt und stellt sich mithin als eine erforderliche und auch angemessene Maßnahme des Klima- und Umweltschutzes dar. Sie vermag auf diese Weise die Beschränkung des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen.

IV. Zusammenfassung

Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht, ob die deutschen Förderregelungen, die im Ausland in das Erdgasnetz eingespeistes Biogas nicht erfassen, gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) verstoßen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die im EEG enthaltenen Förderinstrumente für den Ausbau Erneuerbarer Energien in der Stromerzeugung im EU-Ausland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas nachteiliger behandeln als in Deutschland eingespeistes Biogas. Die Beschränkung der Gasäquivalentnutzung in § 27c Abs. 1 EEG auf in Deutschland eingespeistes Biogas ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV zu werten. Jedoch ist diese Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit aus Gründen des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt. Die deutschen Förderinstrumente sind demnach im Hinblick auf im Ausland ins Erdgasnetz eingespeistes Biogas unionsrechtskonform.

Teilgutachten 3: Gesamtbewertung der Besonderen Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen vor dem Hintergrund der aktuellen europäischen Entwicklung

I. Executive Summary

1. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) sieht in den §§ 40 ff. EEG eine besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen vor. Danach begrenzt das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle die von stromintensiven Unternehmen zu zahlende EEG-Umlage entsprechend ihres tatsächlichen Jahresstromverbrauchs. Entsprechend erhöht sich die von den nicht-privilegierten Stromverbrauchern zu zahlende EEG-Umlage. Diese Begünstigungs- und Umverteilungswirkung der besonderen Ausgleichsregelung wird für das Jahr 2012 auf 2,5 Mrd. Euro bemessen. Insgesamt erfuhren ca. 16 % der in Deutschland verbrauchten Strommengen eine Privilegierung, wobei allein 70 % des privilegierten Letztverbrauchs auf die vier exportstarken Branchen Chemie, Papier, Eisen/Stahl und Nichteisenmetalle entfielen.

2. Die besondere Ausgleichsregelung stellt keine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, da die Vorteilsgewährung nicht auf staatliche Mittel zurückzuführen ist. Der Vorteil der stromintensiven Unternehmen wird unter Anwendung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus aus Mitteln der nicht-privilegierten Stromverbraucher, die eine erhöhte EEG-Umlage zahlen, sowie aus Mitteln der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die von ihren stromintensiven Stromverbrauchern eine nur geminderte EEG-Umlage beanspruchen können, finanziert. Diese Mittel sind als private Mittel einzustufen und bewirken insbesondere keine Belastung des Staatshaushalts.

3. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle hat die EEG-Umlage i.S.e. gebundenen Entscheidung zu begrenzen, wenn das beantragende stromintensive Unternehmen die in § 41 EEG oder § 42 EEG geforderten Nachweise erbracht hat. Zu keinem Zeitpunkt übt es Kontrolle über die verwendeten Mittel aus. Insoweit unterscheidet sich das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle von anderen Institutionen, die in gleichgelagerten Fällen tätig wurden und in denen die Staatlichkeit der Mittel vom Gerichtshof der Europäischen Union oder von der Europäischen Kommission bestätigt wurde.

II. Einführung

Die Förderung Erneuerbarer Energien im Strombereich vollzieht sich in Deutschland mithilfe des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)¹⁷². Dieses sieht eine finanzielle Förderung von Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energiequellen vor, deren Kosten über einen Ausgleichsmechanismus auf die Gesamtheit der Stromverbraucher gleichmäßig verteilt werden. Um Unternehmen mit einem besonders hohen Stromverbrauch vor unverhältnismäßig hohen Mehrkosten mit möglichen negativen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen zu schützen, sieht das EEG eine Privilegierung solcher Unternehmen in Form einer Begrenzung der finanziellen Mehrbelastung vor. Das vorliegende Rechtsgutachten wird diese in §§ 40 ff. EEG enthaltene besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Europarecht untersuchen.

¹⁷² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 25.10.2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

1. Ziel und Zweck des EEG

Zweck des EEG ist es gemäß § 1 Abs. 1, „insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien zu fördern.“ Dabei verfolgt es gemäß § 1 Abs. 2 EEG das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis 2020 auf mindestens 35 %, bis 2030 auf mindestens 50 %, bis 2040 auf mindestens 65 % und bis 2050 auf mindestens 85 % zu erhöhen und diese Strommengen in das Stromsystem zu integrieren. Diese Zielsetzung soll gemäß § 1 Abs. 3 EEG dazu dienen, den Anteil Erneuerbarer Energien am gesamten Bruttoenergieverbrauch bis zum Jahr 2020 auf mindestens 18 % zu erhöhen.

2. Allgemeiner Ausgleichsmechanismus im EEG

Die Förderung der Stromproduktion aus Erneuerbaren Energien erfolgt durch die Zahlung gesetzlicher Einspeisevergütungen bzw. durch die Zahlung einer Marktprämie an die Betreiber von Anlagen für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien. Die dadurch entstandenen Mehrkosten werden in einem bundesweiten Ausgleichsmechanismus gleichmäßig auf Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Letztverbraucher verteilt.

a) Einspeisevergütung und Marktprämie

§ 16 Abs. 1 EEG räumt den Anlagenbetreibern einen Anspruch ein, von den Netzbetreibern nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 EEG technologiespezifisch vergütet zu werden. Diese sind gemäß § 5 EEG verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien vorrangig an ihr Netz anzuschließen. § 8 EEG verpflichtet die Netzbetreiber, den gesamten angebotenen Strom aus Erneuerbaren Energien vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen. Für die Fälle mangelnder Netzkapazität regelt Abschnitt 2 des EEG einen Anspruch des Anlagenbetreibers auf Netzerweiterung, auf Zahlung von Schadenersatz infolge einer Verletzung der Pflicht zur Netzerweiterung sowie ein Einspeisemanagement zur Regelung von Einspeiseleistungen. Mit dem Vergütungsanspruch geht eine Andienungspflicht der Anlagenbetreiber einher, wonach sie den Netzbetreibern den gesamten in ihrer Anlage erzeugten Strom zur Verfügung stellen müssen (§ 16 Abs. 3 EEG).

Alternativ können Anlagenbetreiber den aus Erneuerbaren Energien erzeugten Strom gemäß den §§ 33a - 33f EEG im Wege der Direktvermarktung an Dritte veräußern. Optiert ein Anlagenbetreiber für die Direktvermarktung, entfällt gemäß § 33e EEG sein Anspruch auf Vergütung nach § 16 EEG sowie seine Andienungspflicht gegenüber dem Netzbetreiber. Die Direktvermarktung kann zum Zwecke der Verringerung der EEG-Umlage infolge des Grünstromprivilegs oder in sonstiger Form erfolgen. Die wichtigste Form der Direktvermarktung ist hingegen jene zum Zwecke der Inanspruchnahme der Marktprämie nach § 33g EEG. Diese soll einen finanziellen Anreiz dafür liefern, den Strom im Wege der Direktvermarktung zu veräußern. Die Marktprämie berechnet sich auf Grundlage der Differenz zwischen Marktpreis und gesetzlicher

Einspeisevergütung. Sie dient der Steuerung der Marktintegration Erneuerbarer Energien auf Angebotsseite.¹⁷³ Auch die Marktprämie wird gemäß § 33g EEG von den Netzbetreibern an die direkt vermarktenden Anlagenbetreiber gezahlt.

b) Bundesweiter Ausgleichsmechanismus

Die Kosten, die den Netzbetreibern infolge der Zahlung der gesetzlichen Einspeisevergütung sowie der Marktprämie an die Anlagenbetreiber entstanden sind, werden unter Anwendung eines bundesweiten Ausgleichsmechanismus gleichmäßig auf alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Letztverbraucher versorgen, verteilt.¹⁷⁴ § 34 EEG verpflichtet die Netzbetreiber, den vergüteten Strom an den vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber weiterzugeben. Diese sind wiederum zur Vergütung der Netzbetreiber für die nach § 16 EEG einspeisevergüteten Strommengen sowie zur Zahlung der Marktprämie verpflichtet. Die Übertragungsnetzbetreiber speichern die vergüteten Strommengen und geleisteten Zahlungen und gleichen diese untereinander aus (§ 36 EEG). Vor Inkrafttreten der Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV)¹⁷⁵ mussten die Strommengen gleichmäßig an die Elektrizitätsversorgungsunternehmen real verteilt werden. Nunmehr sind die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet, den Strom diskriminierungsfrei und transparent am Spotmarkt der Strombörse zu vermarkten (§ 37 Abs. 1 EEG) und können von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, gemäß § 37 Abs. 2 EEG die Zahlung der EEG-Umlage verlangen. Diese stellt sich als die Differenz zwischen den erzielten Einnahmen infolge der Vermarktung der Strommengen und den Ausgaben infolge der EEG-Förderung dar. Dabei sollen Elektrizitätsversorgungsunternehmen für jede von ihnen an Letztverbraucher gelieferte Kilowattstunde dieselben Kosten tragen (§ 37 Abs. 2 S. 2 EEG). Im Ergebnis werden so alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu gleichen Anteilen in die Finanzierung der durch die EEG-Umlage verursachten Mehrkosten eingebunden.

c) Kosten der EEG-Förderung

Den Elektrizitätsversorgungsunternehmen steht es frei, die Kosten der EEG-Umlage auf die Letztverbraucher umzulegen, da das EEG keine Aussagen über diese sog. „5. Stufe“ des bundesweiten Belastungsausgleichs trifft. In der Regel aber werden die Letztverbraucher mit der EEG-Umlage belastet, wodurch sich ihre Stromkosten erhöhen. Die EEG-Umlage wurde von den Übertragungsnetzbetreibern für das Jahr 2011 auf 3,530 Cent/kWh und für das Jahr 2012 auf 3,592 Cent/kWh festgesetzt.¹⁷⁶ Gesamtwirtschaftlich werden die EEG-Differenzkosten für das Jahr 2010 auf 8,1 Mrd. € bemessen.¹⁷⁷

¹⁷³ Wustlich/Müller, ZNER 2011, S. 380 (381).

¹⁷⁴ Cosack, in: Frenz/Müggenborg, Einführung §§ 34-39 Rn. 2.

¹⁷⁵ Ausgleichsmechanismusverordnung v. 17.7.2009, (BGBl. I S. 2101), geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 17.8.2012 (BGBl. I S. 1754).

¹⁷⁶ Vgl. <http://www.eeg-kwk.net/de/EEG-Umlage.htm> (24.9.2012).

¹⁷⁷ Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung (ISI), Gesellschaft für Wirtschaftliche Strukturforschung (GWS), Institut für ZukunftsEnergieSysteme (IZES), Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW): Einzel- und

3. Besonderer Ausgleichsmechanismus im EEG

Das EEG sieht in §§ 40 ff. eine hiervon abweichende besondere Ausgleichsregelung vor, welche die wirtschaftliche Mehrbelastung besonders stromintensiver Unternehmen infolge der EEG-Förderung für Erneuerbare Energien begrenzen soll.

Nach § 40 S. 1 EEG begrenzt das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle auf Antrag für eine Abnahmestelle die EEG-Umlage, die von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher, die stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes mit hohem Stromverbrauch sind, weitergegeben wird. Dieser gebundene Begrenzungsanspruch tangiert unmittelbar das Recht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die EEG-Umlage an die Letztverbraucher weiterzugeben (sog. „5. Stufe“).¹⁷⁸ Gemäß § 40 S. 2 EEG erfolgt die Begrenzung, „um die Stromkosten dieser Unternehmen zu senken und so ihre internationale [...] Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten, soweit hierdurch die Ziele des Gesetzes nicht gefährdet werden und die Begrenzung mit den Interessen der Gesamtheit der Stromverbraucherinnen und Stromverbraucher vereinbar ist.“

Der Begrenzungsanspruch für ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes, d.h. insbesondere des verarbeitenden Gewerbes unter Anwendung der Abschnitte B und C der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes,¹⁷⁹ besteht nur, wenn und soweit im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr der an einer Abnahmestelle¹⁸⁰ bezogene und verbrauchte Strom mindestens 1 Gigawattstunde (GWh) und das Verhältnis von Stromkosten zur Bruttowertschöpfung des Unternehmens mindestens 14 % betragen hat (§ 41 Abs. 1 Nr. 1 EEG). Im Falle von Unternehmen mit einem Stromverbrauch von über 10 Gigawattstunden muss zusätzlich eine Zertifizierung und Bewertung der Potenziale zur Verminderung des Energieverbrauchs erfolgt sein (§ 41 Abs. 1 Nr. 2 EEG). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist durch Stromlieferungsverträge, Stromrechnungen sowie durch die Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers nachzuweisen (§ 41 Abs. 2 S.1 EEG).

Liegen die Voraussetzungen vor, so wird auf Antrag, der jeweils bis zum 30. Juni des laufenden Jahres zu stellen ist (§ 43 Abs. 1 S. 1 EEG), die EEG-Umlage der betroffenen Unternehmen entsprechend der Vorgaben von § 41 Abs. 3 EEG begrenzt: Es besteht zunächst ein Selbstbehalt für die EEG-Umlage bis einschließlich 1 GWh, so dass Unternehmen mit einem geringeren Stromverbrauch an einer Abnahmestelle keine Begrenzung erhalten; für den Stromanteil¹⁸¹ über 1 bis einschließlich 10 GWh erfolgt eine Begrenzung auf 10 % der EEG-Umlage; für den Stromanteil über 10 bis einschließlich 100 GWh auf 1 % der EEG-Umlage

gesamtwirtschaftliche Analyse von Kosten- und Nutzenwirkungen des Ausbaus Erneuerbarer Energien im deutschen Strom- und Wärmemarkt, Kurz- Update der quantifizierten Kosten- und Nutzenwirkungen für 2010, im Auftrag des BMU, Juni 2011.

¹⁷⁸ *Große/Kachel*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, § 40 Rn. 2.

¹⁷⁹ Vgl. § 3 Nr. 14 EEG.

¹⁸⁰ Vgl. § 41 Abs. 4 EEG: „Abnahmestelle ist die Summe aller räumlich und physikalisch zusammenhängenden elektrischen Einrichtungen eines Unternehmens, die sich auf einem in sich abgeschlossenen Betriebsgelände befinden und über eine oder mehrere Entnahmepunkte mit dem Netz des Netzbetreibers verbunden sind.“

¹⁸¹ *Große/Kachel*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, § 40 Rn. 1.

und für den Stromanteil über 100 GWh auf 0,05 Cent/kWh. Für Unternehmen mit einem Strombezug von über 100 GWh und einem Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung von mehr als 20 % erfolgt für den gesamten Strombezug eine Begrenzung auf 0,05 Cent/kWh.

Die Entlastung stromintensiver Unternehmen geht mit einer faktischen Belastung der nicht privilegierten Stromverbraucher einher. Die Begrenzung der Ansprüche der Übertragungsnetzbetreiber auf Zahlung der EEG-Umlage gegenüber den Elektrizitätsversorgungsunternehmen infolge der besonderen Ausgleichsregelung ist gemäß § 43 Abs. 3 EEG beim Ausgleich zwischen den Übertragungsnetzbetreibern zu berücksichtigen. Entsprechend wird die Entlastung der stromintensiven Unternehmen mittels einer erhöhten EEG-Umlage auf die Gesamtheit der nicht-privilegierten Stromverbraucher übergewälzt.

4. Anwendung der besonderen Ausgleichsregelung

Bei einem Gesamtstromverbrauch von 485.465 GWh im Jahr 2011 unterfielen 80.665 GWh der besonderen Ausgleichsregelung, d.h. 16 % der in Deutschland verbrauchten Strommengen erfuhren eine Privilegierung.¹⁸² Im Jahr 2011 wurden 592 Unternehmen mittels eines positiven Begrenzungsbescheids seitens des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle durch die besondere Ausgleichsregelung begünstigt, darunter 543 Unternehmen des produzierenden (d.h. des verarbeitenden) Gewerbes.¹⁸³ Dabei entfielen 70 % des privilegierten Letztverbrauchs auf nur vier Branchen: Chemie (27 %), Papier (17 %), Eisen/Stahl (15 %) und Nichteisenmetalle (11 %).¹⁸⁴ Durchschnittlich wurden je begünstigtem Unternehmen 123 GWh privilegiert behandelt.¹⁸⁵

Im Jahr 2010 wurden infolge der Anwendung der besonderen Ausgleichsregelung ca. 1,5 Mrd. Euro umverteilt, während die Umverteilungswirkung im Jahr 2011 2,2 Mrd. Euro und im Jahr 2012 ca. 2,5 Mrd. Euro beträgt, wobei mit 2 Mrd. Euro ein deutlicher Großteil der Begünstigungswirkung auf Unternehmen des produzierenden Gewerbes entfällt.¹⁸⁶ Dies korrespondiert mit einer Mehrbelastung von jeweils ca. 700 Mio. Euro in den Sektoren „Privathaushalte“, „Gewerbe, Handel, Dienstleistung“ und „sonstigen, nicht privilegierten Industrieunternehmen“, da sich die EEG-Umlage infolge der besonderen Ausgleichsregelung um ca. 20 % erhöht.¹⁸⁷ Entsprechend erhöhen sich die monatlichen Strombezugskosten eines Referenzhaushaltes mit einem jährlichen Stromverbrauch von 3.500 kWh im Jahr um ca. 1,50 Euro infolge der besonderen Ausgleichsregelung.¹⁸⁸

¹⁸² *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG (Besondere Ausgleichsregelung) für das Jahr 2011 einschl. erster Ausblick auf 2012, S. 4.

¹⁸³ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2011, S. 4.

¹⁸⁴ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2011, S. 5 f.

¹⁸⁵ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2011, S. 5.

¹⁸⁶ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG (Besondere Ausgleichsregelung) für das Jahr 2012, S. 7.

¹⁸⁷ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2011, S. 7.

¹⁸⁸ *BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2011, S. 7.

