



Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit eines Direktvermarktungsmodells gemäß der Verordnungsermächtigung in § 95 Abs. 6 EEG 2014 mit dem Europarecht

Erstattet im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Executive Summary

Sachverhalt

Das vorliegende Gutachten befasst sich mit der Frage, ob ein auf der Verordnungsermächtigung in § 95 Nr. 6 EEG 2014 beruhendes etwaiges Direktvermarktungsmodell für Strom aus erneuerbaren Energien (EE-Strom) mit dem Recht der Europäischen Union, insbesondere mit den Binnenmarktvorschriften und dem EU-Beihilfenrecht, vereinbar ist. Prüfungsgegenstand des Gutachtens sind

- das von der Firma Clean Energy Sourcing AG et. al. vorgelegte Grünstrommarktmodell (im Folgenden: **GMM**) und
- das vom Verband Kommunaler Unternehmen e.V. (**VKU**) vorgeschlagene Direktvermarktungsmodell (im Folgenden: **VKU-Modell**).

Im Unterschied zum GMM, das ein alternatives, vom EEG-Fördermechanismus losgekoppeltes Modell der Förderung von EE-Strom über die Direktvermarktung schafft, soll das VKU-Modell in das Fördersystem des EEG eingegliedert sein. Für die Beurteilung aus europarechtlicher Sicht ist der wesentlichste Unterschied zwischen den beiden Direktvermarktungsmodellen der Umstand, dass bei einer Direktvermarktung über das GMM die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) von der Entrichtung der EEG-Umlage befreit sind, während beim VKU-Modell eine Befreiung von der EEG-Umlage gerade nicht stattfindet. Entscheidet sich nämlich ein EVU für den direkten Erwerb von EE-Strom im Rahmen des GMM, muss es sicherstellen, dass es mindestens so viel EE-Strom erwirbt, wie es dem Anteil des EEG-geförderten Stroms am nicht privilegierten Letztverbrauch Deutschlands entspricht (im Jahr 2014 ca. 44%). Ansonsten entfällt die EEG-Umlagebefreiung für die gesamten Stromlieferungen an seine Letztverbraucher.

Auf der anderen Seite sieht das VKU-Modell die Einführung spezieller nicht übertragbarer und nicht handelbarer Herkunftsnachweise (**EEG-HKN**) vor, die wiederum das GMM nicht kennt. Diese EEG-HKN werden den EVU kostenlos entsprechend der Höhe ihrer EEG-Umlagezahlung überlassen. Das GMM sieht lediglich die Ausgabe von „herkömmlichen“ Herkunftsnachweisen nach § 79 Abs. 1 EEG vor. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Modellen ist, dass die i.R.d GMM vorgesehene Befreiung von der EEG-Umlage nur inländischen EE-Stromerzeugern und EVU zugänglich ist, während die nach dem VKU-Modell vorgesehenen EEG-HKN inländischen wie ausländischen EVU in Höhe der Zahlung der EEG-Umlage gleichermaßen erteilt werden.

Gesamtkontext

Seit 1995 verfolgt die Europäische Kommission (**Kommission**) und ihr folgend der Gemeinschafts- (jetzt Unions-) Gesetzgeber das Ziel eines Binnenmarktes für Strom (und Erdgas). Für diesen Zweck hat der EU-Gesetzgeber eine Vielzahl von Harmonisierungsmaßnahmen und politischen Initiativen verabschiedet, deren wesentliches Ziel die Schaffung einheitlicher Marktverhältnisse für die Erzeugung und den Handel mit elektrischem Strom ist. Auch im Bereich der erneuerbaren Energien hat die EU-Kommission in den letzten Jahren auf eine immer stärkere Angleichung der nationalen Förderregelungen gesetzt, insbesondere durch die Erneuerbaren Energien-Richtlinie 2009/28 EG (**EE-RL**) und zuletzt durch die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (**EEAG**), die insbesondere auf eine stärkere Marktintegration durch die Einführung der Marktprämie und einen schrittweisen Umstieg auf Ausschreibungssysteme in allen Mitgliedstaaten setzen.

Dennoch enthält die EE-RL eine ausdrückliche rechtliche Anerkennung nationaler Fördersysteme und stellt deren Öffnung für im Ausland erzeugten Strom in die freiwillige Entscheidung der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 3 Abs. 3 und Art. 5–11). Dies erfolgt, um die Wirksamkeit der Fördersysteme nicht zu gefährden (vgl. insbesondere Erwägungsgründe 25 ff.). Um eine schrittweise, freiwillige Öffnung der Fördersysteme zu fördern, wurden die Kooperationsmechanismen eingeführt (Art. 5–11), die bislang jedoch noch in einem geringen Umfang genutzt wurden.

Aus verschiedenen politischen Initiativen ist erkennbar, dass die Kommission eine stärkere grenzübergreifende Öffnung der nationalen Fördersysteme für erneuerbare Energien anstrebt, wie sich vor allem aus der Energieunionsmitteilung aus dem Jahr 2015 ergibt.

Einzelne Dienststellen innerhalb der Kommission, aber auch Hinweise in der Rechtsprechung des EuGH gehen noch weiter, wie vor allem die deutlich kritischere Haltung einzelner Generalanwälte in den vor dem Gerichtshof zu dieser Frage verhandelten Rechtssachen zeigt. Dies führte sogar dazu, dass in der Rs. *Ålands Vindkraft* der für dieses Verfahren bestellte Generalanwalt die Primärrechtswidrigkeit der EE-RL in dieser Frage annahm. Die Frage der Vereinbarkeit eines möglichen Direktvermarktungsmodells mit dem EU-Recht kann somit nicht – weder gegenwärtig noch zukünftig – mit letzter Sicherheit beantwortet werden.

Voraussichtliche derzeitige Vereinbarkeit der beiden Direktvermarktungsmodelle mit der Warenverkehrsfreiheit

Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts und der in diesem Zusammenhang ergangenen Judikatur des Gerichtshofs insbesondere in der Rs. *Ålands* aus dem Jahre 2014 wären voraussichtlich beide vorgeschlagenen Modelle mit dem Unionsrecht des freien Warenverkehrs vereinbar:

- Der unionsrechtliche Begriff der „Ware“ ist auf das Produkt EE-Strom, mit hoher Sicherheit aber auch auf das Akzessorium der „herkömmlichen“ Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 EEG und auf die EEG-HKN anwendbar.
- Zumindest das GMM ist als diskriminierende Beschränkung des freien Warenverkehrs in der Tatbestandsgruppe „Maßnahme mit gleicher Wirkung“ i.S.v. Art. 34 AEUV anzusehen, weil nur Inländern, nicht jedoch Ausländern (außerhalb des § 2 Abs. 6 EEG) die Befreiung von der EEG-Umlage zu Gute kommt. Auch hinsichtlich des VKU-Modell ist es wahrscheinlich, dass der EuGH dieses als (unterschiedslos anwendbare) Beschränkung des freien Warenverkehrs einordnen würde, weil mit der Förderung der Vermarktbarkeit (nur) deutschen EE-Stroms ein Handelshemmnis aufgebaut wird.
- Insbesondere ist hier zu berücksichtigen, dass das GMM nicht wie das EEG 2014 in seiner bisherigen Fassung auf die Förderung der Erzeugung, sondern erstmals auf die Förderung eines an sich auch grenzüberschreitend handelbaren Produktes ausgerichtet ist. Es fände ein „Paradigmenwechsel“ statt, der womöglich dazu führen könnte, dass der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit und damit die Prüfständigkeit der Kommission überhaupt erst eröffnet, zumindest jedoch der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit intensiviert wird und damit schwieriger zu rechtfertigen sein dürfte. Denn das GMM enthält Elemente, die an ein Quotenmodell erinnern. Auch das VKU-Modell unterstützt – wenn auch in geringerem Ausmaß die Entwicklung von einer Förderung der Produktion hin zur Förderung eines handelbaren Produkts insoweit, als dass es mit der Schaffung von EEG-HKN ein zusätzliches Mittel zur Vermarktung der inländischen „Ware EE-Strom“ einführen will.

- Es ist zwar durchaus als überwiegend wahrscheinlich anzusehen, dass der Gerichtshof auf der Grundlage der bisherigen EU-Rechtslage in Fortführung seiner *Ålands*-Rechtsprechung die beiden vorgeschlagenen Modelle aus Umweltschutzaspekten und im Lichte der gegenwärtigen Fassung der EE-RL als gerechtfertigt ansehen würde. Gesichert ist dies jedoch nicht. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass sich die vom Gerichtshof vorliegenden Urteile auf Förderungssysteme, aber streng genommen nicht auf die Förderung von gegenüber dem Endverbraucher handelbaren Grünstromprodukten beziehen, wodurch sich ein intensiverer Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit ergeben könnte, der angesichts der manifesten Meinungsverschiedenheiten zwischen einzelnen Generalanwälten und dem Gerichtshof immerhin möglicherweise zu einer anderen Bewertung durch den Gerichtshof führen könnte.
- In jedem Fall beruht die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs auf dem „bisherigen Stand“ der EE-RL, die nationale Förderregelungen ausdrücklich schützen will. Mit jeder „Lockerung“ dieser Rechtsposition, etwa im Rahmen einer von der Kommission initiierten Revision der EE-RL wäre nicht mehr gesichert, dass der Gerichtshof seine *Ålands*-Rechtsprechung auch im Angesicht dieser Neuregelung fortführen würde.

Vereinbarkeit des GMM mit Art. 30 und 110 AEUV zweifelhaft

Das GMM, wohl jedoch nicht das VKU-Modell, stellt aus folgenden Gründen mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV dar:

- Im Eröffnungsbeschluss gegen das EEG 2012 sah die Kommission den damaligen § 39 EEG 2012, das sog. Grünstromprivileg, als diskriminierende Abgabe i. S. d. Art. 110 AEUV an, weil der dadurch verringerte Satz der EEG-Umlage nur inländischen Erzeugern von EE-Strom zu Gute kam.
- Wendet man diesen Maßstab bei den hier zu prüfenden Direktvermarktungsmodellen an, so kommt man zu dem Ergebnis, dass das VKU-Modell wohl keinen Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV beinhaltet, weil mit ihm eine Reduktion oder Nichtzahlung der EEG-Umlage nicht verbunden ist. Insbesondere kann keine Diskriminierung darin gesehen werden, dass ausländische EVU, soweit sie EEG-Strom in ihr Portfolio mit aufnehmen, diskriminiert werden, weil sie dafür bei Zahlung der EEG-Umlage nach dem Konzept des VKU für den EEG-umlagepflichtigen Erwerb von EE-Strom ebenfalls EEG-HKN erhalten.
- Folgt man der o.g. Logik der Kommission, so stellt das GMM jedoch mit großer Wahrscheinlichkeit einen Verstoß gegen Art. 30 AEUV dar, weil inländische EVU bei der Wahl des GMM komplett von der Zahlung der EEG-Umlage befreit sind. Wurde der EE-Strom hingegen im Ausland erzeugt und an ein deutsches EVU verkauft, muss dieses EEG-Umlage abführen. Damit ist die EEG-Umlage als diskriminierende Abgabe zu qualifizieren: Eine Abgabe ist eine einseitig auferlegte Belastung, die dadurch, dass sie speziell die aus einem Mitgliedstaat eingeführten Waren, nicht aber gleichartige einheimische Waren trifft, jene Waren verteuert und damit die gleiche Auswirkung auf den freien Warenverkehr hat wie ein Zoll.
- An der diskriminierenden Wirkung der Abgabe kann auch die Regelung in § 2 Abs. 6 EEG, die eine zukünftige Öffnung der EEG-Ausschreibungen auch für Ausländer vorsieht, nichts ändern. Alle anderen ausländischen EE-Stromerzeuger, die über der 5%-Quote liegen, sind nämlich weiterhin vom GMM und der Befreiung von der EEG-Umlage ausgeschlossen.
- Da es sich bei Art. 30 und 110 AEUV um Diskriminierungsverbote handelt, sind Verstöße gegen diese Vorschriften eigentlich nicht rechtfertigungsfähig. Auch im Rahmen der Prüfung des Art. 30 und 110 sind Umweltschutzaspekte in der Vergangenheit durch den EuGH jedoch nicht unberücksichtigt geblieben, sondern können – wie das EuGH-Urteil *Outokumpu* zeigt – „quasi rechtfertigende“ Wirkung haben. Selbst die Kommission hat in ihrer Entscheidung zum EEG 2014 die gegenwärtige Öffnung des EEG in § 2 Abs. 6 EEG zugunsten von in anderen Mitgliedstaaten produziertem EE-Strom im Lichte des Art. 30 und 110 unter Bezugnahme auf die EE-RL als ausreichend gewürdigt, obwohl das EEG-Umlagesystem nach ihrer Auffassung Ausländer eigentlich diskriminiert.
- Nichtsdestotrotz wäre eine Rechtfertigung aus Umweltschutzaspekten i. R. d. Art. 30 und 110 AEUV gegenwärtig Rechtsfortbildung und damit höchst unsicher. Zuletzt wird die Kommission zukünftig alles tun, um Vorschriften in der EE-RL, die eine Abschottung der nationalen EE-Stromfördersysteme zur Folge haben, abzuschaffen. Sollte sie damit Erfolg haben, ist die i. R. d. GMM erfolgende Diskriminierung ausländischen Grünstroms umso weniger zu rechtfertigen.