Die Ausweitung des Kreises der von der besonderen Ausgleichsregelung Begünstigten im EEG 2012 wird zu einem Anstieg des privilegierten Letztverbrauchs auf ca. 85.290 GWh im Jahr 2012 führen.¹⁸⁹ 2012 werden insgesamt 730 Unternehmen durch die besondere Ausgleichsregelung begünstigt, davon 679 Unternehmen des produzierenden Gewerbes.¹⁹⁰ Das Absinken des privilegierten Letztverbrauchs eines durchschnittlichen Unternehmens auf 11 GWh verdeutlicht, dass überwiegend kleinere Unternehmen von der Neuregelung profitieren werden.¹⁹¹

III. Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung mit EU-Beihilfenrecht

Die besondere Ausgleichsregelung des EEG führt zu einer Privilegierung stromintensiver Unternehmen. Dies stellt eine Abweichung vom grundsätzlichen Ansatz der Förderung der Stromproduktion aus Erneuerbarer Energien im EEG dar, wonach die Kosten hierfür gleichmäßig unter den Stromverbrauchern verteilt werden sollen. Die besondere Ausgleichsregelung führt zu einer erheblichen Mehrbelastung nicht-privilegierter Industriezweige und insbesondere von Privathaushalten. Diese Gruppen finanzieren mittelbar über eine erhöhte EEG-Umlage die Begünstigung der stromintensiven Unternehmen. Im Folgenden wird daher die Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung mit dem EU-Beihilfenrecht analysiert und bewertet. Die Untersuchung wird dabei aktuelle Entwicklungen im Unionsrecht, insbesondere die Kommissionsentscheidung C 24/2009 zum österreichischen Ökostromgesetz, berücksichtigen.

1. Kommissionsentscheidung zum österreichischen Ökostromgesetz

Die europarechtliche Würdigung der besonderen Ausgleichsregelung im EEG erfolgt vor dem Hintergrund der Kommissionsentscheidung zum österreichischen Ökostromgesetz.¹⁹² Zwar bezieht sich diese Entscheidung auf ein Fördersystem, das in einigen relevanten Punkten vom EEG abweicht. Dennoch soll die Entscheidung hier analysiert und mit Blick auf ihre Relevanz für das EEG bewertet werden. Die Kommission hat in dieser Entscheidung die im österreichischen Ökostromgesetz vorgesehenen Regeln zur Förderung großer Stromverbraucher als Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 87 Abs. 1 EGV) angesehen, die darüber hinaus nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar eingeordnet werden können. Entsprechend leitete die Kommission gemäß Art. 4 Abs. 4 VO 659/1999/EG das förmliche Prüfverfahren ein. In ihrem Beschluss vom 8.3.2011 hat die Kommission endgültig festgestellt, dass der Befreiungsmechanismus für stromintensive Unternehmen eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstellt und diese nicht gewährt werden darf.¹⁹³ Am 18.5.2011 hat Österreich daraufhin Klage vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gegen die Kommission erhoben und beantragt, den Kommissionsbeschluss für nichtig zu erklären. In den Klagegründen verwies Österreich insbesondere auch auf eine Ungleichbehandlung im

¹⁸⁹ BMU, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2012, S. 5.

¹⁹⁰ BMU, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2012, S. 4.

¹⁹¹ BMU, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG, 2012, S. 5

¹⁹² Entscheidung der Kommission in der Sache C 24/2009 v. 22.7.2009, KOM(2009) 3548.

¹⁹³ Beschluss der Kommission in der Sache C 24/2009 v. 8.3.2011, KOM(2011) 1363 endg.

Hinblick auf das EEG, dessen besondere Ausgleichsregelung insbesondere hinsichtlich ökonomischer und wettbewerblicher Effekte als mit der österreichischen Regelung vergleichbar anzusehen sei.¹⁹⁴ In der Folge werden die Entscheidungsgründe der Kommission für das Vorliegen einer mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfe dargestellt, um vor diesem Hintergrund eine die besondere Ausgleichsregelung im EEG zu bewerten.

a) Förderung großer Stromverbraucher im österreichischen Ökostromgesetz

Das österreichische Ökostromgesetz verfolgt eine Erhöhung des Anteils der Erzeugung von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien mittels eines Einspeisetarifs. Dieser wird von der staatlich kontrollierten Abwicklungsstelle für Ökostrom (OeMAG) an die Ökostromerzeuger gezahlt. Stromhändler sind verpflichtet, der OeMAG eine bestimmte Menge Ökostrom zu einem vorgegebenen Preis abzunehmen. Des Weiteren zahlen die Stromverbraucher der OeMAG eine Zählpunktpauschale. Letztere richtet sich nach der jeweiligen Netzanschlussebene und reicht von 15.000 Euro bis 15 Euro pro Jahr. In Bezug auf große Stromverbraucher enthält § 22c Abs. 5 des Ökostromgesetzes folgende Regelung: *„Verträge zwischen Stromhändlern und [großen Strom-]Endverbrauchern haben [...] zwingend vorzusehen, dass diesen Endverbrauchern [...] kein Ökostrom, der den Stromhändlern von der [OeMAG] zugewiesen wird [...], geliefert wird und keine Überwälzung von Ökostromaufwendungen erfolgt.“* Große Stromverbraucher sind dabei solche Unternehmen, deren Aufwendungen für den Bezug von Ökostrom mehr als 0,5 % des Produktionswertes ausmachen. Faktisch werden Stromhändler durch diese Regelung daran gehindert, ihre Mehraufwendungen für den Bezug des teureren Ökostroms an diese privilegierten Stromverbraucher weiterzugeben. Diese Befreiung großer Stromverbraucher wird auf Antrag von der in staatlichem Eigentum stehenden Energie-Control GmbH gewährt. Die Stromhändler werden wiederum von der OeMAG von der Verpflichtung zur Ökostromabnahme befreit, wenn sie nachweisen können, dass ihren Stromkunden ein Befreiungsbescheid erteilt wurde.

b) Die beihilfenrechtliche Würdigung der Kommission

Die Kommission prüfte im Rahmen ihrer beihilfenrechtlichen Würdigung des österreichischen Ökostromgesetzes zunächst die Zahlung von Einspeisetarifen an die Ökostromerzeuger. Die in dieser Prüfung gefundenen Ergebnisse im Hinblick auf die Einstufung der verwendeten Mittel als staatliche Mittel liegen maßgeblich der anschließenden Prüfung des Befreiungsmechanismus für stromintensive Unternehmen zugrunde, der einzig Gegenstand der beihilferechtlichen Prüfung im Kommissionsbeschluss vom 8.3.2011 ist, zugrunde.¹⁹⁵

¹⁹⁴ EuG, T-251/11, ABl. Nr. C 232 v. 6.8.2011, S. 30 f. – Österreich/Kommission.

¹⁹⁵ Beschluss der Kommission v. 8.3.2011 über die Staatliche Beihilfe in der Sache C 24/2009, KOM(2011) 1363 endg.

aa) Zahlung von Einspeisetarifen an Ökostromerzeuger

Die beihilfenrechtliche Würdigung des österreichischen Ökostromgesetzes durch die Kommission konzentrierte sich in ihrer Entscheidung vom 22.7.2009 zunächst auf die Frage, ob die Förderung der Ökostromerzeuger eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Die Kommission sah hierin eine Beihilfe und begründete ausführlich, warum die Begünstigung der Ökostromerzeuger aus staatlichen Mitteln finanziert wurde und sich daher von jenem deutschen Fördermechanismus unterscheidet, der dem PreussenElektra-Urteil¹⁹⁶ zugrunde lag. Sie hob hervor, dass die OeMAG durch Gesetz eingerichtet wurde, eine staatliche Konzession besitzt und zudem unter strenger staatlicher Kontrolle durch die zu 100 % im staatlichen Eigentum stehende Energie-Control GmbH steht. Die OeMAG komme daher einem Fonds gleich und übernehme die Rolle einer vom Staat eingesetzten Mittlerin. In diesem Sinne sei der österreichische Fördermechanismus aus beihilfenrechtlicher Sicht mit dem Essent-Urteil¹⁹⁷ des EuGH vergleichbar. In der Rechtssache Essent hatte der EuGH eine niederländische Abgabe zu beurteilen, die Netznutzern zum Ausgleich der den Stromversorgern im Zuge der Liberalisierung entstandenen gestrandeten Kosten auferlegt wurde. Diese Abgabe wurde von einem Unternehmen erhoben und verwaltet, welches zum einen von staatlicher Seite mit der wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut wurde, die Abgabe zu erheben, und diese nur gemäß des gesetzlich festgesetzten Zwecks verwenden konnte. Aufgrund dieser Ausgestaltung nahm der EuGH das Vorliegen staatlicher Mittel an. Dabei betonte er den Unterschied zur deutschen Förderung Erneuerbarer Energien, der darin besteht, dass hier die am bundesweiten Ausgleichsmechanismus beteiligten Unternehmen nicht mit der Verwaltung der Mittel beauftragt worden sind.¹⁹⁸

Zudem sei sogar eine direkte finanzielle Beteiligung des Staates in jenen Fällen festzustellen, in denen der Staat Verluste der OeMAG ausgleicht, die ihr entstehen, wenn die Aufwendungen für den Ökostromerwerb die Erlöse des Ökostromverkaufs an die Stromhändler übersteigen. Die Kommission hält die Beihilfen für Ökostromerzeuger jedoch in Anwendung der Umweltschutzleitlinien¹⁹⁹ für mit dem Binnenmarkt vereinbar, da sie die Mehrkosten der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien nicht übersteigen und einen klaren Nutzen für die Umwelt aufweisen.

bb) Befreiungsmechanismus für stromintensive Unternehmen

In Bezug auf die Förderung großer Stromverbraucher, die hier im Fokus der Betrachtung steht, nimmt die Kommission eine eigenständige beihilfenrechtliche Würdigung vor, welche allein Gegenstand des Kommissionsbeschlusses vom 8.3.2011 ist. Diesbezüglich führt die Kommission zunächst aus, dass diese Gruppe Stromverbraucher einen Vorteil dadurch genießt, dass die Stromhändler gehindert sind, ihre Mehraufwendungen durch die Ökostromförderung an sie weiterzugeben. Sie seien daher von einer Abgabe

¹⁹⁶ *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra AG.

¹⁹⁷ *EuGH*, C-206/06, Slg. 2008, I-5497 - Essent Netwerk Noord BV.

¹⁹⁸ *EuGH*, C- 206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 74 - Essent Netwerk Noord BV.

¹⁹⁹ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. Nr. C 82 v. 1.4.2008, S. 1.

befreit, die sie unter normalen Marktbedingungen hätten tragen müssen. Dieser Vorteil wird auf bis zu 44 Mio. Euro jährlich beziffert.

Zentral für die beihilfenrechtliche Würdigung des österreichischen Befreiungsmechanismus ist die Frage, inwiefern die Begünstigung unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert wird und dem Staat zurechenbar ist. In Anlehnung an das Urteil des EuGH in der Rechtssache Essent²⁰⁰ bejaht die Kommission das Vorliegen staatlicher Mittel mit folgender Argumentation: In Höhe der Differenz zwischen dem Marktpreis für Strom und dem durch einen öffentlichen Hoheitsakt festgelegten Verrechnungspreis stellen die Zahlungen der Stromversorger an die OeMAG eine Stromabgabe dar. Dabei ist die OeMAG als konzessionierte Ökostromabwicklungsstelle für das österreichische Gebiet vom Staat mit der wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut, diese Abgaben zu erheben und zu verwalten. Die konkrete Verwendung dieser Mittel orientiert sich allein am gesetzlich festgelegten Zweck der Abnahme von Ökostrom und unterliegt einer strengen Kontrolle durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie dem österreichischen Rechnungshof. Die Kommission betont, dass es dabei unerheblich sei, ob der Staat eine öffentliche oder private Einrichtung mit der Erhebung und Verwaltung der Mittel aus der Abgabe betraut. Da die der OeMAG zur Verfügung stehenden Mittel somit als staatliche Mittel anzusehen sind, komme eine infolge der Anwendung des Befreiungsmechanismus geringere Einnahmenstruktur einer Belastung für den Staatshaushalt gleich. Die Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat ergebe sich schließlich daraus, dass die Verwendung der von der OeMAG verwalteten Mittel gesetzlich durch das Ökostromgesetz geregelt ist.

Auch erfülle der Befreiungsmechanismus das Kriterium der Selektivität. Dem stehe nicht entgegen, dass nur Unternehmen, deren Aufwendungen für den Bezug von Ökostrom mehr als 0,5 % des Produktionswertes ausmachen, vom Befreiungsmechanismus profitieren, denn diese Schwelle führe jedenfalls dazu, dass nicht alle Unternehmen im Inland von einer solchen Befreiung profitieren können. Zudem begünstige der Befreiungsmechanismus de facto vorrangig die Unternehmen in der Produktion von Gütern.²⁰¹ Der selektive Charakter der Maßnahme könne auch nicht durch die Natur und den inneren Aufbau des Systems gerechtfertigt werden, da das mit dem Befreiungsmechanismus verfolgte Ziel, namentlich die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen, außerhalb der Logik und dem inneren Aufbau des Systems anzusiedeln ist.

Da die von der Befreiung begünstigten Unternehmen vorwiegend in Wirtschaftszweigen anzusiedeln sind, in denen Handel mit anderen Mitgliedstaaten getrieben wird, und die Unternehmen im Wettbewerb mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten stehen, sei auch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und eine Verfälschung des Wettbewerbs im Binnenmarkt nicht auszuschließen.

²⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 17.7.2008, C-206/06, Slg. 2008, I-5497 - Essent Network Noord BV.

²⁰¹ Weniger als 1 % aller österreichischen Unternehmen haben eine Befreiung beantragt. 66 % der Unternehmen sind in der Produktion von Gütern anzusiedeln.

Im Ergebnis hält die Kommission die Beihilfe auch nicht für mit dem Binnenmarkt vereinbar. Zunächst stellt die Kommission fest, dass der Befreiungsmechanismus nicht in den Anwendungsbereich der Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen fällt, da dieser den Umweltschutz nicht fördert: Zum einen sei der Befreiungsmechanismus nicht notwendig, um die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu steigern. Des Weiteren führe er gar zu einer Senkung der Energieeffizienz anstatt einen Anreiz zur Förderung der Energieeffizienz zu setzen. Auch sei weder eine analoge Anwendung der Vorschriften über Steuerermäßigungen für gemeinschaftlich geregelte Energiesteuern in Kapitel 4 der Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen noch der Vorschriften zu Umweltsteuerermäßigungen in Art. 25 AGVO²⁰² möglich. Des Weiteren prüft die Kommission, ob die Beihilfe auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 3 c) AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann, lehnt dies jedoch im Ergebnis ab: Zunächst verfolge die Beihilfe das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Unternehmen sicherzustellen. Dies sei jedoch kein Ziel von gemeinsamem Interesse. Des Weiteren sei der Befreiungsmechanismus als Betriebsbeihilfe kein geeignetes Instrument, den Umweltschutz zu verbessern. Inwiefern die Beihilfe eine verhältnismäßige Maßnahme darstellen sowie einen Anreizeffekt aufweisen würde, konnte die Kommission mangels Informationen seitens Österreichs nicht klären. Schließlich verstärke der Befreiungsmechanismus eine bereits bestehende Verfälschung des Wettbewerbs und eine damit einhergehende Beeinträchtigung des Handels, da die stromintensiven Unternehmen bereits Betriebsbeihilfen in Form von Steuerermäßigungen bei der Energiebesteuerung genießen.

2. Vorliegen einer Beihilfe

In der Folge soll nunmehr die besondere Ausgleichsregelung im EEG einer beihilfenrechtlichen Würdigung unterzogen werden. Dazu ist zu prüfen, ob die besondere Ausgleichsregelung die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Gemäß 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, grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Jedoch können bestimmte Beihilfen unter Anwendung der Absätze 2 und 3 ausnahmsweise als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.

a) Vorteil

Der Begriff der Beihilfe ist im Unionsrecht nicht definiert, ist aber nach allgemeiner Auffassung weit auszulegen.²⁰³ Das Vorliegen einer Beihilfe wird allein nach ihren ökonomischen Wirkungen beurteilt; die Beweggründe sowie die mit ihr verfolgten Ziele sind für die beihilfenrechtliche Einordnung einer Maßnahme und die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV unerheblich.²⁰⁴ Zum Ver-

²⁰² Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 800/2008/EG, ABl. Nr. L 214 v. 9.8.2008, S. 3.

²⁰³ *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 28; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 107 AEUV Rn. 10.

²⁰⁴ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 1; *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 30.

hältnis des unionsrechtlichen Beihilfenbegriffs zum volkswirtschaftlichen Subventionsbegriff stellt der EuGH in ständiger Rechtsprechung fest, dass *„[d]er Begriff der Beihilfe [...] weiter [ist] als der Begriff der Subvention, denn er umfasst nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen.“*²⁰⁵

Entsprechend ist auch das Tatbestandsmerkmal der Gewährung eines Vorteils i.S.e. Begünstigung zu verstehen. Ein Vorteil ist demnach dann anzunehmen, wenn ein Unternehmen *„eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.“*²⁰⁶ Ein Vorteil kann daher durch die Zuführung von Geldmitteln, aber auch durch die Minderung einer Belastung gewährt werden.²⁰⁷ Die Begünstigung kann dabei verschiedene Formen annehmen, u.a. auch die Befreiung von Steuern, Abgaben und parafiskalischen Abgaben²⁰⁸.²⁰⁹ Ein Vorteil kann jedoch nur angenommen werden, wenn sich die Begünstigung auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens auswirkt.²¹⁰

Die besondere Ausgleichsregelung im EEG begrenzt die von den begünstigten Unternehmen zu tragende EEG-Umlage entsprechend der Vorgaben des § 41 Abs. 3 EEG: Für Unternehmen, deren Strombezug mindestens 1 GWh betragen hat, wird die EEG-Umlage für den Stromanteil über 1 bis einschließlich 10 GWh auf 10 %, für den Stromanteil über 10 GWh auf 1 % und für den Stromanteil über 100 GWh auf 0,05 Cent/kWh begrenzt. Für Unternehmen mit einem Strombezug von mindestens 100 GWh und einem Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung von mehr als 20 % wird die EEG-Umlage in Bezug auf den insgesamt verbrauchten Strom auf 0,05 Cent/kWh begrenzt. Die EEG-Umlage ist in der Regelungssystematik des EEG faktisch von allen Stromverbrauchern zu zahlen. Wie § 37 Abs. 2 S. 2 EEG verdeutlicht, soll die EEG-Umlage derart bestimmt werden, dass für jede verbrauchte Kilowattstunde Strom dieselben Kosten anfallen. Jeder private Stromverbraucher sowie jedes stromverbrauchende Unternehmen hat demnach mit der gleichen Belastung je verbrauchter Einheit Strom zu rechnen und diese Kosten in ihren betriebswirtschaftlichen Berechnungen zu berücksichtigen. Die Zahlung der EEG-Umlage ist somit Teil der normalen Marktbedingungen. Die Begrenzung der EEG-Umlage auf 10 bzw. 1 % oder 0,05 Cent/kWh bedeutet daher eine Begünstigung i.S.d. Minderung einer Belastung, die von den normalen Marktbedingungen abweicht.

Dabei wird diese Begünstigung mit größerem Stromverbrauch intensiver, da wie – oben gesehen – Unternehmen mit einem Strombezug von mindestens 1 GWh für den Stromanteil über 1 bis einschließlich 10

²⁰⁵ St. Rspr. seit *EuGH*, Rs. 30/59, Slg. 1961, S. 3 (42 f.) - Steenkolenmijnen.

²⁰⁶ St. Rspr. seit *EuGH*, C-39/94, Slg. 1996, I-3547, Rn. 60 - SFEI.

²⁰⁷ *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 29; *Heidenhain*, in: Heidenhain, § 4 Rn. 11 ff.

²⁰⁸ Definition parafiskalische Abgaben. Parafiskalische Abgaben sind zwangsweise von einer bestimmten Gruppe erhobene Abgaben, die nicht in den allgemeinen Staatshaushalt fließen, sondern einem bestimmten Finanzierungszweck gewidmet sind, vgl. *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 75.

²⁰⁹ *Lübbig/Martin-Ehlers*, Rn. 148 mit Verweis auf Schreiben der Kommission, ABl. Nr. 125 v. 17.8.1963, S. 2235.

²¹⁰ *Heidenhain*, in: Heidenhain, § 4 Rn. 8.

GWh eine Begrenzung der EEG-Umlage auf 10 %, für den Stromanteil über 10 bis 100 GWh auf 1 % und für den Stromanteil über 100 GWh eine Begrenzung auf 0,05 Cent/kWh vorgenommen wird. Unternehmen mit einem Strombezug von mindestens 100 GWh und einem Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung von mehr als 20 % erhalten sogar eine Begrenzung auf 0,05 Cent/kWh in Bezug auf die gesamte verbrauchte Strommenge. 2011 erreichte die Begünstigung insgesamt einen Wert von 2,2 Mrd. Euro.

Die besondere Ausgleichsregelung im EEG führt für stromintensive Unternehmen mithin zu einem Vorteil und erfüllt die erste Voraussetzung für eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

b) Selektivität

Die besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen müsste diesen Vorteil jedoch auch in selektiver Weise gewähren, um den Beihilfentatbestand zu erfüllen. Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind nur solche, die *bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige* begünstigen. Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität der Vorteilsgewährung dient der Abgrenzung zu allgemein wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die nicht am Maßstab des Beihilfenrechts, sondern insbesondere am Maßstab der Grundfreiheiten zu überprüfen sind.²¹¹ Zur Feststellung des selektiven Charakters einer Maßnahme ist zu fragen, inwiefern eine staatliche Maßnahme geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen.²¹² Als Unternehmen im beihilfenrechtlichen Sinne gilt jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²¹³ Dem Begriff Produktionszweige wird grundsätzlich keine eigene Bedeutung eingeräumt, da im Falle einer Beihilfe an ganze Produktionszweige auch einzelne Unternehmen begünstigt werden.²¹⁴ Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität wird weit ausgelegt und gilt grundsätzlich als erfüllt, wenn nicht alle Wirtschaftszweige von der Begünstigung profitieren, wobei auch eine große Anzahl begünstigter Unternehmen irrelevant ist.²¹⁵ So steht dem Vorliegen einer selektiven Begünstigung insbesondere auch nicht entgegen, dass alle Unternehmen eines bestimmten Wirtschaftszweiges in den Genuss der Begünstigung kommen.²¹⁶

Die besondere Ausgleichsregelung des EEG gewährt die mit der Begrenzung der EEG-Umlage einhergehende Begünstigung ausschließlich Unternehmen des produzierenden Gewerbes i.S.d. verarbeitenden Gewerbes (§§ 41 i.V.m. 3 Nr. 14 EEG) sowie Schienenbahnen (§ 42 EEG). Faktisch profitieren insbesondere Unternehmen des produzierenden Gewerbes: Wie oben aufgeführt, fanden sich im Jahr 2011 unter den

²¹¹ Lübbig/Martin-Ehlers, Rn. 232; Heidenhain, in: Heidenhain, § 4 Rn. 48.

²¹² EuGH, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 41 - Adria-Wien Pipeline.

²¹³ EuGH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 - Höfer und Elser.

²¹⁴ Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 107 AEUV Rn. 25.

²¹⁵ EuGH, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 23 ff. - Belgien/Kommission; Bartosch, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 83; Heidenhain, in: Heidenhain, § 4 Rn. 54.

²¹⁶ EuGH, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 34 - Adria-Wien Pipeline; Koenig/Paul, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 75.

592 privilegierten Unternehmen 543 Unternehmen des produzierenden Gewerbes; im Jahr 2012 werden 679 Unternehmen des produzierenden Gewerbes von der besonderen Ausgleichsregelung profitieren. Aufgrund des Erfordernisses eines bestimmten Mindeststrombezugs und einem Verhältnis von Stromkosten zur Bruttowertschöpfung von mindestens 14 %, zeigt sich in der Statistik eine starke Konzentration der Privilegierung auf die Branchen Chemie, Papier, Eisen/Stahl und Nichteisenmetalle. Die besondere Ausgleichsregelung begünstigt daher weder rechtlich noch faktisch alle Wirtschaftszweige gleichermaßen. Weder andere Wirtschaftszweige wie der Dienstleistungssektor noch andere weniger energieintensive Zweige des verarbeitenden Gewerbes können in den Genuss der besonderen Ausgleichsregelung kommen. Die besondere Ausgleichsregelung wird damit nicht „allen Unternehmen im Inland unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit gewährt.“²¹⁷

Das Tatbestandsmerkmal der Selektivität ist jedoch dann nicht erfüllt, wenn die selektive Vorteilsgewährung durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem die Maßnahme gehört, gerechtfertigt ist.²¹⁸ Voraussetzung hierfür ist, dass die Differenzierung zwischen verschiedenen Unternehmen und Wirtschaftszweigen systemimmanent erfolgt, d.h. dass zum einen das mit der Maßnahme verfolgte Ziel aus beihilfenrechtlicher Sicht legitim ist und zum anderen die Umsetzung dieses Ziels eine Systemlogik aufweist.²¹⁹ Der Umweltschutz kann als ein beihilfenrechtlich legitimes Ziel angesehen werden, da zum einen die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV die Berücksichtigung der Erfordernisse des Umweltschutzes – und ebenfalls des Klimaschutzes – auch in der Anwendung des Beihilfenrechts erfordert und des Weiteren die Existenz gesonderter Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen auf die beihilfenrechtliche Legitimität des Umweltschutzziels schließen lässt.²²⁰ Hingegen stellt die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen kein aus beihilfenrechtlicher Sicht legitimes Ziel dar.

Die besondere Ausgleichsregelung fügt sich in das Regelungsgefüge des EEG, welches gemäß § 1 Abs. 1 EEG „insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung“ und die Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung gemäß § 1 Abs. 2 EEG bezweckt. Damit kann das EEG insgesamt als eine Maßnahme des Umweltschutzes angesehen werden. Die besondere Ausgleichsregelung weicht in ihrer Zielsetzung von diesem übergeordneten Ziel ab. Gemäß § 40 S. 2 EEG erfolgt die Begrenzung der EEG-Umlage, „um die Stromkosten dieser Unternehmen zu senken und so ihre internationale [...] Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten [...]“. Die Senkung der Stromkosten, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher stromintensiver Unternehmen zu gewährleisten, kann die Selektivität der besonderen Ausgleichsregelung nicht rechtfertigen. An diesem Ergebnis kann auch die übergeordnete Umweltschutzkomponente des EEG nichts ändern. Wie der EuGH festgestellt hat, kann die Selektivität der Maßnahme selbst dann nicht aufgrund einer legitimen ökologi-

²¹⁷ *EuGH*, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 36 - Adria-Wien Pipeline.

²¹⁸ *EuGH*, Rs. 173/73, Slg. 1974, 709, Rn. 33 - Italien/Kommission; *EuGH*, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rn. 33 - Belgien/Kommission; *EuGH*, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 42 - Adria-Wien Pipeline.

²¹⁹ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 103 f.

²²⁰ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 105.

schen Hauptzielsetzung gerechtfertigt werden, wenn neben sie illegitime wettbewerbsrelevante Nebenzielsetzungen treten.²²¹

Selbst wenn die besondere Ausgleichsregelung ein aus beihilfenrechtlicher Sicht legitimes Ziel verfolgte, könnte hierin keine systemlogische Umsetzung des Umweltschutzziels gesehen werden, da die besondere Ausgleichsregelung gerade jenes unternehmerische energieintensive Verhalten begünstigt, welches den Klimawandel und die damit einhergehenden ökologischen Folgen verursacht. Diese Begünstigung energieintensiver Unternehmensstrukturen steht im Widerspruch zum umweltrechtlichen Vorsorge- und Verursacherprinzip und nimmt der besonderen Ausgleichsregelung ihre Systemlogik im Hinblick auf das Ziel Umweltschutz.²²²

c) Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV sind nur solche Beihilfen mit dem Binnenmarkt unvereinbar, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Da Wettbewerb und grenzüberschreitender Handel oftmals in engem Zusammenhang zueinander stehen, werden beide Tatbestandsmerkmale in der Rechtsprechung des EuGH in der Regel gemeinsam geprüft.²²³ Eine Wettbewerbsverfälschung wird dabei grundsätzlich dann angenommen, wenn eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern im innergemeinschaftlichen Handel stärkt.²²⁴ Dabei genügt bereits dem Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV nach eine drohende Wettbewerbsverfälschung, so dass auch der Nachweis der potentiellen Geeignetheit der Beihilfe zur Wettbewerbsverfälschung das Tatbestandsmerkmal erfüllt.²²⁵ Auch ist der Nachweis eines bestimmten Maßes der Wettbewerbsverfälschung i.S.e. Spürbarkeit nicht erforderlich.²²⁶ Im Falle von Betriebsbeihilfen, die ein Unternehmen von den Kosten befreien, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftsführung oder seiner üblichen Tätigkeit zu tragen gehabt hätte, besteht in der Rechtsprechung des EuGH eine grundsätzlich Vermutung, dass diese die Wettbewerbsbedingungen verfälschen.²²⁷ Der EuGH hat zudem geurteilt, dass sich Kostenerleichterungen zwangsläufig wettbewerbsfördernd auf das vom begünstigten Unternehmen hergestellte Produkt auswirken.²²⁸

Ähnlich geringe Anforderungen werden an das damit eng verbundene Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten gestellt. Eine solche wird in der Rechtsprechung des EuGH bereits dann angenommen, wenn aufgrund der durch die Beihilfe gestärkten Stellung des Unternehmens die inländische Produktion beibehalten oder erhöht wird, so dass sich die Chancen der in ande-

²²¹ *EuGH*, C-487/06P, Slg. 2008, I-10515, Rn. 81 ff. - *British Aggregates*; *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 105.

²²² Vgl. *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 107.

²²³ *EuGH*, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, 2688 f., Rn. 11 - *Philip Morris*.

²²⁴ *EuGH*, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, 2688 f., Rn. 11 - *Philip Morris*.

²²⁵ *EuGH*, C-298/00 P, Slg. 2004, I-4087, Rn 49 - *Italien/Kommission*; *Lübbig/Martin-Ehlers*, Rn. 243.

²²⁶ *EuG*, T-55/99, Slg. 2000, II-3207, Rn. 92 - *CETM*; *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 132.

²²⁷ *EuGH*, C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Rn. 30 - *Deutschland/Kommission*; *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 131.

²²⁸ *EuGH*, C-126/01, Slg. 2003, I-13769, Rn. 42 - *GEMO*.

ren Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Erzeugnisse auf den Markt dieses Mitgliedstaates auszuführen, verringern oder sich die Chancen der begünstigten Unternehmen, den Markt eines anderen Mitgliedstaates zu durchdringen, erhöhen.²²⁹ Auch hier genügen eine drohende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels sowie die potentielle Geeignetheit der Beihilfe, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.²³⁰

Im Rahmen der besonderen Ausgleichsregelung werden wie oben aufgezeigt insbesondere Unternehmen aus der Chemie-, Papier-, Eisen-, Stahl- und Nichteisenmetallindustrie begünstigt. Diese befinden sich im Wettbewerb zu Unternehmen der gleichen Industriezweige in anderen Mitgliedstaaten. Durch die Begrenzung der EEG-Umlage gemäß § 41 Abs. 1 EEG werden sie von Kosten befreit, die sie ohne diese Privilegierung im Rahmen ihrer üblichen Tätigkeit zu tragen gehabt hätten. Jedoch erfahren die stromintensiven Industrien hierdurch nicht zwingend eine Stärkung ihrer Wettbewerbsposition gegenüber ihrer Wettbewerber, die sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken kann. Die besondere Ausgleichsregelung reduziert vielmehr lediglich einen diese Industriezweige in besonderer Weise treffenden Wettbewerbsnachteil, der in der Zahlung der EEG-Umlage begründet liegt. Da Wettbewerber in anderen Mitgliedstaaten diese Belastung nicht zu tragen haben, bewirkt die besondere Ausgleichsregelung somit einzig eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen, ohne dass hierdurch eine Beeinträchtigung des Handels einhergeht.

d) Staatliche Mittel und Zurechenbarkeit

Eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt des Weiteren voraus, dass der selektiv gewährte und wettbewerbsverfälschende sowie den Handel beeinträchtigende Vorteil aus staatlichen Mitteln gewährt wird²³¹ und diese Mittelgewährung dem Staat zurechenbar ist²³².

Das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel hat infolge einer reichen Kasuistik in der Rechtsprechung des EuGH eine gewisse Unsicherheit erfahren, die es bei der endgültigen rechtswissenschaftlichen Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung zu berücksichtigen gilt. Zunächst hat der EuGH in der Rechtssache Van Tiggele geurteilt, dass die Festsetzung von Mindestpreisen für bestimmte alkoholische Getränke im Einzelhandel keine Beihilfe darstellt, da der Vorteil allein durch die Verbraucher finanziert wird und somit keine staatlichen Mittel involviert sind.²³³ Des Weiteren wurde in einer Reihe von Fällen, in denen bestimmte Betriebe von geltenden Arbeitsschutzvorschriften abweichen durften und dadurch eine Begünstigung erfahren, das Vorliegen einer Beihilfe abgelehnt, da der Vorteil allein in den vertraglichen Verhältnissen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet ist und keine Belastung des Staatshaushaltes bewirkt. In dieser Logik hat der EuGH in der Rechtssache PreussenElektra entschieden,

²²⁹ *EuGH*, C-75/99, Slg. 1999, I-3671, Rn. 47 - Belgien/Kommission; *EuGH*, C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Rn. 55 ff. - Unicredito.

²³⁰ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 133.

²³¹ Vgl. insbesondere *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58 f. - PreussenElektra AG.

²³² Vgl. insbesondere *EuGH*, C- 482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 44 ff. - Stardust Marine.

²³³ *EuGH*, Rs. 82/77, Slg. 1978, 25, Rn. 23/25 - Van Tiggele.

dass die Pflicht bestimmter deutscher Elektrizitätsversorgungsunternehmen, aus Erneuerbaren Energien erzeugten Strom zu gesetzlich festgesetzten Mindesttarifen abzunehmen, keine Beihilfe darstellt, da der den Ökostrom-erzeugern gewährte Vorteil „nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel“ verbunden mit einer Belastung des Staatshaushaltes führt.²³⁴ Übertragen auf die Förderung Erneuerbarer Energien im EEG bedeutet dies, dass auch diese keine Beihilfe darstellt, da der den Anlagenbetreibern gewährte Vorteil allein innerhalb vertraglicher Beziehungen aus den privaten Mitteln der Stromverbraucher in Form der EEG-Umlage und im Rahmen des bundesweiten Ausgleichsmechanismus aus den Mitteln der Elektrizitätsversorger und Netzbetreiber finanziert wird.

Gleichermaßen gilt für die besondere Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG, dass der den stromintensiven Unternehmen gewährte Vorteil nicht aus staatlichen Mitteln finanziert ist. In Anwendung der besonderen Ausgleichsregelung verringern sich zunächst die Einnahmen jener Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die stromintensive Unternehmen versorgen und von diesen eine nur geminderte EEG-Umlage beanspruchen können. Die ihnen dabei entstehenden „Verluste“ sind jedoch als private Mittel einzustufen. Die Begrenzung der von diesen Unternehmen zu zahlende EEG-Umlage führt zu einer entsprechenden Erhöhung der von den nicht-privilegierten Stromverbrauchern zu zahlenden EEG-Umlage. Diese erhöhte EEG-Umlage der nicht-privilegierten Stromverbraucher kompensiert die „Verluste“ der Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Auf diese Weise finanziert die Gruppe der nicht-privilegierten Stromverbraucher faktisch den Vorteil der stromintensiven Unternehmen. Da sowohl ihre Mittel als auch die Mittel der Elektrizitätsversorgungsunternehmen private Mittel sind, ist der Vorteil der stromintensiven Unternehmen nicht aus staatlichen Mitteln finanziert und geht nicht mit einer Belastung des Staatshaushaltes einher. In diesem Sinne entspricht der besondere Ausgleichsmechanismus den Vorgaben des PreussenElektra-Urteils.

Eine differenziertere Betrachtung bietet sich in solchen Fällen an, in denen zwischen der originären Mittelaufbringung auf Seiten der Stromverbraucher und der Vorteilsgewährung eine staatliche Institution zwischengeschaltet ist. Derartige Institutionen fungieren in der Regel als Fonds. Sie erheben die Mittel (meist parafiskalische Abgaben), verwalten und leiten diese an die begünstigten Unternehmen weiter. Entsprechend wurde in der Rechtssache Essent²³⁵ vom EuGH das Vorliegen staatlicher Mittel angenommen, da die von den niederländischen Netznutzern gezahlte Abgabe von einem Unternehmen erhoben und verwaltet wurde, welches von staatlicher Seite mit einer wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut wurde und die Abgaben nur zu einem gesetzlich festgesetzten Zweck einsetzen konnte.²³⁶

In dem der Rechtssache Wienstrom zu Grunde liegenden Sachverhalt übernahm mit der Energie-Control GmbH eine staatliche Einrichtung die Erhebung eines Kostenzuschlags auf die an Endverbraucher abgege-

²³⁴ *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59 - PreussenElektra AG.

²³⁵ *EuGH*, C- 206/06, Slg. 2008, I-5497 - Essent Netwerk Noord BV.