Voraussichtliche Vereinbarkeit beider Modelle mit dem EU-Beihilfenrecht

Die Kommission würde das GMM, womöglich auch das VKU-Modell voraussichtlich als Beihilfe einordnen. Beide Modelle wären jedoch nach der im Gutachten vertretenen Ansicht einer Rechtfertigung als Betriebsbeihilfe im Rahmen der Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien 2014 (EEAG) zugänglich:

- Obwohl hörensweite Argumente gegen die Staatlichkeit der Mittel sprechen, würde die Kommission die Befreiung von der EEG-Umlage und die Ausgabe „herkömmlicher“ Herkunftsnachweise i. R. d. GMM voraussichtlich als staatliche Begünstigung der EE-Stromerzeuger, als die materiellen Profiteure des GMM einstufen. Das gleiche gilt für die durch die Ausgabe der EEG-HKN bewirkte indirekte staatliche Begünstigung der EE-Stromerzeuger.
- Auch wenn aus Sicht der Autoren einiges dafür spricht, dass mit der Begünstigung der EE-Stromerzeuger weder beim GMM, noch beim VKU-Modell ein Nachteil für den Staatshaushalt korreliert – ein vom EuGH i. R. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV gefordertes Tatbestandsmerkmal – so ist es als wahrscheinlich anzusehen, dass die Kommission dies – wie in den Klagen zum EEG 2012 – anders sieht und dennoch davon ausgehen wird, dass bei den Direktvermarktungsmodellen der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist.
- Die Befreiung von der EEG-Umlage i. R. d. GMM ist jedoch aller Voraussicht nach gemäß Kapitel 3.3.2 der EEAG als Betriebsbeihilfen gerechtfertigt. Das Gleiche gilt für die Ausstellung „herkömmlicher“ Herkunftsnachweise i. R. d. GMM, die wegen ihrer Übertragbarkeit als selbständige Förderinstrumente eingestuft werden. Ihre Zulässigkeit ist am Abschnitt 3.3.2.4 der EEAG zu messen. Letzteres gilt gleichermaßen für die i. R. d. VKU-Modells ausgegebenen EEG-HKN.
- In jedem Fall würde die Bundesregierung den sichersten Weg bestreiten, wenn sie die Frage der Tatbestandsmäßigkeit eines der Modelle nach Maßgabe von Art. 107 Abs. 1 AEUV und deren Genehmigungsfähigkeit anhand der EEAG mit der Kommission vorab erörtern würde und das jeweilige Direktvermarktungsmodell bei Einführung notifizieren würde. Notifiziert die Bundesregierung die Einführung eines Direktvermarktungsmodells nämlich nicht und gelangt die Kommission nach Einführung zu der Auffassung, dass dieses gegen EU-Beihilfenrecht verstößt, so kann diese unverzüglich ein Beihilfeprüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnen. Bei Verstößen gegen andere Binnenmarktvorschriften kann sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.
- Mit einer Anmeldung als sog. „Nicht-Beihilfe“ begibt sich die Bundesregierung auch keinesfalls ihrer Position, dass das Direktvermarktungsmodell keine Beihilfe darstellt. Eine beihilferechtliche Genehmigung könnte die Kommission jedoch dann nicht aussprechen, wenn das gewählte Marktmodell zwar mit dem EU-Beihilfenrecht, nicht jedoch mit in anderen Vorschriften des AEUV wurzelnden Regeln vereinbar ist (Einheitlichkeit der Rechtsordnung).

Verhältnis zu den Klagen der Bundesregierung betreffend die Kommissionsbeschlüsse zum EEG 2012

Abschließend sei angemerkt, dass das vorliegende Gutachten sich vielfach mit Rechtsfragen, die bereits im Rahmen der Nichtigkeitsklagen vor dem EuG bezüglich des Beihilfeverfahrens der Kommission gegen das EEG thematisiert worden sind, befasst.¹ Die von der Bundesregierung in diesen Klageverfahren vertretenen Rechtsauffassungen behält diese selbstverständlich aufrecht. Das vorliegende Rechtsgutachten beruht demgegenüber auf der vorsorglichen Annahme, dass die Kommission, jedenfalls während der Anhängigkeit des laufenden Klageverfahrens, weiterhin gegenüber der Bundesrepublik Deutschland ihre Rechtsauffassung zur Auslegung der binnenmarktrechtlichen Vorschriften des AEUV vertreten wird.

1 Nichtigkeitsklagen der Bundesregierung gegen den Beschluss der Europäischen Kommission zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens betreffend das EEG 2012 (Eröffnungsbeschluss; Rs. T-134/14) sowie gegen die verfahrensabschließende Entscheidung der Kommission in diesem Verfahren (Rs. T-47/15).

Inhalt

I. Problemaufriss und Prüfungsauftrag	7
II. Sachverhalt: Vorstellung der in der Diskussion befindlichen Direktvermarktungsmodelle	7
A. Das Grünstrommarktmodell von Clean Energy Sourcing et al.	8
B. VKU-Modell.....	11
C. Gemeinsame Charakteristika und Unterschiede der beiden Direktvermarktungsmodelle.....	12
III. Gutachten	14
A. Verhältnis des Gutachtens zu der Rechtsposition der Bundesregierung in den Nichtigkeitsklagen Der Rs. T-134/14 und T-47/15 vor dem Gericht der Europäischen Union (EUG).....	14
B. Der Kontext: Erneuerbare Energien im Europäischen Binnenmarkt.....	14
C. Prüfung der Modelle anhand der Warenverkehrsfreiheit.....	16
1. Ist der Tatbestand des Art. 34 AEUV eröffnet?.....	16
a. Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit: Europarechtlicher Begriff der „Ware“ und Anwendungsbereich der Art. 34 Ff. AEUV.....	16
b. Beschränkung des freien Warenverkehrs?.....	18
c. Anwendung auf das GMM.....	19
d. Anwendung auf das VKU-Modell.....	20
2. Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	21
a. Rechtfertigung aus Umweltschutzgesichtspunkten und den Wertungen der EE-RI.....	21
b. Risiken der Rechtfertigung durch Umweltschutzaspekte.....	24
c. Von der Förderung der Erzeugung hin zur Förderung der „Ware EE-Strom“.....	24
d. „Regionalität“ als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund?.....	26
3. Fazit und Zusammenfassung.....	28
D. Sind die vorgeschlagenen Direktvermarktungsmodelle mit Art. 30, 110 AEUV vereinbar?.....	28
1. Lediglich Prüfung des GMM am Maßstab der Art. 30 und 110 AEUV.....	28
a. Anwendung auf das GMM.....	28
b. Anwendung auf das VKU-Modell.....	29
2. Tatbestandsmerkmale des Art. 30 AEUV.....	29
a. Prüfungsmaßstab.....	29
b. Art 30 oder 110 AEUV?.....	30
c. Vorliegen einer Abgabe (zoll-)gleicher Wirkung.....	30
d. Stoffgleichheit.....	30
3. Übertragbarkeit von Rechtfertigungsgründen auf Verstöße gegen Art. 30, 110 AEUV (Umweltschutz, Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2009/28/EG).....	31
4. Ergebnis.....	31

E. Vereinbarkeit mit EU-Beihilferecht	32
1. Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV	32
2. Anwendung der Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf das GMM	33
a. Begünstigung	33
b. Vorliegen staatlicher Mittel	34
c. Keine Belastung des Staatshaushaltes	35
d. Ergebnis	36
3. Anwendung des Tatbestandes des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf das VKU-Modell	36
a. Begünstigung	36
b. Staatliche Kontrolle	36
c. Belastung des Staatshaushalts	37
d. Ergebnis	37
4. Rechtfertigungsmöglichkeiten nach den Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien	37
a. Anwendung der EEAG auf das GMM	38
b. Anwendung der EEAG auf das VKU-Modell	40
5. Vergleich und Ergebnis	40
6. Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV?	41
F. Prüfung der Direktvermarktungsmodelle am Maßstab der Erneuerbaren Energien Richtlinie	42
1. Generelle Zulässigkeit eines Direktvermarktungsmodells im Lichte der EE-RL	42
2. Vereinbarkeit der Ausstellung der Herkunftsnachweise mit Art. 15 der EE- RL	42
a. Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014	42
b. Vereinbarkeit der EEG-HKN mit Art. 15 der EE-RL	43
G. Fazit und Ergebnis	43

I. Problemaufriss und Prüfungsauftrag

Wir sind vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (**BMWi**) mit der Prüfung der Frage beauftragt worden, ob ein auf der Verordnungsermächtigung in § 95 Nr. 6 EEG 2014 beruhendes etwaiges Direktvermarktungsmodell für Strom aus erneuerbaren Energien (**EE-Strom**) mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar ist. Dabei geht es innerhalb dieses Gutachtens insbesondere um die Einschätzung, ob bei Erlass einer Verordnung für ein solches Grünstrommodell das Risiko eines Verstoßes gegen Europarecht erhöht wird oder nicht. Das Gutachten ist nur für das BMWi bestimmt, nicht für die Entscheidungsfindung dritter Parteien.

Prüfungsgegenstand des Gutachtens sind die folgenden beiden Direktvermarktungsmodelle:

- das von der Firma Clean Energy Sourcing AG und anderen Unternehmen vorgelegte Grünstrommarktmodell (im Folgenden: **GMM**);
- das vom Verband Kommunaler Unternehmen e.V. (**VKU**) kürzlich vorgeschlagene Direktvermarktungsmodell (im Folgenden: **VKU-Modell**).

Beide Modelle werden im Folgenden näher erläutert und am Maßstab folgender europarechtlicher Vorschriften geprüft:

- Art. 34 und 36 AEUV (Freier Warenverkehr)
- Art. 30 und 110 AEUV (EU-Abgabenrecht)
- Art. 107 und 108 AEUV (EU-Beihilferecht).
- Richtlinie 2009/28/EG (Erneuerbare-Energien-Richtlinie; **EE-RL**²)

Ebenfalls erörtert wird, ob sich die Bundesregierung durch die Einführung eines der vorgeschlagenen Direktvermarktungsmodelle zu ihrer Position hinsichtlich der Bewertung des EEG insgesamt unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten in Widerspruch setzen könnte.

II. Sachverhalt: Vorstellung der in der Diskussion befindlichen Direktvermarktungsmodelle

Mit der EEG-Novelle 2014 wurde das sog. Grünstromprivileg in § 39 EEG 2012 u. a. wegen europarechtlicher Bedenken abgeschafft. Zwar bewirkte das Grünstromprivileg keine geförderte Direktvermarktung von EE-Strom, denn der Anlagenbetreiber selbst erhielt keine Förderung aus dem EEG-Mechanismus. Vielmehr konnten die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (**EVU**) von einem reduzierten Satz der EEG-Umlage profitieren, wenn die Voraussetzungen des Grünstromprivilegs erfüllt waren, sodass die EE-Stromerzeuger nur mittelbar davon bevorteilt wurden.

Die Fördermechanismen, die den vorgeschlagenen Modellen zugrunde liegen, sind jedoch vergleichbar. Es wird die Möglichkeit einer Direktvermarktung von EE-Strom geschaffen, in der die grüne Eigenschaft des Stroms gegenüber dem Endkunden separat ausgewiesen und den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energiequellen (**EE-Stromerzeuger**) zugleich eine (direkte oder indirekte) Förderung durch das EEG gewährt wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob dieselben europarechtlichen Bedenken wie seinerzeit beim Grünstromprivileg fortbestehen.