²³⁶ *EuGH*, C- 206/06, Slg. 2008, I-5497, Rn. 74 - Essent Netwerk Noord BV.

benen Strommengen zur Förderung von KWK-Anlagen. Auf Anweisung des Wirtschaftsministeriums wurden die Fördermittel an die Betreiber der KWK-Anlagen ausgezahlt. Auch hierin wurde eine Beihilfe gesehen.²³⁷

In ihrer Entscheidung zum luxemburgischen Ausgleichsfonds nahm die Kommission ebenfalls an, dass die von den Stromverbrauchern über den Ausgleichsfonds an die Erzeuger von Strom aus Erneuerbaren Energien geflossenen Mittel das Kriterium der Staatlichkeit erfüllten.²³⁸ Der luxemburgische Ausgleichsfonds war derart ausgestaltet, dass der Stromversorger bei seinen Endkunden einen Beitrag zum Ausgleichsfonds erheben durfte, welcher sich jeweils nach der von dem jeweiligen Kunden verbrauchten Strommenge richtete. Auf diese Weise wurden die Mehrkosten, die aus der Verpflichtung zum Ankauf von Ökostrom resultierten, auf alle Stromverbraucher gleichermaßen verteilt. Die Beitragshöhe legte der Staat jährlich so fest, dass die Einnahmen des Fonds die Mehrkosten nicht übersteigen. Für die Annahme der Staatlichkeit der verwendeten Mittel stützte sich die Kommission darauf, dass der die Mittel verwaltende Ausgleichsfonds vom Staat eingesetzt wurde und die Beiträge entsprechend jedenfalls zu bestimmten Zeitpunkten unter staatlicher Kontrolle waren.²³⁹

In dieser Logik nahm die Kommission schließlich auch in der oben genannten Entscheidung zum österreichischem Ökostromgesetz an, dass die infolge der Privilegierung stromintensiver Unternehmen geringeren Einnahmen der OeMAG das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel erfüllte, da die OeMAG vom Staat mit der Erhebung der Stromabgabe im Rahmen einer wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut wurde und die Mittel unter strenger staatlicher Kontrolle allein für den gesetzlich festgelegten Zweck verwendet werden konnten.

Zusammengefasst ist somit von einer Staatlichkeit der Mittel auszugehen, wenn eine staatliche Institution die Mittel zu erheben, zu verwalten oder zu verteilen hat, mithin die Mittelvergabe staatlicher Kontrolle unterliegt.

All diese Sachverhalte unterscheiden sich von der besonderen Ausgleichsregelung des deutschen EEG, insbesondere im Hinblick auf die Rolle und Funktion des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ist als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zwar eine staatliche Einrichtung, jedoch unterscheidet sich die Funktion des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle innerhalb des besonderen Ausgleichsmechanismus nach §§ 40 ff. EEG entscheidend von den oben dargelegten Entscheidungen. Im Gegensatz zur österreichischen OeMAG, der österreichischen Energie-Control GmbH, dem luxemburgischen Ausgleichsfonds oder dem in der Rechtssache Essent zwischengeschalteten Unternehmen hat das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle weder die Aufgabe, Mittel zu erheben, noch zu verwal-

²³⁷ *EuGH*, C-384/07, Slg. 2008, I-10939 - Wienstrom sowie insbesondere die Entscheidung der Kommission KOM(2006) 2964 endg. v. 4.7.2006 in den Verfahren NN 162/B/2003 und N 317/B/2006, S. 9 ff.

²³⁸ Entscheidung der Kommission in der Sache C 43/2002 v. 28.1.2009, KOM(2009) 230 endg. - Fonds de compensation.

²³⁹ Unter Verweis auf *EuGH*, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37 - Stardust Marine.

ten oder zu verteilen. Der Mitteltransfer von den Stromverbrauchern hin zu den Erzeugern von Strom aus Erneuerbaren Energien sowie der indirekte Mitteltransfer von den nicht-privilegierten Stromverbrauchern hin zu den privilegierten Stromverbrauchern vollzieht sich automatisch innerhalb privat-vertraglicher Beziehungen zwischen den Übertragungsnetzbetreibern, den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den Stromverbrauchern. Die Aufgabe des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle beschränkt sich gemäß § 40 EEG darauf, den Antrag der Unternehmen auf Begrenzung der EEG-Umlage zu bescheiden und gegebenenfalls einen Befreiungsbescheid auszustellen. Dabei prüft das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle das Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen wie insbesondere den Mindeststromverbrauch der antragstellenden Unternehmen. Die Begrenzungsentscheidung erfolgt mithin als gebundene Entscheidung. Zu keinem Zeitpunkt übt das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle Kontrolle über die von den nicht-privilegierten Stromverbrauchern gezahlte EEG-Umlage aus. Damit unterscheidet sich der besondere Ausgleichsmechanismus nicht vom allgemeinen bundesweiten Ausgleichsmechanismus, der ganz in der Logik des PreussenElektra-Urteils keine staatlichen Mittel involviert.

Die Rolle des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle entfaltet einzig Relevanz im Hinblick auf die Zurechenbarkeit. Grundsätzlich wäre eine Zurechenbarkeit der Mittelgewährung zum Staat gegeben, wenn die Initiative für die Erhebung und Verteilung der Mittel vom Staat ausgeht.²⁴⁰ In diesem Sinne streitet die Tatsache, dass das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen prüft und infolge einer gebundenen Entscheidung den Begrenzungsbescheid ausstellt, für eine Zurechenbarkeit der Mittel- und Vorteilsgewährung zum Staat. Dennoch ist aufgrund der mangelnden Staatlichkeit der Mittel im Ergebnis keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzunehmen.

e) Zwischenergebnis

Die besondere Ausgleichsregelung befreit durch die Begrenzung der EEG-Umlage gemäß § 41 Abs. 1 EEG stromintensive Unternehmen von einer Belastung, die sie normalerweise in Höhe der vollen EEG-Umlage zu tragen hätten. In diesem Umfang gewährt die besondere Ausgleichsregelung diesen Unternehmen eine Begünstigung i.S.d. Beihilfentatbestands. Da dieser Vorteil nur wenigen stromintensiven Unternehmen gewährt wird, die sich zudem auf wenige Industriezweige konzentrieren, ist auch das Tatbestandsmerkmal der Selektivität erfüllt. Insbesondere vermag die Zielsetzung des Erhalts der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der stromintensiven Unternehmen es nicht, diese selektive Vorteilsgewährung systemimmanent zu rechtfertigen. Jedoch sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Vorliegens einer drohenden Wettbewerbsverfälschung und einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht erfüllt. Insbesondere ist das Vorliegen einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV aber im Ergebnis deshalb abzulehnen, da der Vorteil der stromintensiven Unternehmen nicht aus staatlichen Mitteln, sondern einzig aus den privaten Mitteln der Stromverbraucher bzw. der Elektrizitätsversorgungsunternehmen gewährt wird.

²⁴⁰ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 124 in Abgrenzung zu *EuGH*, C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 37 - *Pearle*, wonach die Zurechenbarkeit der Mittelgewährung zum Staat mit dem Argument abgelehnt wurde, dass die Mittelherhebung und der Mitteleinsatz allein auf eine private Initiative zurückzuführen ist.

IV. Ergebnis

Die besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes gemäß §§ 40 ff. EEG stellt sich in ihrer geltenden Ausgestaltung im Ergebnis als unionsrechtskonform dar. Sie erfüllt mangels staatlicher Mittel nicht den Beihilfetatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Teilgutachten 4: Auswirkungen von Eigentumsveränderungen bei Netzbetreibern, Übertragungsnetzbetreibern und Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die europäische Einordnung des EEG, insbesondere mit Blick auf die Änderungen in der Eigentümerstruktur von EnBW

I. Executive Summary

1. Mit dem Erwerb der bis 2010 vom französischen Staatskonzern gehaltenen Aktien durch das Land Baden-Württemberg erfuhr der deutsche Energiekonzern EnBW eine maßgebliche Veränderung seiner Eigentümerstruktur. Während das Land Baden-Württemberg über seine Tochtergesellschaft NECKARPRI nunmehr zu 46,55 % an EnBW beteiligt ist, halten verschiedene kommunale Zweckverbände weitere 50,76 % der Aktien. Entsprechend stellt sich EnBW nunmehr als öffentliches Unternehmen dar. Die Veränderung in der Eigentümerstruktur von EnBW spiegelt zugleich einen allgemeinen Trend zur Rekommunalisierung in der deutschen Energiewirtschaft wider. Diese Entwicklungen geben Anlass, der Frage nachzugehen, inwiefern veränderte Eigentumsstrukturen in der Energiewirtschaft eine europarechtliche Neubewertung des EEG-Fördermechanismus erforderlich machen.

2. In seinem PreussenElektra-Urteil entschied der EuGH auf Grundlage der Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, dass die von privaten Energieversorgungsunternehmen getätigten Vergütungszahlungen zu keiner Übertragung staatlicher Mittel führen und somit nicht das Vorliegen einer Beihilfe begründen können. Die Entscheidung ist jedoch im Kontext der mehrheitlich privaten Eigentümerschaft in der Energiewirtschaft zur Zeit des Urteils zu verstehen und kann nicht per se auf Sachverhaltskonstellationen in einem mehrheitlich öffentlich geprägten System der Energiewirtschaft übertragen werden.

3. Die weitere Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission zur beihilfenrechtlichen Bewertung seitens öffentlicher Unternehmen getätigter Zahlungen lässt als Beurteilungskriterien erkennen, dass Gesetze mit allgemeinem Charakter, d.h. Gesetze, die nicht gezielt auf die Vorteilsgewährung durch öffentliche Unternehmen abzielen, nicht als Beihilfe anzusehen sind. Setzt ein öffentliches Unternehmen Mittel ein, kommt es maßgeblich auf die im Einzelfall auf Grundlage von Indizien zu ermittelnde Zurechenbarkeit der Maßnahme zum Staat an. Insbesondere wird ein dem Staat zurechenbarer Mitteleinsatz und somit eine Beihilfe in jenen Fällen angenommen, in denen das öffentliche Unternehmen in besonderer Weise in die Strukturen der Verwaltung eingegliedert oder der Staat Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf den unternehmerischen Entscheidungsspielraum ausüben kann.

4. Der bundesweite Ausgleichsmechanismus im EEG verpflichtet als allgemeine Fördermaßnahme sowohl private als auch öffentliche Unternehmen zur Zahlung von Mindesteinspeisevergütungen, ohne dass speziell der Einsatz öffentlicher Gelder bezweckt wird. Auch kann der in diesem Rahmen erfolgende Mitteleinsatz nicht dem Staat zugerechnet werden. Der Ausgleichsmechanismus eröffnet keine Einfallstore für staatliche Einflussnahme und Kontrolle hinsichtlich des Mitteleinsatzes. Auch die Rolle der zentralen Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sich auf einen bilanziellen Belastungsausgleich, ohne hiermit besondere Verwaltungsaufgaben zu übernehmen, die eine Zurechnung zum Staat begründen könnten.

II. Einführung

Im Jahr 2001 entschied der EuGH, dass die von privaten Energieversorgungsunternehmen auf Grundlage des Stromeinspeisungsgesetzes²⁴¹ geleisteten Vergütungszahlungen an die Betreiber von Anlagen zur Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien keine Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellten.²⁴² Zugleich sah der EuGH die mit der Abnahmepflicht dieses Stroms einhergehende Beeinträchtigung des Warenverkehrs aus Gründen des Klima- und Umweltschutzes für gerechtfertigt an. Damit machte der EuGH aus europarechtlicher Sicht den Weg für das Modell der gesetzlich geregelten festen Einspeisevergütung und Abnahmepflicht frei. Das Stromeinspeisungsgesetz wurde mit der beginnenden Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte vom Erneuerbare-Energien-Gesetz²⁴³ abgelöst, welches den grundsätzlichen Ansatz einer festen Einspeisevergütung und einer Abnahmepflicht trotz verschiedener Novellierungen bis heute beibehält. Rückblickend gilt das StrEG/EEG-Modell als das weltweit erfolgreichste Fördermodell für den Ausbau Erneuerbarer Energien, die im Jahr 2011 einen Anteil von 20,3 % am Stromverbrauch ausmachten.²⁴⁴

Die im Zusammenhang mit dem PreussenElektra-Urteil aus dem Jahr 2001 geäußerten Zweifel an der Vereinbarkeit des StrEG/EEG-Modells insbesondere mit dem Beihilfenrecht konnten in diesem Zeitraum in der Rechtswissenschaft nicht gänzlich ausgeräumt werden.²⁴⁵ Die rechtswissenschaftlichen Bedenken an der beihilfenrechtlichen Zulässigkeit des StrEG/EEG-Modells konzentrierten sich weitestgehend auf die Frage, inwiefern die Argumentation des EuGH mit den konkreten Umständen des PreussenElektra-Falls verknüpft ist und über diese hinaus Gültigkeit beanspruchen kann: In seiner Urteilsbegründung lehnte der EuGH das Vorliegen staatlicher Mittel insbesondere für jene Sachverhaltskonstellation ab, in der *private* Energieversorgungsunternehmen zur Zahlung einer festen Einspeisevergütung verpflichtet werden. Fraglich ist daher, ob der Beihilfentatbestand auch dann nicht erfüllt ist, wenn die Vergütungs- und Abnahmepflicht von Strom aus Erneuerbaren Energien solche Unternehmen trifft, die teilweise oder ganz in öffentlichem Eigentum stehen.

Im Jahr 2010 erwarb eine Tochtergesellschaft des Landes Baden-Württemberg die bis dahin vom französischen Staatskonzern EDF gehaltenen Unternehmensanteile an Deutschlands drittgrößtem Energieversorger EnBW. Dieser befindet sich daher nunmehr zu über 90 % in öffentlichem Eigentum. Es stellt sich somit die Frage, ob dieser Umstand die beihilfenrechtliche Bewertung seitens des EnBW-Konzerns getätigter EEG-Vergütungszahlungen verändert. Losgelöst von der konkreten Analyse von EnBW gilt es zu hinterfragen, ab welchem Grad der öffentlichen Prägung der Eigentümerstruktur des deutschen Elektrizitätsmarktes der EEG-Fördermechanismus den Beihilfentatbestand erfüllt.

²⁴¹ Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz v. 7.12.1990 (BGBl. I S. 2633).

²⁴² *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – PreussenElektra AG.

²⁴³ Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien v. 29.3.2000, BGBl. I S. 305.

²⁴⁴ *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, S. 14

²⁴⁵ Vgl. zur Diskussion um die Europarechtskonformität des StrEG-/EEG-Modells u.a. *Koenig/Kühling*, NVwZ 2001, S. 768 ff.; *Nagel*, ZNER 2000, S. 3 ff.; *Apfelstedt*, ZNER 2000, S. 200 ff.; *Cremer*, EuZW 2007, S. 591 ff.

Hierzu analysiert das vorliegende Rechtsgutachten zunächst die Eigentümerstruktur in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, um den Grad des öffentlichen Eigentums auf den verschiedenen Systemebenen - Erzeugung, Netzbetrieb, Versorgung - zu bestimmen (III.).

Eine Darstellung des EEG-Fördermechanismus soll daraufhin den zentralen Anknüpfungspunkt der hier gegenständlichen Untersuchung aufzeigen (IV.).

Im Zentrum dieses Rechtsgutachtens steht dann die beihilfenrechtliche Bewertung seitens öffentlicher Unternehmen getätigten Zahlungen in der Entscheidungspraxis des EuGH und der europäischen Kommission (V.).

Eine Übertragung dieser Ergebnisse auf den EEG-Fördermechanismus unter Berücksichtigung verschiedener potentieller Eigentumsstrukturen in der deutschen Elektrizitätswirtschaft soll abschließend vor diesem Hintergrund jene Stellschrauben im EEG-Ausgleichsmechanismus identifizieren, die im Falle einer Veränderung in der unternehmerischen Eigentümerschaft eine europarechtliche Neubewertung des deutschen Fördersystems erfordern würde (VI.).

III. Eigentümerstruktur der deutschen Elektrizitätswirtschaft

1. Allgemeines

Die deutsche Elektrizitätswirtschaft weist eine komplexe Akteursstruktur auf: sog. Verbundenergieversorgungsunternehmen sind als vertikal integrierte Unternehmen auf allen Stufen der Wertschöpfungskette in der Energieversorgung, d.h. der Erzeugung, der Übertragung bzw. Verteilung und dem Vertrieb, tätig, während Regionalversorgungsunternehmen sich oftmals auf die regionale Stromverteilung konzentrieren und kommunale Energieversorgungsunternehmen ebenfalls auf allen Stufen der Energieversorgung vor Ort tätig sein können, überwiegend jedoch insbesondere die örtlichen Verteilnetze betreiben und die Endkunden mit Strom versorgen.²⁴⁶ Daneben treten zahlreiche überregionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Stromhändler. Das deutsche Übertragungsnetz wird schließlich von vier unabhängigen Übertragungsnetzbetreibern betrieben. Diese Akteure agieren in einer vierstufigen Energieversorgungsstruktur, die die Erzeugung, den Transport, die Verteilung und den Vertrieb von Strom umfassen.²⁴⁷ Für die hier vorzunehmende Untersuchung ist insbesondere die Eigentümerstruktur auf den der Erzeugung nachgelagerten Stufen von Bedeutung, da der hier gegenständliche EEG-Fördermechanismus die Erzeuger von Strom gerade nicht belastet, sondern begünstigt.

a) Übertragungsnetzbetreiber

Der Transport von Strom erfolgt in Übertragungsnetzen i.S.v. § 3 Nr. 31d EnWG²⁴⁸ durch Übertragungsnetzbetreiber i.S.v. § 3 Nr. 31c EnWG. Sie gewährleisten gemäß § 3 Nr. 32 EnWG „den Transport von

²⁴⁶ Kahle, Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit, S. 37.

²⁴⁷ Kahle, Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit, S. 37.

²⁴⁸ Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.1.2012 (BGBl. I S. 74).

Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern, jedoch nicht die Belieferung der Kunden selbst.“ In Deutschland stellen vier Übertragungsnetzbetreiber - 50Hertz Transmission GmbH, Amprion GmbH, TransnetBW GmbH²⁴⁹ und TenneT TSO GmbH - diesen Transport von Elektrizität über insgesamt 34.538 km Höchst- und Hochspannungsnetze sicher.²⁵⁰

Die 50Hertz Transmission GmbH entstand im Jahr 2010 als Folge des Verkaufs des bis dahin im Eigentum der Vattenfall Europe stehenden Übertragungsnetzes an den belgischen Übertragungsnetzbetreiber Elia und dem australischen Infrastrukturfonds Industry Funds Management.²⁵¹

Im Jahr 2011 verkaufte RWE 74,9 % an seinem Übertragungsnetz an ein aus deutschen Finanzinvestoren der Versicherungswirtschaft bestehendem Käuferkonsortium unter der Führung der Commerz Real AG, woraus die Amprion GmbH hervorging.²⁵²

Die TenneT TSO GmbH entstand im Jahr 2010 infolge der Übernahme aller Anteile der E.ON-Tochtergesellschaft transpower stromübertragungs GmbH an den zu 100 % im niederländischen Staatseigentum stehenden Netzbetreiber TenneT B.V.²⁵³

Damit befinden sich zwei der vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber in privatem Eigentum, während mit TenneT TSO GmbH ein Übertragungsnetzbetreiber im Eigentum des niederländischen Staats und mit TransnetBW GmbH ein Übertragungsnetzbetreiber im Eigentum der deutschen öffentlichen Hand steht.

b) Verteilnetzbetreiber

Verteilnetzbetreiber gewährleisten gemäß § 3 Nr. 37 EnWG den „Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze [...], um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, jedoch nicht die Belieferung der Kunden selbst [...]“. Die Bundesnetzagentur registrierte im März 2012 insgesamt 875 Verteilnetzbetreiber.²⁵⁴ Entsprechend heterogen stellt sich auch die Eigentümerstruktur auf der Verteilernetzebene dar. Mehr als die Hälfte der Verteilernetzbetreiber firmieren als „Stadtwerke“ oder weisen auf anderer Weise einen kommunalen Bezug in ihrer Firmierung auf. Ungeachtet der Tatsache, dass der Firmenbestandteil „Stadtwerke“ nicht ausschließlich von im öffentlichem Eigen-

²⁴⁹ Bis 1.3.2012 firmierte TransnetBW als EnBW Transportnetze AG; vgl.

<http://www.transnetbw.de/presse/pressemitteilung-aus-enbw-transportnetze-ag-wird-transnetbw-gmbh/?tags=>
(Stand: 21.3.2012).

²⁵⁰ BNetzA, Monitoringbericht 2011, S. 86.

²⁵¹ Vgl. http://www.50hertz.com/en/file/2010-03-11_Joint_press_release_FINAL_engl.pdf (Stand: 21.3.2012).

²⁵² Vgl. <http://www.rwe.com/web/cms/de/37110/rwe/presse-news/pressemitteilung/?pmid=4006511> (Stand: 21.3.2012).

²⁵³ Vgl. <http://www.eon.com/de/investors/news-detail-news.jsp?id=9584&year=2010> (Stand: 21.3.2012).

²⁵⁴ Vgl.

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Energie/AllgemeInformation/UebersichtGasStromnetzbetreiber/UebersichtStromnetzbetreiberpdf.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 21.3.2012).

tum stehenden, kommunalen Unternehmen verwendet wird,²⁵⁵ lässt dessen mehrheitliche Verwendung dennoch auf eine stark kommunale und somit öffentlich geprägte Eigentümerstruktur auf der Verteilernetzebene schließen.

c) Vertriebssebene

Auf der Ebene der Stromversorgung im Sinne des Stromvertriebs an Letztverbraucher steigt die Anbieterzahl kontinuierlich.²⁵⁶ Verbraucher haben mittlerweile die Wahl zwischen über 1000 Stromanbietern.²⁵⁷ Unter den 16 größten Stromversorgern finden sich neben den vier großen Verbundversorgungsunternehmen RWE, E.ON, Vattenfall und EnBW, die zusammen einen Marktanteil von 30 % im Stromvertrieb an Endkunden haben, insbesondere auch sechs Stromversorger, die mehrheitlich in kommunalem Eigentum stehen (MVV Energie AG, RheinEnergie AG, Stadtwerke München AG, Stadtwerke Duisburg AG, Stadtwerke Bielefeld, Energie-Südwestfalen Energie und Wasser AG).²⁵⁸

2. EnBW

Im Jahr 2010 erwarb das Land Baden-Württemberg über seine 100 %-ige Tochtergesellschaft NECKARPRI GmbH die zuvor in den Jahren 2000 und 2004 an den französischen Staatskonzern Electricité de France veräußerten Aktienanteile zurück.

Die Aktionärsstruktur von EnBW stellt sich mithin wie folgt dar:²⁵⁹ Dem Land Baden-Württemberg gehören über die Tochtergesellschaft NECKARPRI GmbH 46,55 %. Der zweite Großaktionär ist der Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke, der über die OEW Energie-BeteiligungsGmbH ebenfalls 46,55 % der Aktien hält. Der Zweckverband OEW setzt sich aus neun oberschwäbischen Landkreisen zusammen: Ravensburg (21,821 %), Bodenseekreis (15,821 %), Alb-Donau-Kreis (20,989 %), Biberach (11,126 %), Zollernalbkreis (8,712 %), Rottweil (6,479 %), Sigmaringen (6,229 %), Freudenstadt (5,007 %) und Reutlingen (3,825 %).²⁶⁰ Des Weiteren hält die Badische Energieaktionärs-Vereinigung 2,45 % der Aktien. Der aus 95 Städten und Gemeinden bestehende Gemeindeelektrizitätsverband Schwarzwald-Donau hält 0,95 % der Aktien. Der Neckar-Elektrizitätsverband, ein aus 167 Städten und Gemeinden sowie 9 Landkreisen bestehender kommunaler Zweckverband hält 0,70 % der Aktien und der aus 41 Städten und Gemeinden sowie sechs Landkreisen bestehende Landeselektrizitätsverband Württemberg hält 0,11 % der Aktien.

Damit sind das Land Baden-Württemberg sowie Kreise, Städte und Gemeinden zu 97,31 % Eigentümer von EnBW. 2,30 % der Aktien hält EnBW selbst und 0,39 % befinden sich in Streubesitz.

²⁵⁵ Vgl. zu den engen Voraussetzungen für die Verwendung des Begriffs „Stadtwerke“ durch private Unternehmen OLG Frankfurt, Urte. v. 24.11.2011 - 6 U 277/10 – JURIS.

²⁵⁶ BNetzA, Monitoringbericht 2011, S. 134 ff.

²⁵⁷ Vgl. Liste der Stromanbieter bei Verivox <http://www.verivox.de/power/carriers.aspx?fl=all> (Stand: 21.3.2012).

²⁵⁸ Schiffer, Energiemarkt Deutschland, S. 221 ff.

²⁵⁹ Vgl. <http://www.enbw.com/content/de/investoren/aktie/aktionarsstruktur/index.jsp> (Stand: 8.11.2012).

²⁶⁰ Kappel, ZNER 2011, S. 482 (484).

3. Rekommunalisierung

Der nahezu vollständige Übergang von ENBW in die öffentliche Hand ist symbolisch für einen zunehmenden Rekommunalisierungstrend in der deutschen Energiewirtschaft. In ihrem Bericht 2011 konstatierte die Monopolkommission „einen verstärkten Trend zur Rekommunalisierung in der Energiewirtschaft“ im Sinne eines Übergangs der Energieversorgung aus der privaten Hand in die Hände von Städten und Gemeinden.²⁶¹ Beispiele wie die Übernahme der E.ON-Stadtwerktochter Thüga oder dem Stromerzeuger Evonik Steag GmbH durch Stadtwerke-Konsortien verdeutlichen diesen Trend.²⁶² Die Rekommunalisierung erfolgt dabei, indem für Teile der Wertschöpfungskette oder für die gesamte Wertschöpfungskette (Erzeugung, Verteilung und Vertrieb) neue Stadtwerke gegründet werden, Anteile an bestehenden Stadtwerken zurückgekauft werden oder Konzessionen für den Netzbetrieb erworben werden.²⁶³ Die Gründe für diesen Rekommunalisierungstrend sieht die Monopolkommission neben preispolitischen finanzwirtschaftlichen Überlegungen auch in energie- und umweltpolitischen Erwägungen hinsichtlich der Ausgestaltung des Energieangebots und der der Bereitstellung bestimmter Energiearten.²⁶⁴

4. EnBW als öffentliches Unternehmen

Ein Unternehmen im wettbewerbs- und beihilfenrechtlichen Sinne ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²⁶⁵ Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist insbesondere „das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt“ jeder natürlichen und juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts zu verstehen.²⁶⁶

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens findet sich primärrechtlich allein in Art. 106 AEUV, dessen Abs. 1 insbesondere der Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften durch die Mitgliedstaaten vorbeugen will. Ein öffentliches Unternehmen in diesem Sinne liegt jedenfalls dann vor, wenn es mit der öffentlichen Hand derart verbunden ist, dass sich die öffentliche Hand dessen als Instrument der nationalen Wirtschaftspolitik bedienen kann.²⁶⁷

Konkreter wurde die Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Unternehmens in der Transparenz-Richtlinie²⁶⁸ vorgenommen. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b Transparenz-Richtlinie ist ein öffentliches Unternehmen „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Sat-

²⁶¹ Monopolkommission, Energie 2011, S. 40 f.

²⁶² Monopolkommission, Energie 2011, S. 40.

²⁶³ Monopolkommission, Energie 2011, S. 40.

²⁶⁴ Monopolkommission, Energie 2011, S. 41.

²⁶⁵ EuGH, C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 - Höfner und Elser; vgl. auch Lübbig/Martin-Ehlers, Rn. 151.

²⁶⁶ EuGH, C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36 - Kommission/Italien; Cremer, in: Calliess/Ruffert, Art. 107 Rn. 25.

²⁶⁷ Danner, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, S. 29.

²⁶⁸ Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. Nr. L 193 v. 29.7.2000, S. 75.

zung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“ Zugleich wird die Vermutung aufgestellt, „dass ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar: a) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder b) über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder c) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.“ Entscheidend für die Bestimmung eines öffentlichen Unternehmens ist somit nicht die vom Unternehmen gewählte Rechtsform. Dieser Umstand ist insbesondere auch der auf Art. 345 AEUV beruhenden eigentumsrechtlichen Neutralität des Unionsrechts geschuldet.²⁶⁹ Entscheidend ist vielmehr der beherrschende Einfluss der öffentlichen Hand auf das Unternehmen im Sinne einer Direktionsgewalt, die bei mehrheitlichem Kapitaleigentum der öffentlichen Hand jedoch vermutet wird.²⁷⁰

Diesem Begriffsverständnis zufolge ist EnBW als ein öffentliches Unternehmen im unionsrechtlichen Sinne einzuordnen, da jedenfalls die Mehrheit des gezeichneten Kapitals von EnBW in öffentlichem Eigentum des Landes Baden-Württemberg, der Kreise und Gemeinden steht. Entsprechend gilt die Vermutungsregel der Transparenz-Richtlinie, wonach die öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluss auf EnBW ausüben kann. Dies gilt in gleicher Weise für die im Eigentum der EnBW stehenden Tochtergesellschaften wie der Übertragungsnetzbetreiber TransnetBW oder dem Verteilnetzbetreiber EnBW Regional AG.

5. Entflechtung der deutschen Elektrizitätswirtschaft

Gemäß § 6 EnWG sind vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen i.S.v. § 3 Nr. 38 EnWG zur Gewährleistung von Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet. Zu diesem Zweck sieht das EnWG die unionsrechtlich²⁷¹ geforderte Entflechtung dieser Unternehmen vor: Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen haben zu diesem Zweck eine informatorische Entflechtung vorzunehmen (§ 6a EnWG). Daneben tritt die Pflicht zur buchhalterischen Entflechtung nach § 6b EnWG. In Bezug auf die mit ihnen verbundenen Verteilnetzbetreiber haben vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen eine rechtlich-operationelle Entflechtung vorzunehmen. Dies erfordert zum einen, dass die Verteilnetzbetreiber in ihrer Rechtsform unabhängig von den anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sind (§ 7 EnWG). Diese Unabhängigkeit muss sich darüber hinaus gemäß § 7a EnWG auch in der Organisation, Entscheidungsgewalt und der konkreten Ausübung des Netzgeschäfts widerspiegeln, was insbesondere voraussetzt, dass die für den Verteilnetzbetreiber tätigen Personen mit Leitungsaufgaben nicht auch den Tätigkeitsbereichen Erzeugung und Vertrieb des vertikal integrierten Unternehmens angehören, handlungsunabhängig und zugleich mit tatsächlichen

²⁶⁹ Vgl. hierzu *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, § 24, Rn. 7.

²⁷⁰ *Montag/Leibenath*, in: Heidenhain, § 24 Rn. 5; *Buchmann*, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 22 ff.

²⁷¹ Vgl. Art. 9 ff. der Richtlinie 2009/72/EG v. 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABIEG Nr. L 211 v. 14.8.2009, S. 55.

Entscheidungs-befugnissen in Bezug auf den Netzbetrieb ausgestattet sind. In Bezug auf den Betrieb der Übertragungsnetze fordert § 8 EnWG grundsätzlich eine eigentumsrechtliche Entflechtung. Demnach sind Personen, die unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über die Tätigkeitsbereiche Gewinnung, Erzeugung oder Vertrieb ausüben, nicht berechtigt, unmittelbar oder mittelbar Kontrolle über den Betreiber eines Übertragungsnetzes auszuüben. Alternativ daneben steht die Benennung eines unabhängigen Systembetreibers oder aber die Einrichtung eines unabhängigen Transportnetzbetreibers. Insbesondere EnBW hat für den Betrieb des Übertragungsnetzes einen unabhängigen Transportnetzbetreiber eingerichtet.²⁷² Ein solcher hat gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG u.a. die Netzentgelte zu erheben, eine eigene Rechtsabteilung sowie eine eigene Buchhaltung einzurichten und gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde sowie innerhalb des europäischen Verbunds der Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO Strom) aufzutreten. Die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers ist ausführlich in den §§ 10a -10e EnWG geregelt: Insbesondere muss gewährleistet sein, dass der unabhängige Transportnetzbetreiber wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf den Netzbetrieb unabhängig von der Leitung und den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens ausüben kann. Voraussetzung hierfür ist unter anderem die Unabhängigkeit der Unternehmensleitung und die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über Ernennungen und Beschäftigungsbedingungen für Personen der Unternehmensleitung auf einen Aufsichtsrat i.S.d. Aktiengesetzes.

Die Anwendung dieser Entflechtungsvorschriften bedeutet somit, dass die Eigentümerstellung der öffentlichen Hand in vertikal integrierten Unternehmen wie im Falle von EnBW nicht zwingend mit Entscheidungs- und Kontrollbefugnissen der öffentlichen Hand in Bezug auf den Betrieb des Verteiler- und Übertragungsnetzes einhergeht.

IV. EEG-Fördermechanismus

Die Förderung der Stromproduktion aus Erneuerbaren Energien erfolgt durch die Zahlung gesetzlicher Einspeisevergütungen bzw. durch die Zahlung einer Marktprämie an die Betreiber von Anlagen für die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien. Die dadurch entstandenen Mehrkosten werden in einem bundesweiten Ausgleichsmechanismus gleichmäßig auf Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Letztverbraucher verteilt.²⁷³

V. Beihilfenrechtliche Bewertung

1. Problemstellung

Art. 107 Abs. 1 AEUV erklärt staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfäl-

²⁷² Vgl. hierzu auch <http://www.transnetbw.de/presse/pressemitteilung-aus-enbw-transportnetze-ag-wird-transnetbw-gmbh/> (Stand: 2.7.2012).

²⁷³ Vgl. hierzu die ausführlich Darstellung des EEG-Fördermechanismus auf S. 62 ff.

schen oder zu verfälschen drohen, für mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Das oben dargestellte Einspeisevergütungsmodell des EEG begründet durch die gesetzlich garantierte Zahlung einer in der Regel über dem Marktpreis liegenden Mindestvergütung jedenfalls eine Begünstigung im Sinne eines geldwerten Vorteils für die Betreiber von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, da der Einspeisevergütung keine angemessene, marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.²⁷⁴ Indem nur solche Anlagenbetreiber einen Anspruch auf Zahlung der gesetzlich garantierten Mindesteinspeisevergütung haben, die den Strom ausschließlich aus Erneuerbaren Energien erzeugen, während konventionelle Stromerzeuger keinen Vergütungsanspruch geltend machen können, wirkt das Einspeisevergütungsmodell des EEG auch selektiv i.S.e. nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Unternehmen, die sich in Hinblick auf das damit verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.²⁷⁵

Entscheidendes Kriterium im Hinblick auf die beihilfenrechtliche Einordnung des Einspeisevergütungsmodells ist das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel. Damit umfasst der unionsrechtliche Beihilfenbegriff sowohl unmittelbar als auch mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen.²⁷⁶ In ständiger Rechtsprechung sieht der EuGH neben „unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen“ den Beihilfentatbestand auch im Falle solcher Beihilfen als erfüllt an, „die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.“²⁷⁷ Der durch dieses Verständnis implizierten vermeintlichen Weite des Beihilfentatbestands wird insbesondere durch zwei Korrektive entgegengetreten: Zum einen erfordert die Annahme der staatlichen Herkunft der Mittel, dass der Staat in irgendeiner Form und zu irgendeinem Zeitpunkt die Kontrolle über sie ausüben muss.²⁷⁸ Dies bedeutet insbesondere, dass von privaten Stromverbrauchern gezahlte Abgaben dann zu staatlichen Mitteln werden können, wenn sie vor Auszahlung an die Begünstigten durch einen vom Staat eingerichteten Fonds zwischenverwaltet werden.²⁷⁹ Zusätzlich zu dieser Kontrollmöglichkeit des Staates ist es jedoch auch erforderlich, dass der Einsatz dieser Mittel dem Staat zurechenbar ist: Die bloße staatliche Kontrollmöglichkeit insbesondere im Fall öffentlicher Unternehmen bedeutet nämlich nicht, dass das Unternehmen zwingend aufhört, unabhängig nach wirtschaftlichen Kriterien zu agieren.²⁸⁰ Entsprechend fordert der EuGH insbesondere im Falle der Mittelgewährung durch öffentliche Unternehmen, dass diese Zurechenbarkeit zum Staat anhand eines Komplexes von Indizien abzuleiten ist, „die sich aus den Umständen des konkreten Falles und aus dem Kontext ergeben [...]“ und beispielsweise den Grad der Eingliederung in die Strukturen der öffentli-

²⁷⁴ *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, S. 170 f.; anders *Reshöft*, Verfassungs- und Europarechtskonformität des EEG, S. 171 f.; vgl. zum beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmal der Begünstigung auch *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 28 ff.

²⁷⁵ *EuGH*, C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Rn. 41 - *Adria Wien Pipelines*.

²⁷⁶ *Kühling*, in: Streinz, Art. 107 AEUV Rn. 58.

²⁷⁷ Vgl. u.a. *EuGH*, C-72/91 u. C-73/91, Slg. 1993, I-887, Rn. 19 - *Sloman Neptun*.