Eine finanzielle Förderung der Produktion von EE-Strom ist in Deutschland zur Zeit lediglich durch die Marktprämie oder die feste Einspeisevergütung über den im EEG 2014 vorgesehenen und mit der EEG-Umlage finanzierten Fördermechanismus vorgesehen. Dabei wird der in Deutschland erzeugte und über das EEG 2014 finanziell geförderte EE-Strom ebenso wie der in herkömmlichen Kraftwerken erzeugte Strom in der Regel von Direktvermarktern über

2 Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. 2009, Nr. L140/16.

die Strombörse an EVU verkauft. Es findet dort eine Vermischung beider Stromarten statt. An der Börse wird der so verkaufte EE-Strom somit zu sog. Graustrom. Die grüne Eigenschaft des EEG-geförderten EE-Stroms wird über den EEG-Wälzungsmechanismus als Gegenleistung für die Zahlung der EEG-Umlage an die EVU und dann an die Endverbraucher weitergegeben. Dies geschieht gegenwärtig jedoch lediglich im Rahmen der Stromkennzeichnung als „Erneuerbare Energien, gefördert nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz“ (§ 78 Abs. 1 EEG 2014). Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 für den nach dem EEG durch die Marktprämie oder die feste Einspeisevergütung geförderten Strom (**EEG-Strom**) können zur Zeit hingegen nicht ausgestellt werden.

Zwar sieht das EEG auch gegenwärtig eine Direktvermarktungsform für EE-Strom vor, bei der nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 auch Herkunftsnachweise ausgestellt werden können (sog. **Grünstrom**; siehe § 20 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014). Dafür sind nach dem EEG jedoch momentan keinerlei finanzielle Fördermaßnahmen vorgesehen.³ Herkunftsnachweise sind nämlich für sich gesehen im Grunde keine Fördermaßnahme, da sie nach Maßgabe des Art. 15 der EE-RL ausschließlich der Stromkennzeichnung dienen und streng von Zertifikaten im Rahmen von Fördermechanismen zu trennen sind (vgl. auch die Definition in Art. 2 Buchst. j der EE-RL sowie Erwägungsgrund 52).

Die beiden im Folgenden näher dargestellten Direktvermarktungsmodelle beschäftigen sich daher beide mit der Einführung einer Regelung, die eine geförderte Vermarktung von EE-Strom unter Ausstellung von Herkunftsnachweisen zum Gegenstand hat.

A. Das Grünstrommarktmodell von Clean Energy Sourcing et al.

Das von der Clean Energy Sourcing AG und verschiedenen anderen Unternehmen aus der erneuerbaren Energien Branche vorgestellte Grünstrommarktmodell (**GMM**) sieht eine Form der (indirekt) geförderten Direktvermarktung von EE-Strom vor, die eine Alternative zu der geförderten Direktvermarktung in der Marktprämie bzw. der Einspeisevergütung bilden soll. Das Modell setzt auf der sonstigen Direktvermarktung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 auf. Der Strom wird von den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien (**EE-Stromerzeuger**) nicht mehr – unter Verlust der „grünen Eigenschaft“ gegen Erhalt der Marktprämie – an Direktvermarktungsunternehmer geliefert, die diesen Strom dann in der Regel an der Strombörse verkaufen. Der Strom wird von den EE-Stromerzeugern (ggf. über einen Direktvermarkter) vielmehr direkt an die EVU und von dort an den Endverbraucher geliefert.

Befreiung von der EEG-Umlage

Der Kaufpreis für den EE-Strom wird zwischen den EE-Stromerzeugern und dem abnehmenden EVU direkt ausgehandelt. Der Preis bildet sich im Grundsatz nach Angebot und Nachfrage und unterliegt keinerlei staatlicher Festsetzung. Weil das GMM ein alternatives Vermarktungsmodell darstellt, das vom EEG-Fördermechanismus losgekoppelt ist, verlangt dieses, dass der EE-Stromerzeuger – sollte er sich für das GMM entscheiden – auf die Förderung seines Stroms durch die Marktprämie oder die Einspeisevergütung verzichtet. Da der EE-Stromerzeuger aber einen Anreiz braucht, um in das GMM zu wechseln, wird das EVU ihm einen Preis zahlen müssen, der mindestens so hoch ist wie seine Erlöse im Marktprämiensystem. Der Preis wird sich also sehr nah an den im EEG 2014 vorgesehenen Vergütungssätzen (sog. anzulegender Wert) orientieren.

Das EVU zahlt somit für den im Rahmen des GMM erworbenen EE-Strom einen wesentlich höheren Kaufpreis, als wenn es auch für diesen Anteil einen Graustrommix an der Strombörse kaufen würde. Denn die anzulegenden Werte für EE-Strom liegen wesentlich höher als der Preis für Graustrom an der Börse.

Gleichzeitig ist das EVU hinsichtlich der gesamten Strommenge, die es an seine Endkunden liefert, von der Zahlung der EEG-Umlage an die ÜNB befreit. Die Befreiung bezieht sich also nicht nur auf den im Rahmen des GMM erworbenen EE-Stromanteil, sondern auch auf den Graustromanteil im Lieferportfolio des EVU. Dadurch soll das EVU, das das GMM nutzt, trotz der Pflicht, in Höhe des EE-Anteils teureren EE-Strom zu kontrahieren, im Vergleich zu

3 Siehe dazu Wustlich/Müller, ZNER 2011, 380, 393 f.

EVU, die das GMM nicht nutzen, wirtschaftlich konkurrenzfähig sein. Letztere können zwar ihr komplettes Portfolio mit günstigem Graustrom decken, müssen aber auf die gesamte Strommenge, die sie an Letztverbraucher liefern, EEG-Umlage zahlen.

Ausgabe von Herkunftsnachweisen

Zusätzlich erhalten die EVU im GMM für den eingekauften EE-Strom auch (herkömmliche) Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 EEG 2014.

Förderberechtigte

Da der Geltungsbereich des EEG 2014 und über § 95 Nr. 6 EEG 2014 somit auch des GMM auf die Stromerzeugung auf dem Bundesgebiet beschränkt ist, werden nur EVU von der Befreiung von der EEG-Umlage i.R.d. GMM profitieren können, die EEG-Strom von Anlagenbetreibern in Deutschland beziehen. Spätestens ab 2017 sollen die finanzielle Förderung von EEG-Strom und ihre Höhe gem. § 2 Abs. 5 EEG durch Ausschreibungen ermittelt werden. Diese Ausschreibungen werden – soweit die Bedingungen des § 2 Abs. 6 EEG erfüllt sind – dann zu 5 % der jährlich neu installierten Leistung auch Anlagenbetreibern zugänglich sein, die Strom in anderen Mitgliedstaaten erzeugen.

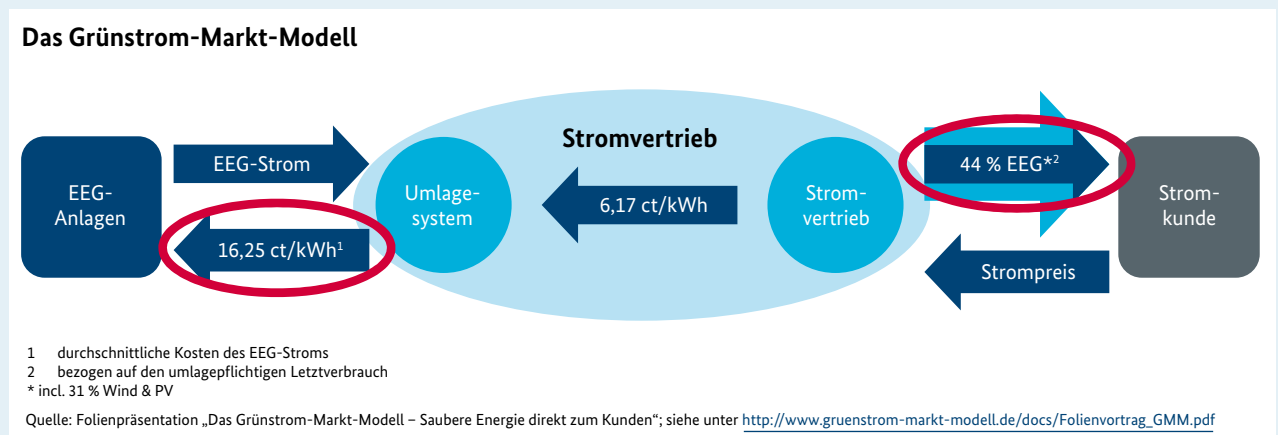
Soweit also ein EE-Stromerzeuger aus einem anderen Mitgliedstaat über die in § 2 Abs. 6 EEG vorgesehene Möglichkeit von der EEG-Förderung profitiert, kann auch ein EVU, das Strom von diesem Erzeuger bezieht, vom GMM und der Befreiung von der EEG-Umlage profitieren. Sollte diese 5%ige Schwelle jedoch überschritten sein, so sind ausländische EE-Stromerzeuger zwar nicht gehindert, EE-Strom sowie die dafür ausgestellten Herkunftsnachweise an deutsche EVU zu vertreiben. Die betreffenden überschüssigen Strommengen würden jedoch nicht durch das EEG 2014 finanziell gefördert. Entsprechend könnten sich EVU, die das GMM nutzen wollen, diese Strommengen auch nicht auf ihren EE-Pflichtanteil anrechnen lassen.

Dies entspricht der schon bisher nach dem EEG bestehenden Möglichkeit der nicht geförderten sog. sonstigen Direktvermarktung. Bei dieser erhält inländischer EE-Strom keine finanzielle Förderung. Für den Grünstrom werden Herkunftsnachweise ausgestellt und das gesamte Lieferportfolio des EVU wird regulär mit der EEG-Umlage belastet.

Ausgleichszahlung auf das EEG-Konto

Entscheidet sich ein EVU für den direkten Erwerb von EE-Strom im Rahmen des GMM, muss es sicherstellen, dass es mindestens so viel EE-Strom erwirbt, wie es dem Anteil des EEG-geförderten Stroms am nicht privilegierten Letztverbrauch Deutschlands entspricht (im Jahr 2014 ca. 44 %). Ansonsten entfällt die EEG-Umlagebefreiung für die gesamten Stromlieferungen an seine Letztverbraucher. Die Vorgabe, EE-Strom zu kaufen und zu vermarkten, der im Durchschnitt einen Vergütungsanspruch in Höhe der durchschnittlichen Kosten des im Rahmen des EEG-Fördermechanismus geförderten EEG-Stroms auslöst, wird wie folgt sichergestellt: Für den insgesamt über das GMM erworbenen EE-Strom wird dem EVU ein durchschnittlicher Vergütungsanspruch errechnet und zwar abhängig von den anzulegenden Werten der jeweils kontrahierten EE-Anlagenart. Liegt der durchschnittliche Vergütungsanspruch für den Mindestanteil an EE-Strom im GMM-Portfolio niedriger als die durchschnittlichen Kosten des insgesamt über das EEG geförderten EE-Stroms (diese liegen nach Berechnung der Initiatoren des GMM in Deutschland im Jahr 2015 bei 16,25 Cent pro kWh), muss das jeweilige EVU die Preisdifferenz an das EEG-Umlagekonto nachzahlen. Im umgekehrten Fall hat das EVU einen Erstattungsanspruch gegenüber dem EEG-Umlagekonto.

Folgende Grafik stellt das CMM als Alternative zum EEG-Fördersystem anschaulich dar:



Integrationsabgabe

Das GMM soll die EVU im Weiteren dazu anhalten, immer nur so viel EE-Strom zu beziehen, wie auch tatsächlich verbraucht und von den Endkunden nachgefragt wird. Dies soll Anreize dazu bieten, die Integration von volatilen EE-Strom aus Wind- und Solarenergie technisch voranzutreiben. Dazu wird der Lastgang der mit EE-Strom versorgten Kunden auf Viertelstundenbasis ermittelt. Für jede Viertelstunde, in der der vom EVU erworbene EE-Strom den von den Kunden nachgefragten Stromverbrauch übersteigt, ist eine Integrationsabgabe in Höhe von 2 Cent pro kWh an das EEG-Konto zu zahlen.

Regionalität

Im Rahmen des GMM soll die Möglichkeit gegeben sein, gezielt Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 auszuweisen und somit ein regionales Produkt zu schaffen. Den EVU soll es ermöglicht werden, bestimmte Herkunftsnachweise aus einer bestimmten Region oder von einem bestimmten EE-Stromerzeuger zu erwerben. Ob für diese „Regionalität“ ein Aufpreis zu zahlen ist oder wie sich ansonsten der Preis bestimmt, ist noch unklar.

Fazit und Zweck

Auf diesem Wege wird folglich ein alternatives gefördertes Modell der Vermarktung von EE-Strom geschaffen. Ein EVU kann sich entscheiden, ob es seiner Pflicht zum Bezug von EE-Strom durch die Zahlung der EEG-Umlage im Rahmen des herkömmlichen EEG-Wälzungsmechanismus oder durch den direkten EE-Stromeinkauf bei EE-Stromerzeugern – und zwar im gleichen Umfang hinsichtlich Kosten und EE-Anteilen wie im EEG-Wälzungsmechanismus – nachkommen möchte.