²⁷⁸ *Bartosch*, Art. 87 Abs. 1 EGV Rn. 114.

²⁷⁹ Entscheidung der Kommission v. 28.1.2009, C 43/2002, KOM(2003) 230 endg.

²⁸⁰ *Lübbig/Martin-Ehlers*, Rn. 209.

chen Verwaltung, die Art der Tätigkeit und deren Ausübung auf dem Markt unter normalen Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Wirtschaftsteilnehmern betreffen.²⁸¹

Die Verstaatlichung des drittgrößten Energieversorgers EnBW gibt vor diesem rechtlichen Hintergrund Anlass, die Frage der Staatlichkeit der Mittel im Kontext des EEG-Fördermechanismus neu aufzuwerfen. Zu untersuchen gilt es, inwiefern eine zunehmend öffentliche Eigentumsstruktur in der deutschen Elektrizitätswirtschaft die im Jahr 2001 durch den EuGH vorgenommene Ablehnung staatlicher Mittel im deutschen Einspeisevergütungsmodell in Frage stellt. In der Folge soll die in diesem Bereich relevante Entscheidungspraxis von EuGH und Europäischer Kommission dargestellt werden, um auf dieser Grundlage einen Kriterienkatalog abzuleiten, am Maßstab dessen das Vorliegen staatlicher Mittel in verschiedenen denkbaren Eigentumskonstellationen geprüft werden soll.

2. Das ‚Staatlichkeit der Mittel‘-Kriterium zwischen privatem und öffentlichem Eigentum

a) Ausgangspunkt: PreussenElektra-Urteil des EuGH

In der Rechtssache PreussenElektra hatte der EuGH zu klären, ob das Einspeisevergütungsmodell des Stromeinspeisungsgesetzes in der Fassung von 1998 eine Beihilfe im europarechtlichen Sinne darstellt. Anlass für dieses Vorabentscheidungsverfahren war ein Rechtsstreit zwischen dem regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen Schleswig AG und dem vorgelagerten Netzbetreiber PreussenElektra. Gemäß der damaligen Härtefallregelung des § 4 StrEG hatte der vorgelagerte Netzbetreiber dem EE-Strom aufnehmenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen jene Mehrkosten zu erstatten, die dadurch entstanden, dass das Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine Menge an EE-Strom abnimmt, die 5 % des insgesamt eingespeisten Stroms übersteigt. PreussenElektra machte geltend, dass die aufgrund von § 4 StrEG getätigten Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgten und daher von Schleswig AG zurück zu erstatten waren. Vor diesem Hintergrund stellte das Landgericht Kiel dem EuGH die Vorlagefragen, ob das Einspeisevergütungsmodell des StrEG eine Beihilfe i.S.v. ex-Art. 92 EGV darstelle und ob vom Beihilfebegriff „auch nationale Förderregelungen erfasst werden, die die Förderung des Zahlungsempfängers bezwecken, wobei die erforderlichen Fördermittel aber weder mittelbar noch unmittelbar aus öffentlichen Haushalten stammen, sondern aufgrund von gesetzlich angeordneten Abnahmepflichten zu festgelegten Mindestpreisen einzelnen Unternehmen einer Branche auferlegt werden [...]“.²⁸²

In seinen Schlussanträgen ordnete Generalanwalt *Jacobs* das Vorlageverfahren in die Eigentümerstruktur der deutschen Elektrizitätswirtschaft ein: Während „einige wenige Großunternehmen [...] den größten Teil des in Deutschland verbrauchten Stroms erzeugen und Hochspannungsnetze betreiben [...]“, sorgten ca. 60 regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen mittels Mittelspannungsnetzen für die Verteilung des Stroms sowie für einen Teil der Stromerzeugung.²⁸³ Dabei befanden sich nur zwei der acht Großun-

²⁸¹ *EuGH*, Rs. 482/99, Slg. 2002 I-4397, Rn. 55 f. - Frankreich/Kommission („Stardust Marine“).

²⁸² *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 27 - PreussenElektra AG.

²⁸³ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 6 und 7 - PreussenElektra AG.

ternehmen unter staatlicher Kontrolle, während auf der Ebene der regionalen Verteilnetzbetreiber eine „klare [...] Tendenz zum Privateigentum“ zu konstatieren war.²⁸⁴ Dabei hob er hervor, dass sich die Klägerin PreussenElektra in privatem Eigentum befand und zugleich die Mehrheit der Aktien an der Schleswig AG hielt.²⁸⁵ In diesem Kontext unternahm er eine beihilfenrechtliche Einordnung von unternehmerischen Ertragseinbußen je nach öffentlicher oder privater Eigentümerschaft im Hinblick auf das Vorliegen staatlicher Mittel. Dabei lehnte er es einerseits ab, eine Maßnahme, die einer Gruppe auf Kosten einer anderen Gruppe Vorteile gewährt, allein deshalb als staatliche Beihilfe anzusehen, „weil sich eines oder einige wenige der Unternehmen aus der zweiten Gruppe ganz oder teilweise im staatlichen Eigentum befinden.“²⁸⁶ Andererseits würde „eine Vielzahl von Rechtsvorschriften zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen“ fallen oder gar eine „Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Unternehmensformen bei der Finanzierung der Maßnahme“ riskiert werden, müssten im öffentlichen Eigentum befindliche Unternehmen stets vom Anwendungsbereich der Vorschriften ausgenommen werden.²⁸⁷ Für das konkrete Vorlageverfahren lehnte er eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln ab, da die Vorteile für Erzeuger von Strom aus Erneuerbaren Energien sich im Kontext der beschriebenen Eigentümerstruktur der deutschen Stromwirtschaft „ausschließlich von privatrechtlich organisierten Unternehmen finanziert [werden], die sich offenbar mehrheitlich im privaten Eigentum befinden“, was gleichermaßen für die Parteien des Vorlageverfahrens galt, und somit weder mit Belastungen für den Staat noch mit Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen einherging.

In seinem Urteil hat der EuGH daraufhin eine Argumentations- und Begründungslinie verfolgt, die sich deutlich auf die private Eigentümerstruktur der Parteien im Vorlageverfahren konzentriert. In diesem Sinne formuliert der EuGH bereits die Vorlagefrage dahingehend um, „ob eine Regelung eines Mitgliedsstaats, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen [...] und durch die die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, eine staatliche Beihilfe [...] darstellt.“²⁸⁸ Damit verengt der EuGH seine folgende Argumentation auf die Eigentümerkonstellation des konkreten Sachverhalts, in dem lediglich private Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme und Vergütung von EE-Strom verpflichtet werden. In seiner Antwort bestimmt der EuGH den Beihilfebegriff zwar derart, dass er „die unmittelbar vom Staat gewährten Vorteile sowie diejenigen, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, umfasst.“ Da im konkreten Fall die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunter-

²⁸⁴ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 176 - PreussenElektra AG.

²⁸⁵ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 178 - PreussenElektra AG.

²⁸⁶ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 175 - PreussenElektra AG.

²⁸⁷ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 175 - PreussenElektra AG.

²⁸⁸ *EuGH*, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 56 - PreussenElektra AG.

nehmen zur Abnahme und Vergütung von EE-Strom nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel führt, lehnt der EuGH das Vorliegen einer Beihilfe ab.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass der EuGH in der Rechtsache PreussenElektra keine abschließende Bewertung des Einspeisevergütungsmodells des StrEG und des EEG vorgenommen hat. Vielmehr ist die Ablehnung des Vorliegens staatlicher Mittel ausdrücklich auf Sachverhaltskonstellationen beschränkt, in der private Elektrizitätsversorgungsunternehmen in einem privatrechtlich geprägten Energiewirtschaftssystem mit der Abnahme- und Vergütungsverpflichtung belastet werden. Inwiefern diese Argumentation auch in Sachverhaltskonstellationen mit einem größeren Anteil öffentlichen Eigentums gilt, bedarf einer weiteren Analyse der Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission.

b) Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission

aa) EuGH-Urteil in der Rechtssache C-482/99 – Frankreich/Kommission („Stardust Marine“)

Maßgebliche Aussagen zur beihilfenrechtlichen Einordnung seitens öffentlicher Unternehmen getätigter Zahlungen an Private finden sich in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jacobs* sowie dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Stardust Marine*. Gegenstand des Rechtsstreits war die von der staatlichen Bankengruppe *Crédit Lyonnais* getätigten Finanzierungsmaßnahmen für das Wassersportschiffahrtsunternehmen *Stardust Marine*. Vor diesem Hintergrund sah sich der Generalanwalt *Jacobs* veranlasst, seitens öffentlicher Unternehmen getätigte Zahlungen nur dann als aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen einzustufen, wenn die Zahlungen dem Staat derart zurechenbar sind, dass sie „als das Ergebnis des Verhaltens des betroffenen Mitgliedstaats“ angesehen werden können.²⁸⁹ Diese Einschränkung auf dem Mitgliedstaat zurechenbare Maßnahmen wird vom Generalanwalt als notwendig angesehen, damit nicht jede autonome Entscheidung öffentlicher Unternehmen „ohne weiteres“ als staatliche Beihilfe eingestuft wird.²⁹⁰ Der EuGH hat in seinem Urteil das vom Generalanwalt vertretene Zurechenbarkeitserfordernis bestätigt. Zwar nahm der EuGH an, dass es für die Einordnung als staatliche Mittel nicht entscheidend sei, dass sie dauernd dem Staat gehören, sondern es ausreiche, dass diese „ständig unter staatlicher Kontrolle“ stünden.²⁹¹ Insofern können von öffentlichen Unternehmen getätigte Zahlungen als staatliche Mittel angesehen werden, da der Staat aufgrund seiner Eigentümerstellung zumindest potentiell Kontrolle ausüben kann. Darüber hinaus sei jedoch auch erforderlich, dass eine Maßnahme dem Staat konkret zurechenbar sei, was wiederum nicht allein von der Eigentümerstellung des Staates abgeleitet werden könne. Vielmehr müssten verschiedene „Indizien“ vorliegen, wie beispielsweise die Eingliederung des Unterneh-

²⁸⁹ *Generalanwalt Jacobs*, Schlussanträge v. 13.12.2001 – C-482/99, Slg.2001, I-4397, Rn. 54 - Frankreich/Kommission („*Stardust Marine*“).

²⁹⁰ *Generalanwalt Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 55 - PreussenElektra AG.

²⁹¹ *EuGH*, C- 482/99, Slg.2002 I-4397, Rn. 37 - Frankreich/Kommission („*Stardust Marine*“).

mens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung oder aber der Grad der Teilnahme am Wettbewerb mit anderen privaten Wirtschaftsteilnehmern.²⁹²

bb) Entscheidungen der Kommission NN 27/2000 und NN 68/2000 – Deutschland

Am 22.5.2002 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre Entscheidung über die Vereinbarkeit des EEG 2000 mit dem EU-Beihilfetatbestand des ex-Art. 87 EGV.²⁹³ In ihrer Entscheidungsbegründung widmet sich die Kommission nahezu ausschließlich der Frage, ob der Vorteil, der für die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien aus der Abnahmeverpflichtung bei gleichzeitig gesetzlich festgelegter Mindestvergütung, welche unter den Marktteilnehmern ausgeglichen wird, ohne dass ein staatlich verwalteter Fonds dazwischen geschaltet ist, als aus staatlichen Mitteln finanziert anzusehen ist. Diesbezüglich hebt die Kommission in ihrer Entscheidung hervor, dass dieser Mechanismus „ohne Unterschied für private wie für öffentliche Netzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen gilt.“ Der Mechanismus greife unabhängig von den Eigentumsverhältnissen der betroffenen Unternehmen. Darüber hinaus verdeutliche „der allgemeine Charakter“ des Gesetzes, „dass es nicht darauf abzielt, speziell mit Mitteln öffentlich-rechtlicher Unternehmen die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen zu fördern.“ Die Tatsache, dass die Übertragungsnetze zur Zeit der Entscheidung fast ausschließlich von Privatunternehmen betrieben wurden und auf den anderen Ebenen der Ausgleichsregelung eine Vielzahl privater und öffentlicher Betreiber in gleicher Weise agieren, unterstütze dieses Ergebnis. In diesem Sinne lehnte die Kommission eine Übertragung staatlicher Mittel ab. Mit der identischen Argumentation kam die Kommission auch zur Ablehnung eines staatlichen Mitteltransfers in Anwendung des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes.²⁹⁴

cc) Entscheidung der Kommission N 602/2004 – Dänemark

Am 9.11.2005 hatte die Kommission den dänischen Fördermechanismus für die Stromerzeugung aus Windenergie vor dem Hintergrund einer eigentumsrechtlichen Neustrukturierung der systemverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber einer beihilfenrechtlichen Neubewertung zu unterziehen.²⁹⁵ Der dänische Fördermechanismus für die Stromerzeugung aus Windenergie sah die Zahlung einer Einspeisevergütung von 0,10 DKK/kWh vor. Diese wurde von den systemverantwortlichen Übertragungsnetzbetreibern gezahlt, die ihre Kosten jedoch auf die Stromverbraucher umlegen konnten. Bis Ende 2004 agierten auf dem dänischen Strommarkt zwei systemverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber: Während *Elkraft System* ein öffentliches Unternehmen mit 67 % öffentlichen Eigentums war, war *Eltra* mit 67 % privaten Eigentums als privates Unternehmen anzusehen, auf das der Staat weder unmittelbar noch mittelbar Einfluss hatte. Im Jahr 2005 ging das Eigentum an beiden Unternehmen auf das zu 100 % staatliche Unternehmen *Energinet* über. *Energinet* fungiert somit als ein im staatlichen Eigentum stehender system-

²⁹² *EuGH, C-482/99, Slg.2002 I-4397, Rn. 55 f.* - Frankreich/Kommission („Stardust Marine“).

²⁹³ Entscheidung der Kommission v. 22.5.2002, NN 27/2000 - Deutschland, KOM(2002)1887 endg.

²⁹⁴ Entscheidung der Kommission v. 22.5.2002, NN 68/2000 - Deutschland, KOM(2002)1889endg.

²⁹⁵ Entscheidung der Kommission v. 9.11.2005, N 602/2004 - Dänemark, KOM(2005)3910 endg.

verantwortlicher Übertragungsnetzbetreiber, dem das Gesetz neben der Pflicht zum Aufkauf von EE-Strom umfassende Kompetenzen im Hinblick auf die Gewährleistung der Netzsicherheit (u.a. in Form von Befugnissen zur Regelung der Stromeinspeisung oder Informationsrechte) einräumt.²⁹⁶ Die starke Eingliederung von *Energinet* in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung im Energiebereich sowie die Abwesenheit von anderen im Wettbewerb stehenden privaten Wirtschaftsteilnehmern erfüllen die in der Rechtssache Stardust Marine aufgestellten Indizien für eine Zurechenbarkeit der von *Energinet* getätigten Zahlungen zum dänischen Staat. In diesem Kontext stellte die Kommission zur Klärung des Vorliegens staatlicher Mittel fest, dass die finanzielle Belastung des Fördermechanismus nicht mehr zwischen einem privatem und einem öffentlichem Unternehmen aufgeteilt ist, sondern ausschließlich ein zu 100 % im staatlichen Eigentum befindliches Unternehmen trifft. Diese Situation, in der der Staat eine Zahlungsverpflichtung allein einem öffentlichen Unternehmen auferlegt, unterscheidet sich deutlich von der dem PreussenElektra zugrunde gelegten Sachverhaltskonstellation („*In situations where the Member States impose an obligation to pay exclusively to public undertakings (i.e. undertakings controlled by the Member State itself) the scenario is clearly different from the PreussenElektra ruling*“). Im Ergebnis wurde daher von der Kommission der Einsatz staatlicher Mittel und somit das Vorliegen einer Beihilfe angenommen.

dd) Entscheidung der Kommission C 41/2005 – Ungarn

Am 4.6.2008 entschied die europäische Kommission über die beihilfenrechtliche Zulässigkeit von langfristigen Stromabnahmeverträgen in Ungarn.²⁹⁷ Im Zuge der Privatisierung des ungarischen Elektrizitätsmarktes ging der zu 99,9 % im staatlichen Eigentum monopolistische Netzbetreiber MVM mit Stromerzeugern langfristige Stromabnahmeverträge ein, die zum einen der Versorgungssicherheit dienen sollten als auch aufgrund der Privatisierung nicht amortisierbare Investitionskosten (sog. gestrandete Kosten) abdecken sollten. Diese teilweise bis 2020 laufenden Stromabnahmeverträge verpflichteten MVM zur Abnahme bestimmter Strommengen zu einem festen Preis. Da diese Stromabnahmeverträge bis zu 80 % der Stromnachfrage auf dem ungarischen Elektrizitätsmarkt abdeckten, sah die Kommission hierin „ein ernsthaftes Hindernis für die Liberalisierung dieses Marktes.“²⁹⁸ Im Rahmen ihrer beihilfenrechtlichen Würdigung ging die Kommission auch der Frage nach, ob der mit den Stromabnahmeverträgen gewährte Vorteil als aus staatlichen Mitteln gewährt anzusehen ist. In diesem Zusammenhang nahm die Kommission eine deutliche Abgrenzung vom PreussenElektra-Urteil vor. Insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Eigentümerstruktur der zur Abnahme verpflichteten Unternehmen sei der ungarische Sachverhalt signifikant anders. Während das im PreussenElektra-Urteil zu Stromabnahme verpflichtete Unternehmen in privatem Eigentum stand, befindet sich der ungarische Netzbetreiber gänzlich in Staatseigentum. Entsprechend seien die verwendeten Mittel unter der Kontrolle eines vollständig im öffentlichen Eigentum stehenden Unternehmens gewesen, während die Mittel im PreussenElektra-Ausgangsverfahren niemals unter direk-

²⁹⁶ Basse/Rønne, in: Basse, S. 62 ff.

²⁹⁷ Entscheidung der Kommission v. 4.6.2008, C 41/2005 - Ungarn, KOM(2008) 2223 endg.