Das GMM nimmt für sich in Anspruch, dass es im Vergleich zum EEG-Wälzungsmechanismus kostenneutral sei, also keine Erhöhung der EEG-Umlage im Vergleich zur Marktprämie bewirke, und so dem Erfordernis in § 95 Nr. 6 lit. f EEG 2014 entspreche. Dies soll dadurch gewährleistet werden, dass im GMM-System die gleiche Last getragen wird wie im EEG-System. Eine gleiche Belastung wird vorgeblich erreicht, indem das EEG-System hinsichtlich Durchschnittskosten und Mindestanteil nachgebildet wird. Zudem soll das GMM durch die Befreiung von der EEG-Umlage eine EE-Stromlieferung aus EE-Anlagen zu wettbewerbsfähigen Preisen ermöglichen. Es nimmt weiter für sich in Anspruch, den Wettbewerb um die kostengünstigste Integration von EE-Strom aus Wind und Solarenergie zu schüren und daher energiewirtschaftlich besonders sinnvoll zu sein.

B. VKU-Modell

Mit dem erst kürzlich vom VKU vorgelegten Eckpunktepapier zur Vermarktung von EEG-gefördertem Grünstrom (**VKU-Modell**) vom 9. April 2015 will der VKU ein Direktvermarktungsmodell vorlegen, mit dem die grüne Eigenschaft des EE-Stroms ausgewiesen werden kann. Außerdem soll es transparent und einfach nachvollziehbar machen, wie der EE-Strom vom EE-Stromerzeuger zum Endkunden gelangt.

Keine Befreiung von der EEG-Umlage

Das VKU-Modell tastet die Fördersystematik des EEG nicht an und schafft keine neuen finanziellen Fördermechanismen. Die Ausweisung des EE-Stroms nach dem VKU-Modell soll über eine neu zu schaffende, gleich noch näher darzustellende, Form von Herkunftsnachweisen erfolgen. Anders als beim GMM sind die EVU jedoch weiterhin zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet. Insofern ändert sich durch das VKU-Modell nur die Ausweisung des geförderten Stroms gegenüber den Endkunden im Rahmen der Stromkennzeichnung.

Ausgabe von Herkunftsnachweisen für EEG-Strom

Bislang werden Herkunftsnachweise für Grünstrom nur im Rahmen der nicht durch das EEG finanziell geförderten, sog. sonstigen Direktvermarktung ausgestellt (siehe § 20 Abs. 1 Nr. 2 EEG i.V.m. § 79 Abs. 1 EEG). Um die Kunden über die Herkunft des Grünstroms zu informieren, schlägt der VKU vor, das Herkunftsnachweissystem auch auf im Rahmen des EEG-Umlagesystems geförderten EE-Strom auszuweiten. Hierbei sei sicherzustellen, dass jedes EVU Herkunftsnachweise für den nach dem EEG geförderten EE-Strom nur in dem Umfang erhält, in dem es EEG-Umlage zahlt. Der VKU sieht dafür eine neu zu schaffende Form von Herkunftsnachweisen, die sog. EEG-Herkunftsnachweise (**EEG-HKN**) vor, die insbesondere nicht übertragbar und nicht handelbar sein sollen. Diese EEG-HKN werden den EVU kostenlos entsprechend der Höhe ihrer EEG-Umlagenzahlung überlassen. Dabei werden die EEG-HKN an alle EVU ausgegeben, die EEG-Umlage zahlen, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein inländisches oder ein ausländisches EVU handelt. Erwirbt also ein ausländisches EVU deutschen, nach dem EEG geförderten Strom und zahlt dafür EEG-Umlage, bekommt es ebenfalls EEG-HKN.

Daneben soll die Stromkennzeichnung derart geändert werden, dass EVU, die ein hundertprozentiges Grünstromprodukt schaffen und vertreiben wollen, dafür nicht mehr 100 % „herkömmliche“ Herkunftsnachweise vorweisen müssen. Durch das VKU-Modell soll der bisherige, lediglich im Rahmen der Stromkennzeichnung ausgewiesene Anteil von „erneuerbaren Energien, gefördert nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz“ (§ 78 Abs. 1 EEG 2014, derzeit i. d. R. ein Anteil von ca. 44 %) künftig durch die spezifischen, neu einzuführenden EEG-HKN nachgewiesen werden. Diese sind mit dem herkömmlichen Herkunftsnachweisen kombinierbar, sodass nur noch der „Restanteil“ (derzeit ca. 56 %) mit „herkömmlichen“ Herkunftsnachweisen „aufgefüllt“ werden muss, um ein hundertprozentiges (teilweise fiktives) Grünstromprodukt zu schaffen.

Dabei soll es möglich sein, auf Antrag eines EVU jeweils spezielle EEG-HKN aus bestimmten Anlagen zu erwerben. Damit schafft das VKU-Modell die Möglichkeit, ein (teilweise) regionales EE-Stromprodukt aufzulegen. Der VKU geht davon aus, dass die EVU allein dadurch, dass die Möglichkeit geschaffen wird, die „grüne Eigenschaft“ des Stroms in Form von speziellen EEG-HKN auszuweisen, Geschäftsmodelle generieren können.

Im Einzelnen würde die Nutzung von Herkunftsnachweisen wie folgt gestattet sein:

- Für jede MWh EEG-Strom, die in Deutschland produziert wird, stellt das Herkunftsnachweisregister einen EEG-HKN aus und verbucht ihn auf einem zentralen Konto.
- Das Herkunftsnachweisregister verteilt dann die in einem Kalenderjahr generierten EEG-HKN an alle EVU in Relation zu der von ihnen entrichteten EEG-Umlage.

- Die EVU setzen die EEG-HKN für die Stromkennzeichnung ein. Diese dürfen mit „§ 79 Abs. 1 EEG 2014-Herkunftsnachweisen“ kombiniert werden, die das jeweilige EVU im Rahmen der nicht geförderten sonstigen Direktvermarktung von Grünstrom oder auf andere Weise (insbesondere durch Kauf ausländischer Herkunftsnachweise) erworben hat.
- Die EVU können beim Herkunftsnachweisregister gegen Bezahlung beantragen, im Rahmen der ihnen zustehenden Zuteilungsmenge EEG-HKN aus ganz bestimmten EE-Stromanlagen zu erhalten, sofern diese Anlagen in der Direktvermarktung sind.
- Die restlichen EEG-HKN, die keinem bestimmten EE-Stromvertrieb zugeordnet sind, werden so verteilt, dass im Ergebnis alle EVU die Anzahl an EEG-Herkunftsnachweisen erhalten, die der von ihnen entrichteten EEG-Umlage entspricht.
- Ziel des VKU-Modells ist es, dass die EVU die EEG-HKN einsetzen, um die Eigenschaft des an die Endkunden gelieferten Stroms anteilig durch die Eigenschaft „erneuerbare Energien, gefördert nach dem EEG“ zu ersetzen. Der restliche Stromanteil soll optional mit herkömmlichen Herkunftsnachweisen „aufgefüllt“ werden können, wenn ein 100%-Grünstromprodukt geschaffen werden soll.

Da das VKU-Modell in den gegenwärtig bestehenden EEG-Fördermechanismus eingegliedert ist, gilt hinsichtlich der Förderberechtigten das Gleiche wie zum GMM: Ausländische EE-Stromerzeuger können eine Förderung durch das EEG nur i. R. d. § 2 Abs. 6 EEG 2014 erlangen. Ziel des Modells ist es, dass Stromkunden „Grünstrom made in Germany“ oder auch aus einer kleineren Region beziehen können.

C. Gemeinsame Charakteristika und Unterschiede der beiden Direktvermarktungsmodelle

Im Kern hält der VKU die Anforderungen, die mit dem GMM verbunden sind – Strukturierung und Bewirtschaftung des Portfolios, Einhaltung des EE-Pflichtanteils, Überwachung und Vermeidung der Integrationsabgabe etc. – für so komplex, dass nach Ansicht des VKU die meisten EVU das GMM nicht nutzen würden. Kleinere Stromvertriebe würden benachteiligt. Der VKU wollte somit ein Modell vorlegen, das sich durch Transparenz und Einfachheit auszeichnet und kleine Stromvertriebe nicht benachteiligt.

Im Unterschied zum GMM, das ein alternatives, vom EEG-Fördermechanismus losgekoppeltes Modell der Förderung von EE-Strom über die Direktvermarktung schafft, ist das VKU-Modell in das Fördersystem des EEG eingegliedert. Es schafft keine neuen Förderinstrumente. Für die Beurteilung aus europarechtlicher Sicht ist der wesentlichste Unterschied zwischen den beiden Direktvermarktungsmodellen der Umstand, dass bei einer Direktvermarktung über das GMM die EVU von der Entrichtung der EEG-Umlage befreit sind, während beim VKU-Modell eine Befreiung von der EEG-Umlage gerade nicht stattfindet. Auf der anderen Seite sieht das VKU-Modell die Einführung spezieller – nicht übertragbarer und nicht handelbarer – EEG-HKN vor, die wiederum das GMM nicht kennt.

Ein weiterer Unterscheid zwischen beiden Modellen ist, dass das GMM nur inländischen EE-Stromerzeugern und inländischen EVU zugänglich ist, während die nach dem VKU-Modell vorgesehenen EEG-HKN inländischen wie ausländischen EVU in Höhe der Zahlung der EEG-Umlage gleichermaßen erteilt werden können.

Beiden Direktvermarktungsmodellen ist es hingegen gemein, dass die Vermarktung von EE-Strom (auch) über die Ausgabe von Herkunftsnachweisen erfolgen soll (beim GMM nur durch Ausgabe „herkömmlicher“ Herkunftsnachweise, beim VKU-Modell zusätzlich durch die Ausgabe von EEG-HKN). Die Ausgabe dieser Nachweise soll bei beiden diskutierten Modellen dazu dienen, den EE-Strom als solchen auszuweisen und – zumindest soweit es das GMM betrifft – handelbar zu machen. Über die Ausstellung der Nachweise kann man dem EE-Strom einen bestimmten Wert zumessen, der den Wert herkömmlichen Graustroms übersteigt. Es soll ein Anreiz zur Schaffung von mehr Grünstromprodukten geschaffen werden. Darüber hinaus soll es nach beiden Modellen möglich sein, regionale EE-Stromprodukte zu schaffen. Diese sollen die regionale Akzeptanz des EE-Ausbaus steigern können.

In beiden Modellen wird die „grüne Eigenschaft“ zunächst nicht für 100% des Stroms, der an Endkunden geliefert wird, nachgewiesen. Im GMM werden (herkömmliche) Herkunftsnachweise nur in Höhe des EE-Stromanteils am Gesamtportfolio ausgestellt (der mindestens so hoch sein muss, wie der Anteil des EEG-Stroms am deutschen Strommix, derzeit 44%). Rein theoretisch wäre es zwar im GMM möglich, ausschließlich physikalischen EE-Strom zu vertreiben. Dann würde das EVU für sein gesamtes Lieferportfolio Herkunftsnachweise erhalten. Dies dürfte jedoch derzeit unwirtschaftlich sein und daher zunächst hypothetisch bleiben.

Im VKU-Modell erhält das EVU die EEG-HKN nur entsprechend seiner EEG-Umlagezahlung (44% umlagepflichtiger Letztverbrauch). In entsprechender Höhe erhält das EVU nach dem VKU-Modell EEG-HKN, sofern es die volle EEG-Umlage für seinen gesamten Letztverbraucherabsatz zahlt. In einem zweiten Schritt besteht bei beiden Modellen die Möglichkeit für EVU, durch den Erwerb weiterer Herkunftsnachweise ihr Stromprodukt auf 100% Grünstrom „aufzufüllen“. Der Erwerb der weiteren Herkunftsnachweise (z.B. aus dem Ausland) setzt in beiden Modellen nicht unbedingt den entsprechenden Erwerb von physikalischen EE-Strom voraus. Kauft das EVU somit 56% (herkömmliche) Herkunftsnachweise aus dem In- oder Ausland hinzu, kann es gegenüber dem Verbraucher auch dann erklären, dass es 100% Grünstrom vertreibt, wenn es nur ca. 44% Grünstrom erworben hat und den Rest des Stroms als „Graustrom“ an der Strombörse erworben hat (Auseinanderfallen von Herkunftsnachweisen und der „physikalischen Eigenschaft“ des Stroms als EE-Strom).