²⁹⁸ Kommission, Presseerklärung IP/05/1407 v. 10.11.2005.

te oder indirekte staatliche Kontrolle gekommen seien.²⁹⁹ Auch hier nahm die Kommission im Ergebnis daher das Vorliegen staatlicher Mittel und somit einer Beihilfe an.

ee) EuGH-Urteil in der Rechtssache C-206/06 – Essent Netwerk Noord BV

In der Rechtssache Essent Netwerk Noord BV hatte der EuGH³⁰⁰ eine Abgabe, die niederländischen Elektrizitätskunden ihren Netzbetreibern in Form eines Tarifaufschlags zu zahlen hatten, beihilfenrechtlich zu bewerten. Diese Abgabe wurde von den Netzbetreibern an die vom Gesetzgeber bezeichnete gemeinsame Tochtergesellschaft der vier niederländischen Netzbetreiber SEP weitergegeben. Diese war wiederum mit der wirtschaftlichen Dienstleistung von öffentlichem Interesse betraut, die Gelder zu verwalten und an Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu dem festgelegten Zweck der Erstattung im Zuge der Liberalisierung entstandenen nicht marktkonformen Kosten an Elektrizitätsversorgungsunternehmen auszuschütten. In dem zugrundeliegenden Ausgangsverfahren wurden die Tarifaufschläge vom zu 100 % im Eigentum von Gemeinden und Regionen stehenden Netzbetreiber Essent erhoben und schließlich an SEP weitergeleitet. Auch hier nimmt der EuGH eine ausdrückliche Abgrenzung zum PreussenElektra-Urteil vor, um die Finanzierung des den Elektrizitätsversorgungsunternehmen gewährten Vorteil aus staatlichen Mitteln zu begründen: Während in der dem PreussenElektra-Urteil zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation das zur Vergütung verpflichtete Unternehmen nicht vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt und allein zum Einsatz eigener finanzieller Mittel verpflichtet wurde, waren im Essent-Fall mehrheitlich im öffentlichen Eigentum stehende Netzbetreiber mit der Erhebung der Abgaben beauftragt und deren gemeinsame Tochtergesellschaft SEP zudem mit der wirtschaftlichen Dienstleistung von öffentlichem Interesse betraut, die Mittel zu verwalten und zweckgebunden einzusetzen. Dabei stand SEP unter der Kontrolle des zuständigen Wirtschaftsministers, dem in vollem Umfang Rechenschaft über die Mittelverwaltung zu leisten war. Insofern ist die Annahme des Vorliegens staatlicher Mittel und damit einer Beihilfe auch im Essent-Urteil maßgeblich von der Zurechenbarkeit des Handelns von SEP zum Staat geprägt, die in der Übertragung von Verwaltungsaufgaben durch eine Dienstleistung von öffentlichem Interesse sowie umfassende Kontrollfunktionen des Staates zum Ausdruck kommt.

c) Bewertung

Aus diesem Entscheidungsüberblick lassen sich folgende Aussagen sowie Kriterien und Indizien für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „staatliche Mittel“ ableiten:

²⁹⁹ Vgl. Originalwortlaut der Entscheidung in Rn. 288-290: *“The Commission considers that the Hungarian scheme is significantly different from the system examined by the Court in the aforementioned ruling, due, in particular, to the difference in the ownership structure of the companies under purchase obligation. Indeed, the company on which the State imposed the purchase obligation was privately owned in the PreussenElektra case - while MVM is entirely State owned. The resources used are therefore resources belonging and controlled by to a fully publicly owned company. In the PreussenElektra case, when tracing the moneys from the beneficiary backwards to their origin, they never came under the direct or indirect control of the State. However, in the present case they do come under State control since, in this course back to their origin, they go to a public company.”*

³⁰⁰ *EuGH, C-206/06, Slg. 2008, I-5497 - Essent Netwerk Noord BV.*

Die beihilfenrechtliche Bewertung von Finanzierungsmechanismen, die auch öffentliche Unternehmen zur Finanzierung eines Vorteils verpflichten, muss stets in zwei Schritten erfolgen. Einerseits stellt sich die Frage, ob der Finanzierungsmechanismus auf den Einsatz staatlicher Mittel abzielt. Andererseits ist zu bewerten, ob der konkrete Mitteleinsatz dem Staat zurechenbar ist. Der aufgezeigte Urteils- und Entscheidungskanon verdeutlicht dabei, wie wenig trennscharf die beiden Aspekte des „Staatlichkeit der Mittel“-Kriteriums sein können. Während das PreussenElektra-Urteil sowie die Kommissionsentscheidungen zum EEG und KWKG vordergründig der Frage der staatlichen Mittelherkunft nachgehen, sind das Stardust Marine-Urteil, das Essent-Urteil sowie die Kommissionsentscheidungen zum dänischen Übertragungsnetzbetreiber Energinet sowie zum ungarischen Netzbetreiber MVM primär im Kontext der Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat zu verstehen.

Die Ablehnung staatlicher Mittel durch den EuGH im Preussen-Elektra-Urteil ist maßgeblich durch die damalige Struktur der Stromwirtschaft in Deutschland einerseits sowie andererseits der Eigentümerstruktur der Parteien des Vorlageverfahrens geprägt. In einem Strommarkt, deren Stromakteure mehrheitlich in privatem Eigentum stehen, führt die gesetzlich veranlasste Belastung privater Energieversorgungsunternehmen gemäß dem PreussenElektra-Urteil nicht zum Einsatz staatlicher Mittel. Im Hinblick auf die aktuelle Eigentümerstruktur auf dem deutschen Strommarkt ist die Gültigkeit der Argumentation des EuGH über das PreussenElektra-Urteil hinaus jedoch fraglich. Gültigkeit entfaltet jedenfalls weiterhin die Feststellung des Generalanwalts *Jacobs*, wonach eine Beihilfe nicht allein deshalb anzunehmen ist, weil eines oder einige wenige belastete Unternehmen in öffentlichem Eigentum stehen, m.a.W. eine Eigentümerstruktur, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand geprägt wird, lässt allein noch nicht auf die Staatlichkeit der Mittel und damit auf eine Beihilfe schließen.

In dieser Logik sind auch die zitierten Kommissionsentscheidungen zum EEG und KWKG aus dem Jahr 2002 zu verstehen. Hiernach beinhalten Maßnahmen mit allgemeinem Charakter, d.h. Maßnahmen, die unterschiedslos private und öffentliche Unternehmen belasten, keine staatlichen Mittel im beihilfenrechtlichen Sinne. So liegt der Fall auch derzeit beim EEG, das in erster Linie private Unternehmen belastet, aber die staatlichen Unternehmen in gleicher Weise mitbelastet. Der Hinweis auf die mehrheitlich private Eigentümerstruktur zum Zeitpunkt der Entscheidung als ein dieses Ergebnis stützendes Faktum jedoch wirft die Frage auf, ob in einer mehrheitlich öffentlichen Eigentümerstruktur eine allgemein formulierte Maßnahme gleichermaßen einzustufen wäre. Die Kommissionsentscheidungen zur dänischen Förderung regenerativer Stromerzeugung und den ungarischen Maßnahmen zur Kompensation gestrandeter Kosten verdeutlichen, dass staatliche Mittel jedenfalls dann involviert sein können, wenn ausschließlich zu 100 % im Staatseigentum stehende Unternehmen belastet werden.

Die vorstehende Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission verdeutlicht zugleich, dass die beihilfenrechtliche Einordnung einer unternehmerischen Maßnahme nicht in erster Linie von der öffentlichen oder privaten Eigentümerschaft abhängt, sondern primär die Frage der Zurechenbarkeit einer Maßnahme zum Staat entscheidend ist. Die Frage der öffentlichen Eigentümerschaft ist vielmehr eine Vorfrage, um den

öffentlichen Charakter der eingesetzten Mittel zu bestimmen. Maßgeblich für die Feststellung einer Beihilfe ist im Falle der Belastung öffentlicher Unternehmen jedoch die Zurechenbarkeit des konkreten Mitteleinsatzes zum Staat, die jeweils von einem Komplex an Indizien im konkreten Fall abzuleiten ist. Diese können insbesondere

- die Eingliederung des betrachteten Unternehmens in die Strukturen der Verwaltung,

- die Intensität des Wettbewerbs mit anderen privaten Wirtschaftsteilnehmern oder

- die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten des Staates auf den unternehmerischen Entscheidungsspielraum

umfassen. Es sind auch andere, ggf. zusätzliche Indizien denkbar, die sachverhaltsbezogen die Zurechenbarkeit einer Maßnahme zum Staat begründen können. Darüber hinaus zeigt insbesondere die Kommissionsentscheidung zum dänischen Übertragungsnetzbetreiber Energinet, dass die Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat dann bejaht wird, wenn das mehrheitlich im öffentlichem Eigentum stehende Unternehmen weitreichende administrative Funktionen ausübt und dabei unter weitreichender staatlicher Einflussnahme steht. Letztlich ist auch das Essent-Urteil des EuGH eine Ausprägung des Zurechenbarkeitskriteriums in der beihilfenrechtlichen Analyse. Hier begründete der EuGH das Vorliegen einer Beihilfe auch damit, dass das betroffene Unternehmen der zweckgebundene Mitteleinsatz durch das betroffene Unternehmen Ergebnis einer gesetzlichen Beauftragung in Form einer wirtschaftlichen Dienstleistung von öffentlichem Interesse entsprach. Zudem erfolgte der Mitteleinsatz unter Kontrolle und Aufsicht des Wirtschaftsministers. Entsprechend kam dem Unternehmen keinerlei autonome Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des Mitteleinsatzes zu. Insofern sind die zitierten Entscheidungen von Kommission und EuGH als konkretisierende Umsetzungen der Stardust Marine-Rechtsprechung des EuGH zu bewerten, die im konkreten Sachverhalt Indizien für eine staatliche Zurechenbarkeit suchen und nennen.

VI. Bedeutung für bundesweiten Ausgleichsmechanismus im EEG

Die oben vorgenommene Analyse der Rechtsprechung und Entscheidungspraxis von EuGH und Kommission verdeutlicht, dass die beihilfenrechtliche Bewertung nicht entscheidend von der mehrheitlich öffentlichen oder privaten Eigentümerschaft einzelner am System beteiligter Unternehmen abhängt. Eine mehrheitlich öffentliche Eigentümerschaft kann ein Indiz für die staatliche Herkunft der von einem Unternehmen eingesetzten Mittel darstellen. Für die Frage des Vorliegens einer Beihilfe ist jedoch vielmehr die konkrete Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat von entscheidender Bedeutung. Kann der konkrete Mitteleinsatz aufgrund staatlicher Einflussnahme auf die unternehmerische Entscheidung, einer besonderen Eingliederung des betroffenen Unternehmens in die Strukturen der Verwaltung oder einer speziellen Übertragung staatlicher Aufgaben dem Staat zugerechnet werden, so ist auch die Annahme einer Beihilfe im Falle einer Mittelgewährung durch mehr oder weniger öffentliche Unternehmen wahrscheinlicher.

Im Folgenden werden diese in der Rechtsprechung des EuGH sowie der Entscheidungspraxis der Kommission entwickelten korrespondierenden Grundsätze der beihilfenrechtlichen Bewertung des Einsatzes staatlicher Mittel auf den bundesweiten Ausgleichsmechanismus des EEG angewandt. Es gilt, jene juristischen Stellschrauben im Ausgleichsmechanismus zu identifizieren, die im Falle einer Veränderung in der unternehmerischen Eigentümerschaft eine europarechtliche Neubewertung des deutschen Fördersystems erfordern würden. Dabei ist zum einen zu analysieren, inwiefern das EEG Spielraum für den Einsatz staatlicher Mittel lässt und zum anderen zu hinterfragen, inwiefern der konkrete Mitteleinsatz durch die Netzbetreiber dem Staat zurechenbar gemacht werden kann. Im Sinne eines theoretischen Gedankenspiels soll daraufhin untersucht werden, wie sich diese Analyse verändern würde, wären alle in Deutschland agierenden Übertragungsnetzbetreiber in einer bundesweiten staatlichen Netz-AG – wie sie in wiederkehrenden Abständen auch öffentlich diskutiert wird – zusammengeschlossen. Abschließend soll untersucht werden, inwiefern sich die Analyse im Falle einer Mehrheitsbeteiligung eines ausländischen Staates an einem Übertragungsnetzbetreiber ändern würde.

1. Staatlichkeit der Mittel-Analyse

In einem ersten Schritt ist somit auf Grundlage der oben herausgearbeiteten Kriterien in der EuGH-Rechtsprechung und Entscheidungspraxis der Kommission zu untersuchen, ob der EEG-Ausgleichsmechanismus in seiner gesetzlichen Ausgestaltung den Einsatz auch staatlicher Mittel zur Finanzierung der Fördermaßnahmen für Erneuerbare Energien vorsieht bzw. umfasst, wenn eines oder mehrere der belasteten Unternehmen in mehrheitlich öffentlichem Eigentum stehen.

Das PreussenElektra-Urteil des EuGH hat zunächst klargestellt, dass eine gesetzliche Regelung, die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Einsatz ihrer privaten Mittel verpflichtet, keine Beihilfe im unionsrechtlichen Sinne begründen kann. Die starke Fokussierung der Argumentation des EuGH auf die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen in einem mehrheitlich privat organisierten Elektrizitätsmarkt versperrt jedoch die uneingeschränkte Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf die Verpflichtung mehrheitlich im öffentlichen Eigentum stehender Unternehmen. Inwiefern der EEG-Fördermechanismus das Kriterium des „Einsatzes auch staatlicher Mittel“ erfüllt, wenn die Verpflichtung zur Zahlung einer Mindestvergütung auch solche Unternehmen trifft, die mehrheitlich in öffentlichem Eigentum stehen, beantwortet das PreussenElektra-Urteil des EuGH jedenfalls nicht abschließend. Sowohl die Ausführungen des Generalanwalts *Jacobs* in seinen Schlussanträgen zum Preussen-Elektra-Verfahren als auch die Entscheidung der Kommission zum EEG verdeutlichen jedoch, dass eine Maßnahme dann nicht auf den Einsatz staatlicher Mittel abzielt, wenn die Maßnahme ohne Unterschied gleichermaßen für private als auch öffentliche Unternehmen gilt und eine Maßnahme nicht deshalb den Einsatz staatlicher Mittel beinhaltet, weil neben privaten Unternehmen auch einige öffentliche Unternehmen belastet werden. Greift der Fördermechanismus unabhängig von den Eigentumsverhältnissen derart, dass er „nicht darauf abzielt, speziell mit Mitteln öffentlich-rechtlicher Unternehmen die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu fördern“, können die im Rahmen des Fördermechanismus eingesetzten Mittel nicht als

staatliche Mittel angesehen werden.³⁰¹ Daraus kann abgeleitet werden, dass Maßnahmen mit allgemein gültigem Charakter, die potenziell sowohl private als auch öffentliche Unternehmen treffen können, nicht den Einsatz staatlicher Mittel bezwecken, da ansonsten „eine Vielzahl von Rechtsvorschriften zur Regelung von Beziehungen zwischen Unternehmen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen fallen“ und „eine Verzerrung des Wettbewerbs bei den verschiedenen Unternehmensformen“ riskiert würden.³⁰²

Das EEG verpflichtet in generell-abstrakter Weise Verteilnetzbetreiber, Übertragungsnetzbetreiber und Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Kostenübernahme entlang des EEG-Ausgleichsmechanismus, ohne dabei in besonderer Weise Unternehmen in mehrheitlich öffentlichem Eigentum zu belasten. Vielmehr ist es angesichts sich ständig verändernder Eigentümerstrukturen in der Stromwirtschaft auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette Zufall, ob ein privates oder aber ein staatliches/öffentliches Unternehmen mit der Zahlung der Förderkosten bzw. der EEG-Umlage belastet wird. In diesem Sinne nimmt das EEG nicht auf die Eigentumsstrukturen in der Elektrizitätswirtschaft Bezug und findet auf jegliche Eigentumskonstellation gleichermaßen Anwendung. Dabei behandelt das EEG Unternehmen in privatem und öffentlichem Eigentum gleich. Sowohl private als auch öffentliche Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft werden im Rahmen des EEG-Ausgleichsmechanismus gemäß der §§ 34-39 EEG verpflichtet und berechtigt. Dieser allgemeine Charakter des EEG-Fördermechanismus spricht dafür, dass das EEG nicht auf den Einsatz staatlicher Mittel abzielt und daher die von öffentlichen Unternehmen getätigten Zahlungen nicht als staatliche Mittel im beihilfenrechtlichen Sinne qualifiziert werden können. Dieses Ergebnis gilt insbesondere vor dem Hintergrund der oben dargestellten gegenwärtigen Eigentümerstruktur in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, die sich aus einer Vielzahl an sowohl im privaten als auch im öffentlichen Eigentum befindlichen Unternehmen auszeichnet. Auch auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber finden sich nach der Verstaatlichung von EnBW (nunmehr Transnet BW) weiterhin drei von vier Unternehmen, die nicht im Eigentum der deutschen öffentlichen Hand sind, wobei Transnet BW zusätzlich den geringsten Anteil an der EEG-Vermarktung hat, so dass der ganz überwiegende Teil der EEG-Vermarktung bei privaten Akteuren liegt. Damit stellt der EEG-Ausgleichsmechanismus im Kontext der gegenwärtigen Eigentumsstruktur in der deutschen Elektrizitätswirtschaft eine Maßnahme mit allgemein gültigem Charakter dar, die gerade nicht auf den Einsatz staatlicher Mittel abzielt. Die mehrheitlich öffentliche Beteiligung an einem oder mehreren Systemakteuren modifiziert diese Bewertung grundsätzlich nicht.

2. Mangelnde Zurechenbarkeit des EEG-Mittelflusses zum Staat

Selbst wenn die von öffentlichen Unternehmen im Rahmen des EEG-Ausgleichsmechanismus eingesetzten Mittel staatliche Mittel wären, z.B. weil ein deutlich höherer Anteil der Unternehmen im staatlichen Eigentum stünde, so erfordert die Einordnung als staatliche Beihilfe weiterhin die konkrete Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat. Der Nachweis der Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes soll gewährleisten,

³⁰¹ Entscheidung der Kommission v. 22.5.2002, NN 68/2000 - Deutschland, KOM(2002)1889 endg.

³⁰² Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 175 - PreussenElektra AG.

dass der Mitteleinsatz als das Verhalten des Staates angesehen werden kann.³⁰³ Das diesbezüglich maßgebliche Stardust Marine-Urteil verpflichtet zu einer Indiziensuche, die sich unter anderem an der Eingliederung des belasteten öffentlichen Unternehmens in die Strukturen der Verwaltung festmachen kann. Insbesondere die weitreichenden administrativen Befugnisse des dänischen Übertragungsnetzbetreibers Energinet sowie dessen Eingliederung in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung haben eine Zurechenbarkeit des von Energinet getätigten Mitteleinsatzes zum Staat ermöglicht. Anders kann auch wie im Essent-Urteil des EuGH die staatliche Beauftragung in Form einer wirtschaftlichen Dienstleistung von allgemeinem Interesse bei gleichzeitig bestehenden staatlichen Kontrollbefugnissen die Zurechenbarkeit des Mitteleinsatzes zum Staat begründen.

Die zentrale Funktion des bundesweiten Ausgleichsmechanismus im EEG ist darin zu sehen, eine gleichmäßige Verteilung der durch die Förderung von Erneuerbaren Energien erzeugten Belastungen zu bewirken.³⁰⁴ Entsprechend ermöglichen die §§ 34-37 EEG lediglich die gleichmäßige Weitergabe der Förderkosten an die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und faktisch an die Stromverbraucher. Während die Netzbetreiber den Anlagenbetreiber gemäß § 16 Abs. 1 EEG die gesetzliche Mindesteinspeisevergütung zahlen, müssen die Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 35 EEG diese Kosten dadurch erstatten, dass sie den Netzbetreibern die EEG-Strommengen wiederum gegen Zahlungen in Höhe der gesetzlichen Mindesteinspeisevergütung abnehmen. § 36 EEG verpflichtet die Übertragungsnetzbetreiber zum Ausgleich der unterschiedlichen finanziellen Belastung untereinander. Schließlich verpflichtet § 37 Abs. 1 EEG die Übertragungsnetzbetreiber zur Vermarktung der EEG-Strommengen an der Strombörse. Gemäß § 37 Abs. 2 EEG können sie von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Zahlung der Differenz zwischen Börsenerlösen und getätigten Ausgleichszahlungen verlangen. Hierzu wird aufgrund von Prognosen unter Berücksichtigung des vorjährigen Belastungsausgleichs eine EEG-Umlage festgesetzt, die alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen und – bei Wälzung auf die Letztverbraucher – faktisch auch alle Stromverbraucher gleichmäßig belastet.

Dieser bundesweite Ausgleichsmechanismus ermöglicht somit ein reines Durchlaufen von Zahlungen seitens der Elektrizitätsversorgungsunternehmen bzw. der Stromverbraucher hin zu den Anlagenbetreibern, ohne dass den Übertragungsnetzbetreibern oder den Verteilnetzbetreibern ein Entscheidungsspielraum bezüglich des konkreten Mitteleinsatzes eingeräumt wird. Einzig auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber erfolgt mehr als ein bloßes Mitteldurchlaufen: Wie beschrieben nehmen die Übertragungsnetzbetreiber eine zentrale Aufgabe im bundesweiten Ausgleichsmechanismus dadurch wahr, dass sie die entstandenen Förderkosten untereinander ausgleichen und bestehende Belastungsunterschiede gegebenenfalls bereinigen, wodurch eine regional gleichmäßige Belastungsstruktur erzielt wird. Zu diesem Zwecke führen die Übertragungsnetzbetreiber gemäß den Vorgaben der AusglMechV EEG-Konten, die diese Be-

³⁰³ Generalanwalt *Jacobs*, Schlussanträge v. 26.10.2000 - C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 54 - PreussenElektra AG.

³⁰⁴ *Salje*, § 34 Rn. 1.

rechnungen nachvollziehbar machen.³⁰⁵ Mit dieser Aufgabe zur Festlegung der EEG-Umlage auf Grundlage von Prognosen und EEG-Konten kommt den Übertragungsnetzbetreibern die größte Gestaltungsaufgabe im Rahmen des bundesweiten Ausgleichsmechanismus zu. Doch beschränkt sich diese Gestaltungsaufgabe wie gesehen auf einen rein prognosebasierten Berechnungsvorgang, ohne dass ihnen hierdurch ein besonderer Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum zukommt.

Das Stardust Marine-Urteil nennt als ein mögliches Indiz für eine staatliche Zurechenbarkeit unter anderem die Eingliederung des zur Zahlung verpflichteten Unternehmens in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung.³⁰⁶ Zwar schreibt das EnWG in § 13 den Übertragungsnetzbetreibern eine Systemverantwortung zu, die diese ermächtigt zur Abwendung von Gefahren oder Störungen für das Elektrizitätsversorgungssystem netzbezogene bzw. marktbezogene Maßnahmen zu ergreifen³⁰⁷, und auch das Regelungsgefüge des EEG und der AusglMechV verpflichten die Übertragungsnetzbetreiber zu bestimmten Tätigkeiten, die wie beispielsweise die Herstellung eines gleichmäßigen Belastungsausgleichs Aufgabenbereiche darstellen, die aufgrund ihrer öffentlichen Zielsetzung auch durch die öffentliche Verwaltung ausgeübt werden könnten. Jedoch begründen sich diese gesetzlichen Aufgabenzuweisungen aus der besonderen Expertise und Infrastruktur und dadurch bedingten inhaltlichen und strukturellen Eignung dieser Übertragungsnetzbetreiber. Sie können gerade nicht auf deren Eingliederung in die Strukturen öffentlicher Verwaltung zurückgeführt werden. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise eine klare Abgrenzung von der Kommissionsentscheidung zum dänischen Übertragungsnetzbetreiber Energinet vorzunehmen, der anders als deutsche Übertragungsnetzbetreiber auch als Verwaltungsbehörde agiert und dabei unter staatlicher Kontrolle steht.

In diesem Sinne enthält der bundesweite Ausgleichsmechanismus keinerlei Einfallstore für eine potentielle staatliche Einflussnahme auf die Erhebung, Berechnung und Weitergabe der EEG-Umlage. Selbst mittels eines mehrheitlich in öffentlichem Eigentum stehenden Unternehmens auf der Ebene der Übertragungs- und Verteilnetzbetreiber ist es dem Staat somit nicht möglich, in den bundesweiten Belastungsausgleich einzugreifen. Entsprechend können die in diesem Rahmen getätigten Zahlungen auch nicht als dem Staat zurechenbar angesehen werden. Der EEG-Ausgleichsmechanismus setzt weder eine Eingliederung der belasteten Unternehmen in die Strukturen der öffentlichen Verwaltung voraus, noch bestehen staatliche Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse in Hinblick auf den konkreten Mittelfluss. Letzteres gilt insbesondere auch im Falle einer mehrheitlichen Beteiligung des Staates an einem im EEG-Ausgleichsmechanismus beteiligten Unternehmen. Darüber hinaus ist die Pflicht zur Tötigung von Zahlungen entlang des EEG-Ausgleichsmechanismus nicht Bestandteil einer Dienstleistung von wirtschaftlichem Interesse, sondern allein Ergebnis einer gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Akteuren im System der Elektrizitätswirtschaft.

³⁰⁵ Vgl. <http://www.eeg-kwk.net/de/EEG-Konten-%C3%9Cbersicht.htm> (Stand: 26.6.2012).

³⁰⁶ *EuGH*, C-482/99, Slg. 2002 I-4397, Rn. 55 f. - Frankreich/Kommission („Stardust Marine“).

³⁰⁷ Vgl. § 13 Abs. 1 EnWG.

Selbst wenn der bundesweite Ausgleichsmechanismus Einfallstore für staatliche Einflussnahme auf den konkreten Mitteleinsatz eröffnete – was wie gesehen nicht der Fall ist –, wäre der Staat als mehrheitlicher Eigentümer eines vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens auch aufgrund der Entflechtungsvorschriften daran gehindert, seinen Einfluss auf den Betrieb des Übertragungsnetzes auszuüben.³⁰⁸ Betreiben vertikal integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen das Übertragungsnetz als unabhängige Übertragungsnetzbetreiber, müssen die in §§ 10-10e EnWG formulierten Anforderungen an die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetreibers eingehalten werden. Diese erfordern insbesondere, dass dem Übertragungsnetzbetreiber wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf den Netzbetrieb unabhängig von der Leitung sowie den anderen betrieblichen Einrichtungen des vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens verbleiben. Insofern stünde eine Einflussnahme des Staates über seine Eigentümerstellung auf die Entscheidungsbefugnisse auch hinsichtlich des Mitteleinsatzes im Widerspruch zu den Vorgaben der energiewirtschaftlichen Entflechtungsvorschriften.

Damit ist der EEG-Ausgleichsmechanismus derart ausgestaltet, dass der in dessen Rahmen getätigte Mitteleinsatz nicht als dem Staat zurechenbar angesehen werden kann. Dies gilt insbesondere auch für von mehrheitlich in öffentlichem Eigentum stehende Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, da der EEG-Ausgleichsmechanismus im Ergebnis einzig eine finanzielle Umverteilung zwecks Herstellung eines Belastungsausgleichs ermöglichen soll, ohne dass der Staat auf den konkreten Mitteleinsatz Kontroll- oder Entscheidungsbefugnisse ausüben kann.

VII. Zusammenfassung

Das vorstehende Rechtsgutachten ist der Frage nachgegangen, inwiefern Eigentumsveränderungen bei Netzbetreibern, Übertragungsnetzbetreibern und Elektrizitätsversorgungsunternehmen eine europarechtliche Neubewertung des EEG-Fördermechanismus erforderlich machen. Anlass des Gutachtens ist die Verstaatlichung des Energiekonzerns EnBW sowie ein allgemeiner Trend zur Rekommunalisierung in der deutschen Energiewirtschaft. Auf Grundlage der im Bereich der Mittelgewährung durch öffentliche Unternehmen erfolgten Entscheidungen des EuGH sowie der Europäischen Kommission lässt sich im Ergebnis festhalten, dass der EEG-Fördermechanismus unterschiedslos für private sowie öffentliche Unternehmen gilt und daher nicht auf den Einsatz öffentlicher Gelder abzielt. Auch ermöglicht der EEG-Ausgleichsmechanismus lediglich ein reines Mitteldurchlaufen zwecks Herstellung eines bundesweiten Belastungsausgleichs, ohne dabei Einfallstore für staatliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich des konkreten durch öffentliche Unternehmen getätigten Mitteleinsatzes zu eröffnen. Auch insbesondere weil der EEG-Fördermechanismus die verpflichteten Unternehmen nicht in die Strukturen der Verwaltung eingliedert, ist eine Zurechnung des konkreten Mitteleinsatzes zum Staat im Ergebnis nicht möglich. Insofern erscheint der EEG-Fördermechanismus weitestgehend immun gegen Eigentumsveränderungen hin zu mehr öffentlicher Beteiligung in der deutschen Energiewirtschaft.

³⁰⁸ Vgl. hierzu oben III.5.

Literatur

- Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald* (Hrsg.), *Christian*, Erneuerbare-Energien-Gesetz Kommentar, 3. Auflage, München, 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Altrock/Oschmann/Theobald).
- Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald, Christian* (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Gesetz Kommentar, 2. Auflage, München, 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2. Auflage 2008).
- Altrock, Martin/Schmeding, Thomas*, Die Regelungen der GasNZV und GasNEV für die Einspeisung von Biogas, in: Loibl, Helmut/Maslaton, Martin/von Bredow, Hartwig/Walter, René (Hrsg.), Biogasanlagen im EEG, Berlin, 2009, S. 355 ff.
- Apfelstedt, Gert*, Stromeinspeisung auf dem europarechtlichen Prüfstand, ZNER 2000, S. 200 ff.
- Bartosch, Andreas*, EU-Beihilfenrecht, München, 2009.
- Basse, Ellen Margrethe*, Miljøretten 6, Kopenhagen, 2008.
- Bleckmann, Albert*, Probleme der Auslegung von EWG-Richtlinien, RIW 1987, S. 929 ff.
- BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG (Besondere Ausgleichsregelung) für das Jahr 2012, Berlin, 2012.
- BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, Berlin, 2012.
- BMU*, Auslegungshilfe zu § 27c Absatz 1 Nummer 2 EEG 2012, Hinweis Nr. 1/2012, Berlin, 2012.
- BMU*, Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (Entwurf), Berlin, 2011.
- BMU*, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG (Besondere Ausgleichsregelung) für das Jahr 2011 einschl. erster Ausblick auf 2012, Berlin, 2011.
- BMU*, Gasnetze der Zukunft, Berlin, 2011.
- BMU*, EEG-Erfahrungsbericht, Berlin, 2011.
- BMU*, Biomasse und Umwelt - ein Überblick, Berlin, 2008.
- Buchmann, Felix*, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, Baden-Baden, 2009.
- Bundesnetzagentur*, Biogas-Monitoringbericht, Bonn, 2011.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage, München, 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert).
- Cremer, Wolfram*, Die Neuordnung des Sekundärrechts zur Förderung Erneuerbarer Energien: Entwicklungen in Europa und Konsequenzen für das Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze-Fielitz, Helmut/Müller, Thorsten (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, Baden-Baden, 2009, S. 121 ff.
- Cremer, Wolfram*, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht – Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1.7.2007 gemeinschaftswidrig?, EuZW 2007, S. 591 ff.
- Danner, Andel*, Quersubventionierung öffentlicher Unternehmen zur Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge, Baden-Baden, 2006.
- Deutsche Energie-Agentur*, Eckpunktepapier "Dokumentationssystem für Biomethaneigenschaften (Biomethanregister)", 2009.

Ehlers, Dirk, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin, 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ehlers).

Ekardt, Felix/Heitmann, Christian, Probleme des EEWärmeG bei Neubauten, ZNER 2009, S. 346 ff.

Ekardt, Felix/Heitmann, Christian, Die Förderung von Biomasse-Wärme und die Auflösung der Biomasse-Ambivalenzen, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Müller, Thorsten (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, Baden-Baden, 2010, S. 139 ff.

Ekardt, Felix/Schmeichel, Andrea/Heering, Mareike, Europäische und nationale Regulierung der Bioenergie und ihrer ökologisch-sozialen Ambivalenzen, NuR 2009, S. 222 ff.

Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine, Umweltrecht, 4. Auflage, Baden-Baden, 2012.

Erk, Claudia, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, Baden-Baden, 2008.

Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe, Einspeisung von Biogas in das Erdgasnetz, 2006.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht Band 1: Europäische Grundfreiheiten, Berlin, 2004.

Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen (Hrsg.), EEG, 2. Auflage, Berlin, 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Frenz/Müggenborg).

Fricke, Hanns-Christian, Die Privilegierung der stromintensiv arbeitenden Industrie, RdE 2010, S. 83 ff.

Funke, Peter, Ein neuer Markt entsteht - Biogashandel auf Basis des dena-Biogasregisters, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 3 (2011), S. 79 ff.

Geiger, Rudolf/Kotzur, Markus/Khan, Daniel-Erasmus, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Kommentar, 5. Auflage, München, 2011.

Gottwald, Thorsten/G'Giorgis, Tatjana, Europäisches Biogas als Eckpfeiler autarker und ökologischer Energieversorgung, in: Dratwa Frederike/Ebers, Malko/Pohl, Anna/Spiegel, Björn/Strauch, Gunnar, Energiewirtschaft in Europa, Berlin, 2009, S. 23 ff.

Graßmann, Nils, Die Einspeisung von Biogas und die EEG-Vergütung bei Gasäquivalentnutzung nach § 27 Abs. 2 EEG, in: Loibl, Helmut/Maslaton, Martin/von Bredow, Hartwig/Walter, René, Biogasanlagen im EEG, Berlin, 2009, S. 323 ff.

Graßmann, Nils/Maqua, Norbert, Modelle der Gasäquivalentnutzung - Handel mit Biogas-Zertifikaten oder Transport von Biogas im Erdgasnetz ?, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 11 (2007), S. 100 ff.

Heidenhain, Martin, Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München, 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidenhain).

Hobe, Stephan, Europarecht, 5. Auflage, Köln, 2010.

Jörissen, Juliane, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, Köln, 1997.

Kahle, Christian, Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit, Baden-Baden, 2009.

Kappel, Karl-Ernst, Energiewirtschaftliche Rahmenbedingungen für Städte und Gemeinden in Baden-Württemberg im Wandel, ZNER 2011, S. 482 ff.

Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, Das PreussenElektra-Urteil des EUGH: Freibrief für Abnahme- und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, NVwZ 2001, S. 768 ff.

Longo, Fabio, Strategische Fragen der Biogasnutzung, ZNER 2007, S. 155 ff.

- Lübbig, Thomas/Martin-Ehlers, Andrés*, EU-Beihilfenrecht, München, 2003.
- Monopolkommission*, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklungen mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59.
- Müller, Dominik*, Mehr Effizienz, weniger Boni - die Förderung von Strom aus Biomasse nach dem EEG 2012, ZUR 2012, S. 22 ff.
- Müller, Thorsten/Bitsch, Christian*, Grünstromzertifikate im EG-Binnenmarkt, ZNER 2008, S. 197 ff.
- Müller, Thorsten/Oschmann, Volker/Wustlich, Guido*, Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz Kommentar, München, 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Müller/Oschmann/Wustlich).
- Nagel, Bernd*, EU-Gemeinschaftsrecht und nationales Gestaltungsrecht - Entspricht das EEG den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts?, ZNER 2000, S. 3 ff.
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin*, Europarecht, 5. Auflage, München, 2011.
- Oschmann, Volker*, Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 263 ff.
- Oschmann, Volker/Thorbecke, Jan*, Erneuerbare Energien und die Förderung stromintensiver Unternehmen - Das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, ZNER 2006, S. 304 ff.
- Reshöft, Jan*, Verfassungs- und Europarechtskonformität des EEG, Norderstedt, 2003.
- Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Klimaschutz durch Biomasse, Berlin, 2007.
- Salje, Peter*, EEG 2012 Kommentar, 6. Auflage, Köln, 2012.
- Schiffer, Hans-Wilhelm*, Energiemarkt Deutschland, 11. Auflage, Köln, 2010.
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan* (Hrsg.), Europarecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach).
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden, 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwarze).
- Seidel, Martin*, Die Elektrizitätswirtschaft im System des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden, 1988.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), AEUV/EUV, 2. Auflage, München, 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Streinz).
- Thrän, Daniela*, Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichts 2011 gemäß § 65 EEG – Vorhaben IIa, Leipzig, 2011.
- Thrän, Daniela/Richarz, Vanessa*, Potenziale, CO₂-Bilanzen und Anwendungsbeispiele – Wie können und sollten wir Biomasse sinnvoll nutzen?, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Müller, Thorsten (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, Baden-Baden, 2010, S. 9 ff.
- Vollprecht, Jens/Kahl, Hartmut*, „Grüne Verwandlung“ – Der Gasabtausch i.S.d. § 27 Abs. 2 EEG, ZNER 2011, S. 254 ff.
- Wagner, Matthias*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Berlin, 2001.
- Wiesendahl, Stefan*, Technische Normung in der Europäischen Union, Berlin, 2007.
- Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, Berlin, 2008.
- Wustlich, Guido*, „Erneuerbare Wärme“ im Klimaschutzrecht, ZUR 2008, S. 113 ff.

Wustlich, Guido/Müller, Dominik, Die Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien im EEG 2012, ZNER 2011, S. 380 ff.