III. Gutachten

A. Verhältnis des Gutachtens zu der Rechtsposition der Bundesregierung in den Nichtigkeitsklagen der R.s. T-134/14 und T-47/15 vor dem Gericht der Europäischen Union (EUG)

Das vorliegende Gutachten befasst sich vielfach mit Rechtsfragen, die bereits im Rahmen der beiden oben zitierten Nichtigkeitsklagen vor dem EuG thematisiert worden sind. Es handelt sich hierbei um die Nichtigkeitsklagen der Bundesregierung gegen den Beschluss der Europäischen Kommission zur Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens betreffend das EEG 2012 (**Eröffnungsbeschluss**) sowie gegen die verfahrensabschließende Entscheidung der Kommission in diesem Verfahren vom 23. Juli 2014. Auch wenn das Klageverfahren in der Rs. T-134/14 inzwischen durch Klagerücknahme erledigt ist, sind die Schriftsätze dieses Verfahrens der Europäischen Kommission bekannt. Gerade in diesem Verfahren sind neben den beihilferechtlichen Fragen der Beurteilung des EEG 2012 auch binnenmarktrechtliche Fragen, insbesondere zu den Art. 30 und 110 AEUV behandelt worden, die auch für das vorliegende Rechtsgutachten relevant sind. In dem zweiten Nichtigkeitsklageverfahren, das gegenwärtig vor dem EuG anhängig ist (Rs. T-47/15), hat die Bundesregierung die binnenmarktrechtlichen Ausführungen der Kommission in ihrem verfahrensabschließenden Beschluss dagegen nicht angegriffen. Gleichwohl ist sie der Auffassung, dass die Ausführungen der Europäischen Kommission in diesem Beschluss rechtlich unzutreffend sind.

Die von der Bundesregierung vertretenen Rechtsauffassungen behält diese selbstverständlich aufrecht. Das vorliegende Rechtsgutachten beruht demgegenüber auf der vorsorglichen Annahme, dass die Europäische Kommission, jedenfalls während der Anhängigkeit des laufenden Klageverfahrens, weiterhin gegenüber der Bundesrepublik Deutschland ihre Rechtsauffassung zur Auslegung der binnenmarktrechtlichen Vorschriften des AEUV vertreten wird. Angesichts der Vehemenz, mit der die Europäische Kommission ihre rechtliche Einschätzung vertreten hat, ist dies eine mehr als realistische Annahme. Es besteht somit die Gefahr, dass die Europäische Kommission auch vor dem Abschluss des laufenden Klageverfahrens in der Rs. T-47/15 in der Beurteilung eines möglichen Direktvermarktungsmodells für die Durchsetzbarkeit dieses Modells nachteilige Rechtsauffassungen vertreten würde und diese gegebenenfalls auch im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland geltend machen würde. Ein derartiges Vertragsverletzungsverfahren wäre für die Rechtssicherheit und damit auch den Erfolg der Direktvermarktungsmodelle sehr nachteilig. Das vorliegende Gutachten dient daher u. a. der Identifizierung möglicher rechtlicher Angriffspunkte, die die Europäische Kommission in der gegenwärtigen Situation hinsichtlich der beiden Direktvermarktungsmodelle geltend machen könnte.

B. Der Kontext: erneuerbare Energien im europäischen Binnenmarkt

Die Rechtsprechung zur Förderung erneuerbarer Energien durch nationale Förderregime ist stark durch den jeweiligen politischen und legislativen Kontext geprägt. Dieser hat entsprechend auch Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung der zu überprüfenden Direktvermarktungsmodelle. Daher soll an dieser Stelle ein kurzer Abriss der politischen Entwicklung vorangestellt werden, vor allem auch um die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs in den zutreffenden Zusammenhang einordnen zu können.

Die Regulierung erneuerbarer Energien bewegt sich im Spannungsfeld zwischen dem Ziel eines EU-weiten Binnenmarkts für Elektrizität einerseits und nationalstaatlich organisierten Fördersystemen andererseits.

Spätestens seit 1995 verfolgt die Europäische Kommission aktiv das Ziel eines Gemeinsamen Marktes im Energiesektor,⁴ auf dem ein verstärkter grenzüberschreitender Stromhandel besteht und alle Versorger ihre Erzeugnisse liefern und die Verbraucher frei wählen können. Finales Ziel ist „*ein integriertes europaweites Energiesystem (...), in dem die Energieströme ungehindert über die Grenzen hinweg fließen, das auf Wettbewerb und der bestmöglichen Nutzung von Ressourcen basiert und in dem die Energiemärkte auf EU-Ebene erforderlichenfalls reguliert werden.*“⁵

4 Europäische Kommission, Weißbuch „Eine Energiepolitik für die Europäische Union“, KOM(95) 682.

5 Europäische Kommission, Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie, COM(2015) 80 final, S. 1.

Demgegenüber sind nach Auffassung der Kommission auf Ebene der Mitgliedstaaten teils gegenläufige Tendenzen zu beobachten. So erklärte die Kommission 2012 in ihrer Mitteilung „Ein funktionierender Energiebinnenmarkt“, dass ein solcher Markt bislang nicht erkennbar sei sowie dass die Mitgliedstaaten ihre nationalen Vorschriften nur langsam anpassen und auch nur zögerlich wettbewerbsbestimmte Märkte schaffen würden. Zudem betrieben sie „eine nach innen gerichtete Politik“, die ein wirksames Funktionieren des Binnenmarktes verhindern könne.⁶ Als Hindernis für die Marktintegration wurde lange Zeit insbesondere die feste Einspeisevergütung gesehen, also der Umstand, dass die erneuerbaren Energien nicht auf das Marktpreissignal reagieren. Des Weiteren wurde die marktunabhängige Bestimmung der Förderhöhe kritisiert. Beides wurde in den letzten Jahren angepasst. So bestimmen die Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien, dass alle Mitgliedstaaten die Förderung auf eine Marktprämie umstellen müssen und bezüglich der Förderhöhe die Fördersysteme schrittweise stärker auf Ausschreibungsmodelle umsteigen müssen.

Darüber hinaus möchte die Kommission aber weiterhin auf eine stärkere Angleichung der unterschiedlichen nationalen Fördersysteme sowie auf eine stärkere Öffnung dieser Systeme hinwirken. Die Kommission regt daher an, dass die Mitgliedstaaten EE-Strom aus anderen EU-Staaten in gleicher Weise wie einheimischen Strom fördern sollten.⁷

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel eines Energiebinnenmarktes und nationalen Förderregimen findet sich zum Teil auch im Sekundärrecht wieder.

So wird in der geltenden Fassung der EE-RL aus dem Jahre 2009 insbesondere auch die Bedeutung der Funktionsweise nationaler Fördersysteme und damit verbunden auch die Bedeutung der Entscheidungshoheit darüber betont, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten ihre Fördersysteme für EE-Anlagen aus dem Ausland öffnen. In Art. 3 Abs. 3 heißt es dann auch ausdrücklich: „Unbeschadet der Artikel 87 und 88 des Vertrags haben die Mitgliedstaaten das Recht, gemäß den Artikeln 5 bis 11 dieser Richtlinie zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen.“ Erwägungsgrund 25 betont, dass dies für die Funktionsweise der Fördersysteme von entscheidender Bedeutung sei. Um die Funktionsweise und die öffentliche Akzeptanz der Förderung der erneuerbaren Energien zu gewährleisten, wurde zur Öffnung das System einer freiwilligen Kooperation mit entsprechenden Kooperationsmechanismen in den Art. 5-11 eingeführt. Diese wurden bislang jedoch nur selten genutzt.

Allerdings hat die Kommission zu erkennen gegeben, auf eine stärkere Angleichung und Öffnung der Fördersysteme hinwirken zu wollen. In der relevanten Passage ihrer 2015 veröffentlichten Mitteilung zur Energieunion „Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie“ heißt es:

„Die Kommission wird die Zusammenarbeit und die Konvergenz der nationalen Fördersysteme erleichtern, was eine stärkere grenzübergreifende Öffnung, auch durch eingehende Gespräche mit den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der entsprechenden Leitlinien der Kommission und der Leitlinien für Energie- und Umweltbeihilfen, ermöglichen wird.“⁸

Ebenso betont die Kommission, dass fragmentierte nationale Strategien langfristig nicht die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie förderten.⁹ Ein europäischer Binnenmarkt im Energiesektor trage dazu bei, die Erzeugung von EE-Strom durch die Konvergenz gemeinsamer Methoden kosteneffizienter zu machen und verhindere opportunistisches Verhalten von Investoren, die andernfalls den Anreiz hätten, schlicht in dem Mitgliedstaat mit der höchsten Förderung zu investieren.¹⁰ Sie hebt auch hervor, dass die bestehenden Kooperationsmechanismen für eine Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten bislang nicht ausreichend genutzt würden.¹¹

Auch die Kommissionspraxis in Beihilfesachen lässt deutlich erkennen, dass die Kommission nationalen Förderregimen kritisch gegenüber steht und eine stärkere Öffnung befürwortet. So stellte sie in ihrem Eröffnungsbeschluss im gegen Deutschland geführten Beihilfeverfahren zum damaligen EEG fest, dass sie „in ihrer langjährigen Entschei-

6 Europäische Kommission, Ein funktionierender Energiebinnenmarkt, COM(2012) 663 final, S. 3 f.

7 Europäische Kommission, European Commission guidance for the design of renewables support schemes, SWD(2013) 439 final, S. 23.

8 Europäische Kommission, Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie, COM(2015) 80 final, S. 18.

9 Europäische Kommission, European Commission guidance for the design of renewables support schemes, SWD(2013) 439 final, S. 7.

10 Europäische Kommission, European Commission guidance for the design of renewables support schemes, SWD(2013) 439 final, S. 22.

11 Europäische Kommission, Guidance on the use of renewable energy cooperation mechanism, SWD(2013) 440 final, S. 3.

dungspraxis im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Ansicht vertrete, dass die Finanzierung nationaler EE-Förderregelungen durch eine steuerähnliche Abgabe auf den Stromverbrauch eine Diskriminierung gegenüber eingeführt EE-Strom darstellen kann.“¹² In diesem Sinne heißt es auch in den Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, „Betriebsbeihilferegulungen sollten im Prinzip auch anderen EWR-Staaten und den Vertragsparteien des Vertrags zur Gründung der Energiegemeinschaft offenstehen, um die Verfälschungen des Wettbewerbs insgesamt zu begrenzen.“¹³

Es ist daher naheliegend, dass die Kommission zukünftig immer stärker auf eine Öffnung der nationalen Fördersysteme hinwirken wird.

C. Prüfung der Modelle anhand der Warenverkehrsfreiheit

Die Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit sind auf beide Modelle anwendbar. Beide Direktvermarktungsmodelle würden voraussichtlich als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung i.S. des Art. 34 AEUV betrachtet. Der Grund hierfür ist, dass durch beide Modelle EE-Strom aus Deutschland als vermarktbare grünes Stromprodukt auf den Markt kommen soll und dieses grüne Produkt zumindest teilweise durch das EEG gefördert wird. Da beide Modelle somit auf der Systematik des EEG aufbauen und an die Förderfähigkeit nach dem EEG anknüpfen, auch wenn sie selbst – zumindest das GMM – zusätzlich zum EEG-Fördermechanismus geregelt werden würden können aber im Grundsatz auch die gleichen Erwägungen, die die Limitierung der Förderung einheimisch-erzeugten Stroms nach dem EEG rechtfertigen, zur Rechtfertigung der Direktvermarktungsmodelle herangezogen werden.

1. Ist der Tatbestand des Art. 34 AEUV eröffnet?

a. Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit: Europarechtlicher Begriff der „Ware“ und Anwendungsbereich der Art. 34 ff. AEUV

aa. Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit: Europarechtlicher Begriff der „Ware“

Zunächst müsste der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet sein. Nach der Ausgangsdefinition des EuGH sind Waren körperliche Gegenstände,¹⁴ die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.¹⁵ Auch Elektrizität wird nach der Spruchpraxis von dieser Definition erfasst,¹⁶ womit EE-Strom unstrittig Warenqualität genießt.

Gemäß den vorgeschlagenen Modellen kommen als potentielle Waren i.S. der Vorschrift EE-Strom ebenso wie die entsprechenden Herkunftsnachweise – sowohl die „herkömmlichen“ Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 als auch die EEG-HKN – in Betracht. Zweck von Herkunftsnachweisen für EE-Strom nach Art. 15 der EE-RL ist es, den Stromerzeugern den Nachweis zu ermöglichen, dass der von ihnen verkaufte Strom aus erneuerbaren Energiequellen stammt, den Handel mit solchem Strom zu fördern und die Transparenz bei der Wahl des Verbrauchers zu verbessern. Sie gewähren jedoch im Gegensatz zu den „grünen Zertifikaten“ keinen Zugang zu den nationalen Fördersystemen.

Was die Wareneigenschaft von Herkunftsnachweisen für EE-Strom nach der EE-RL betrifft, hat der EuGH diese bislang offen gelassen. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Essent Belgium* insofern zunächst Zweifel an der Warenqualität derartiger Herkunftsnachweise geäußert, da es sich bei diesen im Wesentlichen um „Akzessorien“ zu dem eigentlichen Produkt, nämlich Strom aus erneuerbaren Energiequellen, handele.¹⁷ Gemäß der EE-RL dienen diese lediglich der Stromkennzeichnung und sind nicht als zusätzliches Förderinstrument konzipiert.

¹² Europäische Kommission, Entscheidung SA.33995 v. 18.12.2013, Rn. 246.

¹³ Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, ABl. 2014, Nr. C200/1, Rn. 122.

¹⁴ EuGH, Rs. 1/77, Bosch, EU:C:1977:130.

¹⁵ EuGH, Rs. 7/68, Kommission/Italien, EU:C:1968:51.

¹⁶ EuGH, Rs. C-393/92, Almelo, EU:C:1994:171 Rn. 28; Rs. C-158/94, Kommission/Italien, EU:C:1997:500 Rn. 17; Rs. C 379/98, PreussenElektra, EU:C:2001:160; Rs. C-206/06, Essent Netwerk Noord, EU:C:2008:413, Rn. 43

¹⁷ EuGH, Rs. C-204/12 u.a., Essent Belgium, EU:C:2014:2192, Rn. 80 f.

In der gleichen Rechtssache ließ der Gerichtshof aber anklingen, dass die Handelbarkeit von Nachweisen dazu führen kann, ihre „Wareneigenschaft“ zu bejahen.¹⁸ Ihre Ausstellung bewirkt, dass der als grün gekennzeichnete Strom eine „höhere“ Qualität oder Akzeptanz hat als herkömmlicher Graustrom. Dies gilt insbesondere für die „herkömmlichen“ Herkunftsnachweise. Denn diese sind zumindest einer gewichtigen Meinung in der Literatur zur Folge¹⁹ losgelöst von dem eigentlichen Produkt EE-Strom handelbar und übertragbar. Denn bei Übertragung verlieren sie ihre Akzessorität und verkörpern – ähnlich einem Inhaberpapier – in sich einen Wert. Dies dürfte wohl auch für die EEG-HKN gelten. Zwar sind diese nach Angabe des VKU nicht handelbar und nicht übertragbar. Jedoch spricht der VKU selbst davon, dass die Ausstellung der EEG-HKN den EVU neue Vermarktungsmodelle für EE-Strom eröffnen soll. Somit ist wohl auch von der Wareneigenschaft der EEG-HKN auszugehen.

Im Übrigen sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Förderung von EE-Strom bisher immer nur die Erzeugung dieses Stroms gefördert hat, nicht jedoch das Produkt „EE-Strom“. Bislang wurde der durch das EEG geförderte EE-Strom an der Strombörse als Graustrom vermarktet. In dem Moment, in dem eine kWh EE-Strom nicht mehr als „Graustrom, sondern als „grünes Stromprodukt“ gegenüber dem Endkunden vermarktet werden sollte und entsprechend ein Herkunftsnachweis beantragt wurde, entfiel die Förderung nach dem EEG (§ 80 Abs. 2 EEG 2014, Doppelvermarktungsverbot). Durch die beiden vorgeschlagenen Modelle würde nun in Abkehr von diesem Grundsatz ein gegenüber dem Endverbraucher vermarktetes „grünes Stromprodukt“ zumindest teilweise durch das EEG gefördert. Indem der Gesetzgeber i.R.e. Direktvermarktungsmodells die Förderfähigkeit an die „Ware EE-Strom“ anknüpft, fände ein Paradigmenwechsel statt. Dies hätte zur Folge, dass anstatt einer reinen Förderung der Produktion zumindest zum Teil eine Förderung des handelbaren Produkts „EE-Strom“ anzunehmen wäre. So lagen die Dinge beim alten „Grünstromprivileg“, weshalb es im Rahmen des Beihilfeprüfverfahrens wegen europarechtlicher Bedenken seitens der Kommission aufgegeben wurde.

Einiges spricht dafür, dass dieser Schritt der Förderung des handelbaren „grünen Produkts“ den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit überhaupt erst eröffnet, während die Kommission die Förderung der Erzeugung von EE-Strom eher an anderen Vorschriften gemessen hat.

So hat die Kommission das EEG z. B. im Eröffnungsbescheid gegen das EEG 2012 bislang stets nur am Maßstab des Beihilfenrechts²⁰ sowie Art. 30, 110 AEUV²¹ und in der abschließenden Entscheidung zum EEG 2014 vom 23. Juli 2014 nur in einem kurzen Abschnitt an den Vorschriften über den Warenverkehr geprüft. Sie hat einen Verstoß aber unter anderem verneint, weil eben die Erzeugung von EE-Strom gefördert werde.²² Durch die nunmehrige Förderung des Vertriebs von „EE-Strom“ wird eventuell von einem eigenen Markt für diesen auszugehen zu sein, was wiederum die Binnenmarktvorschriften und insbesondere die Art. 34 ff. AEUV stärker in der Vordergrund rücken wird. Durch die Einführung eines Direktvermarktungsmodells würde mithin die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass Teile des deutschen EEG-Fördersystems am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit gemessen werden; ein Nachteil, der so unter dem bisherigen EEG-Fördersystem nicht in gleichem Maße zu befürchten war.

Grundsätzlich ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Art. 34 AEUV zwar neben Art. 107 AEUV anwendbar.²³ Auch hat der Gerichtshof beispielsweise im Urteil *Du Pont de Nemours* entschieden, dass die Verpflichtung, einen bestimmten Anteil des Bedarfs von einheimischen Produzenten zu erwerben nach beiden Vorschriften beurteilt werden muss.²⁴

In jedem Falle wird aber durch den Paradigmenwechsel weg von der Förderung der reinen Erzeugung hin auch zur Förderung des deutschen „grünen Produkts“ der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit verstärkt. Bislang stand ein

18 Ebd. 79.

19 Ob zur Zeit eine getrennte – entkoppelte – Handelbarkeit von Herkunftsnachweisen in Deutschland möglich ist, ist in der Literatur umstritten. Gegen eine getrennte Handelbarkeit: Salje, EEG 2014, § 79, Rn. 11; für eine getrennte Handelbarkeit: Frenz/Müggenborg/Boemke, EEG 2012, § 55, Rn. 13 und Altrock/Lehnert/Hoppenbrock, EEG 2012, § 55, Rn. 28.

20 Entscheidung der Kommission vom 25.11.2014, SA.38728 Besondere Ausgleichsregelung für Schienenbahnen.

21 Entscheidung der Kommission vom 25.11.2014, SA.33995 Support of renewable electricity and reduced EEG surcharge for energy-intensive users, Rn. 217 ff.

22 Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632 – EEG 2014, Rn. 338 f.

23 EuGH, Rs. C-114/00 Spanien/Kommission, EU:C:2002:508 Rn. 104 mwN.

24 EuGH, Rs. 21/88 *Du Pont de Nemours*, EU:C:1990:121 Rn. 20.

Grünstromvertrag im normalen Wettbewerb zu einem ausländischen Grünstromvertrag mit ausländischen Anlagen, weil auch die deutschen Anlagen in einem Grünstromprodukt keine Förderung erhielten. Jetzt wäre das der Fall, so dass das EEG erstmals den Wettbewerb der grünen, handelbaren Stromprodukte beeinflussen würde, was zusätzlichen Rechtfertigungsaufwand nach sich zöge.

bb. Anwendbarkeit der Art. 34 ff. AEUV neben der EE-RL

Die Art. 34 ff. AEUV bleiben auch im Anwendungsbereich der EE-RL anwendbar. Eine mitgliedstaatliche Maßnahme ist nämlich nur dann ausschließlich am sekundären Gemeinschaftsrecht zu überprüfen, wenn der betroffene Regelungsbereich abschließend harmonisiert wurde.²⁵ Nach Einschätzung des EuGH in der Rechtssache *Ålands Vindkraft* ist dies im Anwendungsbereich der EE-RL nicht der Fall, so dass die Art. 34 ff. AEUV neben der EE-RL anwendbar bleiben.

b. Beschränkung des freien Warenverkehrs?

Nach der *Dassonville*-Formel ist Art. 34 AEUV, der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten verbietet, auf alle nationalen Maßnahmen anwendbar, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.²⁶ Zudem ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Verpflichtung, einen gewissen Prozentsatz des Bedarfs an einem bestimmten Erzeugnis bei einem inländischen Lieferanten zu decken, die Möglichkeiten der Einfuhr dieses Erzeugnisses insoweit beschränkt, als sie daran hindert, einen Teil des Bedarfs aus einem anderen Mitgliedstaaten zu decken.²⁷

In der Rechtsprechung des EuGH wurden Beschränkungen des freien Warenverkehrs in Fällen mit Bezug zu erneuerbaren Energien in folgenden Konstellationen festgestellt:

- In der 2001 entschiedenen Rechtssache *Preussen Elektra* wurden die deutschen Bestimmungen des Stromeinspeisungsgesetzes, die eine Abnahmeverpflichtung der EVU nur für in Deutschland erzeugten EE-Strom vorsahen, als zumindest mittelbare und potentielle Beschränkungen des freien Warenverkehrs qualifiziert.²⁸
- Die 2014 entschiedene Rechtssache *Ålands Vindkraft* betraf eine schwedische Quotenregelung, nach der Versorger sowie bestimmte Verbraucher verpflichtet waren, zur Erfüllung ihrer Quote eine bestimmte Menge von Stromzertifikaten zu halten, die sich nach der gesamten von ihnen gelieferten bzw. verbrauchten Strommenge richtete. Andernfalls mussten sie eine Sonderabgabe leisten. Zur Erfüllung der Quotenpflicht konnten *de facto* nur Zertifikate verwendet werden, die für national erzeugten EE-Strom erteilt wurden. Denn es wurden nur solche ausländischen Zertifikate anerkannt, die auf Grundlage einer völkerrechtlichen Übereinkunft für gleichwertig erachtet wurden und Schweden hatte kein entsprechendes Abkommen abgeschlossen. Hierin erblickt der Gerichtshof eine zumindest mittelbare und potentielle Beschränkung i. S. der *Dassonville*-Formel.²⁹ Des Weiteren liege eine Beschränkung darin, dass einheimische EE-Stromerzeuger ihren Strom zusammen mit den Zertifikaten verkaufen könnten. Hierdurch werde für solche Verbraucher, die der Quotenpflicht unterliegen, ein Anreiz gesetzt, vornehmlich mit schwedischen EE-Erzeugern zu kontrahieren. Denn hierdurch erhielten sie Strom und die zur Erfüllung der Quotenpflicht notwendigen Zertifikate.³⁰ Schließlich wies der Gerichtshof noch obiter darauf hin, dass eine Beschränkung auch daraus resultieren könne, dass ein Mitgliedstaat es unterlässt von Privaten geschaffene Handelshemmnisse zu beseitigen, die durch eine Regelung dieses Mitgliedstaates ermöglicht wurden.³¹

25 EuGH, Rs. C-309/02 Radlbecker Getränkegesellschaft und S. Spitz, EU:C:2004:799, Rn. 53.

26 EuGH, Rs. 8/74 Dassonville, EU:C:1974:82, Rn. 5.

27 EuGH, Rs. 72/83, Campus Oil u. a., Slg. 1984, 2727, Rn. 16; Rs. C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana, Slg. 1990, I-889, Rn. 11; Rs. C 379/98, PreussenElektra, EU:C:2001:160, Rn. 70.

28 EuGH, Rs. C 379/98, PreussenElektra, EU:C:2001:160, Rn. 71.

29 EuGH, Rs. C-573/12, Ålands Vindkraft, EU:C:2014:2037, Rn. 70 unter Verweis auf Rs. C-277/91 u.a., Luigi Carni, EU:C:1993:927, Rn. 36.

30 EuGH, Rs. C-573/12, Ålands Vindkraft, EU:C:2014:2037, Rn. 71 f. unter Verweis auf Rs. 249/81, Kommission/Irland, EU:C:1982:402, Rn. 27 ff.

31 EuGH, Rs. C-573/12, Ålands Vindkraft, EU:C:2014:2037, Rn. 74 unter Verweis auf Rs. C-265/95 Kommission/Frankreich, EU:C:1997:595, Rn. 31 und Rs. C-112/00, Schmidberger, EU:C:2003:333, Rn. 58.

- Ebenfalls 2014 entschied der Gerichtshof die Rechtssache *Essent Belgium*, welcher ähnlich wie *Ålands Vindkraft* ein Quotensystem zu Grunde lag, nach dem Stromversorger jährlich eine bestimmte Anzahl grüner Zertifikate vorlegen mussten, um nicht mit einer Geldbuße belegt zu werden. Nach der belgischen Regelung war ausdrücklich vorgesehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Herkunftsnachweise aus anderen Ländern zur Quoteerfüllung akzeptiert werden konnten; tatsächlich wurden jedoch nur Zertifikate für national, bzw. sogar regional erzeugten Strom berücksichtigt. In der Sache befand der Gerichtshof, dass der Handel mit Herkunftsnachweisen nicht dadurch beschränkt werde, dass ein auf grünen Zertifikaten basierendes nationales Förderregime diese nicht berücksichtige.³² Bezüglich möglicher Beeinträchtigungen der Stromeinfuhr sah der Gerichtshof in Anlehnung an die Rechtssache in *Ålands Vindkraft* eine zumindest mittelbare und potentielle Beschränkung zum einen darin, dass nur Strom, der nach den nationalen Bestimmungen zertifiziert wurde, auf die Quote angerechnet werden konnte³³ und zum anderen darin, dass der gleichzeitige Vertrieb von Strom und grünen Zertifikaten Abnehmern einen Anreiz setze, mit Erzeugern nationalen EE-Stroms zu verhandeln.³⁴

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Beschränkung der Förderung auf national erzeugten EE-Strom von der Rechtsprechung als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 34 AEUV bewertet wird.

c. Anwendung auf das GMM

aa. Förderung der Produktion v. Förderung des Produkts

Wie oben erwähnt wäre mit der Einführung des GMM eine erkennbare Abkehr vor der reinen Förderung der Produktion erneuerbarer Energien in Deutschland hin zur Förderung des handelbaren grünen Produkts „EE-Strom“ verbunden; dies nicht zuletzt durch die Erteilung von Herkunftsnachweisen, die einen Handelsmarkt für EE-Strom fördern sollen. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass auch die Befreiung von der EEG-Umlage im GMM eine Förderung darstellt, denn im Regelfall hat jeder nicht privilegierte Letztverbraucher die Umlage zu zahlen, unabhängig davon, ob der Strom teilweise aus geförderten Anlagen stammt.

bb. Liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S. der Dassonville-Formel vor?

Das GMM würde als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung erachtet werden. Denn es hat zumindest mittelbar und potentiell einen beschränkenden Effekt auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und ist der Bundesrepublik als staatliches Handeln zurechenbar.

Nach dem GMM ist nur der Vertrieb solchen Stroms von der EEG-Umlage befreit, der grundsätzlich auch EEG-förderungsfähig ist. Die teilnehmenden EVU hätten dementsprechend einen Anreiz, vorrangig EEG-förderungsfähigen EE-Strom zu beziehen; zumindest so lange der Preis EEG-förderungsfähigen Stroms niedriger ist als die Summe nicht EEG-förderungsfähigen Stroms zuzüglich der EEG-Umlage. Zudem ist in § 2 Abs. 6 EEG 2014 der Anteil an aus dem EU-Ausland importierten, in der Bundesrepublik insgesamt förderfähigen EE-Stroms begrenzt. Folglich ist auch das GMM nur für (maximal) die Menge an EE-Strom aus dem EU-Ausland offen, die nach § 2 Abs. 6 EEG 2014 in das EEG-System einbezogen ist (5%).

Ob der Umstand, dass das GMM keine Ankaufspflichtung vorsieht, zu einer anderen Einschätzung führen muss, ist unklar. Denn einerseits könnte argumentiert werden, dass es notwendig sei, eine gewisse Quote EEG-förderungsfähigen Stroms zu erwerben, um von den Vorteilen der Direktvermarktung (i. e. Befreiung von der EEG-Umlage) zu profitieren. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt eine Beschränkung gerade nicht nur aus einer Benachteiligung ausländischer Erzeugnisse, sondern kann auch umgekehrt aus der Bevorzugung nationaler Produkte im Verhältnis zu eingeführten resultieren.³⁵ Eine solche Bevorzugung könnte hier daraus resultieren, dass national

32 EuGH, Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2014:2192, Rn. 80.

33 EuGH, Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2014:2192, Rn. 84 f.

34 EuGH, Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2014:2192, Rn. 86.

35 EuGH, Rs. 103/84, *Kommission/Italien*, EU:C:229.

erzeugter EE-Strom von der EEG-Umlage befreit werden kann, während dies für eingeführten Strom nur im Umfang der nach § 2 Abs. 6 EEG 2014 zugelassenen Menge möglich ist. Auch der Umstand, dass das GMM eine neben dem allgemeinen EEG-System bestehende Alternative auf freiwilliger Basis darstellt, lässt dieses nicht weniger beschränkend wirken. Denn durch die Anknüpfung an die EEG-Förderungsfähigkeit kann das GMM, wie bereits erörtert, nur in dem Maße für eingeführten EE-Strom geöffnet werden wie es auf Grundlage des § 2 Abs. 6 EEG 2014 zulässig ist. Der national erzeugtem EE-Strom eingeräumte Vorteil wird durch die Freiwilligkeit des Modells nicht verringert.

Das GMM wäre der Bundesrepublik zurechenbar. Denn es würde in einer Unterlassung der Beseitigung der von Privaten geschaffenen Handelshemmnisse, die durch eine Regelung dieses Mitgliedstaates ermöglicht wurde, resultieren. Wie bereits oben erwähnt genügt dies für die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung i.S. der *Dassonville*-Formel.

d. Anwendung auf das VKU-Modell

aa. Förderung der Produktion vs. Förderung des Produkts

Das VKU-Modell bewirkt keine Änderung der EEG-Förderungsgrundsätze, so dass weiterhin die Stromerzeugung gefördert würde. Wie der gesamte EEG-Fördermechanismus stellt es in stärkerem Maße als das GMM auf die Förderung von EE-Anlagen ab, anstatt das „Produkt“ EE-Strom zu fördern. Dennoch soll auch hier durch die erstmalige Ausgabe der EEG-HKN eine Vermarktung von gefördertem EE-Strom als „Ware“ „grüner Strom“ gegenüber dem Endverbraucher erstmals ermöglicht werden: erstmals kann durch das EEG geförderter EE-Strom dem Kunden gegenüber als „grünes Produkt“ ausgewiesen werden. Das EEG soll nicht mehr allein die Erzeugung von EE-Strom fördern, sondern es soll jetzt auch helfen, mit der Marke „Grünstrom made in Germany“ Gewinn zu erzielen bzw. diese gegenüber den Verbrauchern zu vermarkten. Deshalb ist auch im VKU-Modell eine erstmalige Förderung des EE-Stromprodukts zu erkennen, was ebenfalls die Rechtfertigung einer Beschränkung erschweren würde.

bb. Liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S. der *Dassonville*-Formel vor?

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die im VKU-Modell vorgesehene Ausgabe der EEG-HKN möglicherweise nicht als Maßnahme gleicher Wirkung zu beurteilen ist, die über das bestehende (und von der Kommission im Jahre 2014 auch im Lichte der Art. 34 ff. AEUV genehmigte) EEG-Fördersystem hinausginge. Zwar hängt die Erteilung der vorgesehenen EEG-HKN nach gegenwärtigem Stand vom Produktionsstandort des Stroms ab, so dass nur für solchen Strom, der in Deutschland erzeugt wird, EEG-HKN erteilt werden können. EE-Strom aus dem EU-Ausland könnte hingegen mit EEG-HKN nur i.R.d. § 2 Abs. 6 EEG gekennzeichnet werden. Auf der anderen Seite sollen nach Angabe des VKU auch ausländische EVU EEG-HKN erlangen können, soweit sie EE-Strom nach Deutschland verkaufen und dafür in Deutschland EEG-Umlage zahlen. Die EEG-HKN sind also lediglich ein „Annex“ zu der von den EVU erworbenen EEG-Stromquote (derzeit ca. 44 %). Wie schon erwähnt stellen sie an sich kein separates Förderinstrument dar. Ihre Ausgabe ändert an der (hier nicht zu beurteilenden) Frage nichts, ob das EEG-Fördersystem insgesamt eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellt.

So besteht in Deutschland bereits ein neben dem EEG-Finanzierungsmechanismus existierendes System des ungeforderten Direktvertriebs von EE-Strom (sog. sonstige Direktvermarktung; siehe § 20 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014). Für diese Art ungeforderten Direkterwerbs werden auch schon bisher Herkunftsnachweise gem. § 79 Nr. 1 EEG 2014 ausgestellt. Solche „herkömmlichen“ Herkunftsnachweise sollen nach Maßgabe des VKU mit den EEG-HKN ebenso wie ausländische Herkunftsnachweise nach eigener Aussage des VKU frei kombinierbar sein. Somit ist mit der Ausstellung der EEG-HKN im Vergleich zur Ausstellung „herkömmlicher“ (in- und ausländischer) Herkunftsnachweise keinerlei Besonderstellung und damit auch keine Diskriminierung verbunden.

Hinzu kommt, dass auch ein ausländisches EVU beim Erwerb von deutschem EEG-Strom bei entsprechender Zahlung der EEG-Umlage EEG-HKN erhält. Auch dies spricht gegen eine Diskriminierung. Da in Deutschland bisher im EEG keine Quotenpflicht besteht, die nur unter Vorlage der EEG-HKN erfüllt werden kann, sieht das VKU-Modell unseres Erachtens gerade keine dem Urteil *Ålands* vergleichbare Beschränkung vor.

Andererseits könnte die Europäische Kommission die Auffassung vertreten, dass die Förderung deutscher EE-Stromerzeuger durch die Ausgabe der EEG-HKN indirekt (über den Erhalt der Marktprämie bzw. der Einspeisevergütung) nochmals gestärkt wird und somit eine „Verböserung“ des EEG-Fördermechanismus vorliegt. Die Kommission könnte argumentieren, dass diese Art der Intensivierung der Ungleichbehandlung durch den EEG-Fördermechanismus, der für sich gesehen schon eine (zwar gerechtfertigte) Maßnahme gleicher Wirkung darstellt, eine von diesem separat zu beurteilende Maßnahme gleicher Wirkung begründet, die von der Freigabeentscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014 nicht mehr abgedeckt ist.

Dafür spricht zunächst, dass ausländische EE-Stromerzeuger (abgesehen von der in § 2 Abs. 6 EEG 2014 vorgesehenen Möglichkeit) keine Marktprämie bzw. die Einspeisevergütung erhalten können. Die Erzeugung von EE-Strom in deutschen Anlagen ist wegen der Förderung nach dem EEG günstiger als die Erzeugung desselben Produktes in ausländischen Anlagen, die an dieser Förderung nicht teilhaben.

Dafür, dass es sich bei der Erteilung von EEG-HKN um eine Maßnahme gleicher Wirkung handeln könnte, spricht auch das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Buy Irish*. Hintergrund der Rechtssache war eine Kampagne der irischen Regierung, die zum Ersatz von Einfuhren durch irische Produkte führen sollte, unter anderem durch die Erteilung des Etiketts „Guaranteed Irish“.³⁶ Obwohl während des Kampagnenzeitraums der Marktanteil irischer Güter sogar gesunken war³⁷ und es sich nicht um eine zwingende gesetzliche Anordnung handelte, erblickte der EuGH in der irischen Praxis eine Maßnahme gleicher Wirkung; insbesondere auch weil gerade die Förderung der nationalen Produktion beabsichtigt war. Die Fallkonstellationen sind zwar nicht vollständig vergleichbar, weil der Gerichtshof in dem irischen Fall eine Werbemaßnahme zu prüfen hatte und keine ausdrückliche Fördermaßnahme. Es ist gleichwohl nicht auszuschließen, dass die Europäische Kommission diese Rechtssache bei einem möglichen Angriff auf die vorgeschlagenen Modelle heranziehen könnte.

2. Rechtfertigungsmöglichkeiten

a. Rechtfertigung aus Umweltschutzgesichtspunkten und den Wertungen der EE-RL

Der in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Grundsatz, dass Beschränkungen des freien Warenverkehrs unterschiedslos auf einheimische wie auf eingeführte Waren angewendet werden müssen, hat bereits in der Rechtssache *PreussenElektra* eine Durchbrechung durch den EuGH erfahren. Das der Rechtssache zu Grunde liegende deutsche Stromeinspeisungsgesetz war nicht unterschiedslos anwendbar, weil es die nationalen Erzeuger von EE-Strom begünstigte. Ohne die Frage näher zu prüfen, ob die Maßnahme diskriminierend war oder nicht, entschied der Gerichtshof, dass das Stromeinspeisungsgesetz durch das Ziel des Umweltschutzes, durch das Ziel des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen und durch die Besonderheiten der Stromerzeugung gerechtfertigt war.³⁸ Der EuGH implizierte somit, dass auch (mittelbar) diskriminierende Maßnahmen durch ungeschriebene Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können; dies zumindest dann wenn ein derart überragend wichtiges Allgemeinwohlziel wie die Bekämpfung des Klimawandels in Rede steht und der betroffene Markt derart von den typischen Parametern eines Idealmarktes abweicht, wie der Energiemarkt.

In der Rechtssache *Ålands Vindkraft* erkannte der Gerichtshof ausdrücklich an, dass eine Beschränkung der Förderung erneuerbarer Energien auf im Inland erzeugten EE-Strom beim derzeitigen Stand des Unionsrechts erforderlich sein kann.³⁹ Mangels Harmonisierung seien die Mitgliedstaaten frei, nur auf ihrem Hoheitsgebiet erzeugten EE-Strom zu fördern (Art. 3 Abs. 3 und insbesondere Erwägungsgrund 25). Diesbezüglich sei die Anknüpfung der Förderung an die Erzeugung (anstatt an den Verbrauch) sachgerecht, da Strom sobald er in das Netz eingespeist wird, seine „grüne Eigenschaft“ verliere und eine Differenzierung auf Ebene des Verbrauchs daher kaum zu bewerkstelligen sei.⁴⁰ Zudem habe der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten zur Erfüllung der internationalen Verpflichtung der Union

36 EuGH, Rs. 249/81, Kommission/Irland, EU:C:1982, Rn. 3.

37 EuGH, Rs. 249/81, Kommission/Irland, EU:C:1982, Rn. 22.

38 EuGH, Rs. C 379/98, *PreussenElektra*, EU:C:2001:160, Rn. 73 ff.

39 EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, Rn. 92-104

40 Ebd. Rn. 95 f.

verbindliche nationale Erzeugungsquoten grünen Stroms auferlegt.⁴¹ Auch erkenne Erwägungsgrund 15 der EE-RL ausdrücklich an, dass die Potentiale zur Erzeugung erneuerbarer Energien in den Mitgliedstaaten unterschiedlich seien und zur Erfüllung der Klimaschutzziele diese Unterschiede durch eine faire Lastenverteilung berücksichtigt werden müssten.⁴² In Erwägungsgrund 25 der Richtlinie werde zudem darauf verwiesen, dass für ein ungestörtes Funktionieren der nationalen Förderregelungen die Mitgliedstaaten die Wirkung und die Kosten der Förderregelungen entsprechend ihres nationalen Potentials kontrollieren können müssten.⁴³ Des Weiteren sehe die Richtlinie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Förderung von EE-Strom vor.⁴⁴ Schließlich sei, um die Effektivität des Systems zu gewährleisten, ein gewisses Maß an Kontinuität erforderlich, das die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Investoren hinreichend berücksichtige.⁴⁵

Nach Auffassung des Gerichtshof war das dort beurteilte schwedische Förderregime auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Diesbezüglich leitete der EuGH die Prüfung damit ein, dass ein Mitgliedstaat, der die mit der Erzeugung von EE-Strom verbundenen Mehrkosten im Ergebnis den Letztverbrauchern auferlegt, nicht den ihm zustehenden Wertungsspielraum überschreite.⁴⁶ Wesentliche Begründungserwägung für das Verhältnismäßigkeitsurteil war aber die Existenz von Marktmechanismen, die es den Wirtschaftsteilnehmern auf wirksame Weise und unter fairen Bedingungen ermöglichen, die notwendigen Grünstrom-Zertifikate zu beschaffen.⁴⁷

In der Folgerechtssache *Essent Belgium* gelangte der Gerichtshof ebenfalls zu dem Ergebnis, dass das flämische Quotensystem nach den zuvor in der Rechtssache *Ålands Vindkraft* aufgestellten Grundsätzen nicht gegen Art. 34 AEUV verstieß.⁴⁸ Hinsichtlich der Legitimität von auf den jeweiligen Mitgliedstaat beschränkten Förderregelungen, stellte der Gerichtshof zusätzlich zu den in *Ålands* getroffenen Erwägungen, unter anderem auf Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/77 ab, wonach nationale Mechanismen zur Förderung der Erzeugung von grünem Strom zur Verwirklichung der Umweltschutzziele der EU beitragen, selbst wenn sie eine Beschränkung des Handels zur Folge haben.⁴⁹ Hinsichtlich der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wiederholte der Gerichtshof im Wesentlichen seine aus dem Urteil *Ålands* bekannte Begründung.⁵⁰ Der Gerichtshof ergänzte, dass die Abnahmeverpflichteten nicht übermäßig belastet werden dürften.⁵¹

In seinen – vor der Rechtssache *Ålands Vindkraft* – vorgestellten Schlussanträgen zu *Essent Belgium* vertrat Generalanwalt Bot dagegen in wesentlichen Aspekten eine andere Meinung als später der EuGH.⁵² Erstens wandte sich der Generalanwalt gegen die Behauptung, die Herkunft des Stroms sei nicht oder nur unter größten Schwierigkeiten feststellbar, da die Richtlinie 2001/77/EG gerade zum Ziel gehabt habe, die Herkunft von EE-Strom nachweisen zu können.⁵³ Zweitens könnten Treibhausgasemission an jedem Ort der Union gleich wirksam bekämpft werden, so dass Umweltschutzgesichtspunkte für eine Ungleichbehandlung und Abschottung der EE-Strommärkte nicht ins Feld geführt werden könnten.⁵⁴ Schließlich könne die Vorgabe nationaler Ziele in der Richtlinie nicht als Rechtfertigung herangezogen werden, da zur Erfüllung der Quote auch eingeführter EE-Strom angerechnet werden könne, solange keine Doppelanrechnung erfolge.⁵⁵ In den Schlussanträgen in der Rechtssache *Ålands Vindkraft*, die ebenfalls von Generalanwalt Bot stammen, bezweifelte dieser, dass die beschränkenden Bestimmungen des Förderregimes überhaupt einen Beitrag zum Umweltschutz leisten würden.⁵⁶ Seiner Ansicht nach seien diese zwar durch die EE-RL

41 Ebd. Rn. 97.

42 Ebd. Rn. 98.

43 Ebd. Rn. 99.

44 Ebd. Rn. 100 f.

45 Ebd. Rn. 103.

46 Ebd. Rn. 110.

47 Ebd. Rn. 113 ff.

48 Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2014:2192, Rn. 116.

49 Ebd. Rn. 94.

50 Ebd. Rn. 96-116.

51 Ebd. Rn. 114.

52 Schlussanträge GA Bot, Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2013:294 Rn. 99 ff.

53 Ebd. Rn. 103.

54 Ebd. Rn. 104.

55 Ebd. Rn. 107 ff.

56 Schlussanträge GA Bot, *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:37 Rn. 79 ff.

gerechtfertigt. Diese sei jedoch – vor allem was die Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 angehe – mit dem EU-Primärrecht unvereinbar und daher für nichtig zu erklären.⁵⁷ Der EuGH hat sich – wie gesehen – den Schlussanträgen des Generalanwalts nicht angeschlossen.

Aus der Rechtsprechung lassen sich daher folgende prinzipiellen Erwägungen für die Rechtfertigung diskriminierender nationaler EE-Stromfördersysteme ableiten:

- Die Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien wird von der Rechtsprechung bisher sowohl unter Art. 36 AEUV subsumiert als auch im Rahmen der Cassis-Doktrin als zwingendes Erfordernis anerkannt;
- Um die Effektivität des jeweiligen Systems zu gewährleisten, ist ein gewisses Maß an Kontinuität und Rechtssicherheit erforderlich, dass das Vertrauen der Investoren hinreichend berücksichtigt;
- Die Begründungserwägungen und Art. 3 Abs. 3 der EE-RL werden von der Rechtsprechung ernst genommen und zur Grundlage der Auslegung entsprechender Urteile gemacht. Im Einzelnen:
 - Mitgliedstaaten müssen die Kosten und Wirkungen nationaler Förderregeln als Voraussetzung für das Funktionieren der Fördersysteme kontrollieren können;
 - In den Mitgliedstaaten bestehen unterschiedliche Potentiale zur Erzeugung von EE-Strom, was unterschiedliche Zielvorgaben rechtfertigt;
 - Der in der Richtlinie vorgesehene Kooperationsmechanismus spricht gegen eine automatische Gleichbehandlung eingeführten EE-Stroms;
- Die Schwierigkeit, die Herkunft von EE-Strom nachzuweisen, rechtfertigt gewisse Beschränkungen;
- Gleiches gilt für die in der EE-RL vorgegebenen nationalen Ziele, bestimmte Quoten an Energie aus erneuerbaren Quellen zu erzeugen;
- Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist es erforderlich, dass ein Marktmechanismus besteht, der es Abnahmeverpflichteten ermöglicht, ihre Vorgaben zu erfüllen. Sie dürfen zudem nicht übermäßig belastet werden.

aa. Anwendung auf das GMM

Die Beschränkung des freien Warenverkehrs im Rahmen des GMM wäre nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung wohl noch gerechtfertigt sein (zu Einschränkungen noch unten). Die bisherige, stark auf die Wertungen der EE-RL bezugnehmende Rechtsprechung lässt den Mitgliedstaaten weitestgehend freie Hand bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Fördersysteme, sofern sie grundsätzlich geeignet sind, die Erzeugung erneuerbarer Energien zu fördern. Das GMM entspricht wohl diesen Vorgaben.

Grundsätzliches Ziel des Modells ist nämlich die über den EEG-Fördermechanismus hinausgehende Förderung von EE-Strom durch eine geförderte Möglichkeit der Direktvermarktung, einem grundsätzlich als legitim anerkannten Gemeinwohlbelang. Auch bestehen im deutschen System die gleichen Schwierigkeiten, welche bereits in den Rechts-sachen *Ålands Vindkraft* und *Essent Belgium* vorlagen und den EuGH auch da nicht davon abhielten, die Beschränkungen als gerechtfertigt anzusehen. Namentlich betrifft das die Schwierigkeit, die Herkunft grünen Stroms nachzuweisen und die Vorgabe, die den Mitgliedstaaten in der EE-RL auferlegten Ziele zu erfüllen. Schließlich ist die Kontrolle der Mitgliedstaaten über die Kosten und Wirkungen nationaler Förderregeln als Voraussetzung für das Funktionieren der nationalen Förderregime in der vorliegenden Konstellation von gleicher Relevanz wie in den entschiedenen Fällen. Im Gegensatz zu den Rechtssachen *Ålands Vindkraft* und *Essent Belgium* wäre zudem sogar EE-Strom aus dem EU-Ausland im Umfang der sich aus § 2 Abs. 6 EEG 2014 ergebenden Quote förderfähig, so dass gegenwärtig erst recht von der Vereinbarkeit des Modells mit den Vorschriften der Art. 34 ff. AEUV ausgegangen werden kann.

57 Ebd. Rn. 111.

bb. Anwendung auf das VKU-Modell

Sollte man zu dem Ergebnis kommen, dass aus dem VKU-Modell eine mittelbare Diskriminierung oder eine Beschränkung resultiert, so wäre auch diese voraussichtlich ebenfalls nach dem derzeitigen Stand des Unionsrechts gerechtfertigt. Da das VKU-Modell keinerlei Änderungen am Fördersystem des EEG vorsieht, sondern unmittelbar an dieses anknüpft, würde es voraussichtlich in gleichem Umfang wie das EEG selbst gerechtfertigt sein.⁵⁸ Die einzige Ergänzung zum bestehenden System wäre die Einführung von EEG-HKN, die aber weit weniger beschränkend wirken würden als die Limitierung der Förderung auf national erzeugten EE-Strom. Daher würde auch dieses Modell voraussichtlich nach den in den Rechtssachen *Ålands Vindkraft* und *Essent Belgium* aufgestellten Grundsätzen (zumindest gegenwärtig) als für mit den Vorschriften über die Warenverkehrsfreiheit vereinbar erachtet werden.

b. Risiken der Rechtfertigung durch Umweltschutzaspekte

Auch wenn diese unseres Erachtens am Ergebnis dieses Gutachtens, dass die durch das GMM und das VKU-Modell ausgelösten Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit zum gegenwärtigen Zeitpunkt gerechtfertigt sein sollten, nichts ändert, so stellen folgende zwei Aspekte zumindest ein gewisses (erhöhtes) Risiko für eine zukünftige Rechtfertigung dar:

c. Von der Förderung der Erzeugung hin zur Förderung der „Ware EE-Strom“

Vor dem Hintergrund der *Ålands Vindkraft*-Entscheidung ist eine Abkehr von der Förderung der Produktion hin zur Förderung des Produkts bzw. des Handels mit dem Produkt „EE-Strom“ bedenklich. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der Gerichtshof nämlich ausdrücklich darauf abgestellt, dass eine genaue Herkunftsbestimmung und damit eine Unterscheidung zwischen „Grünstrom“ und „Graustrom“ nach seiner Überzeugung nur auf der Ebene der Erzeugung wirksam vorgenommen werden kann.⁵⁹ Zudem könne Strom nur aufgrund seiner Herstellungsart als „grün“ bezeichnet werden und in entsprechendem Umfang zu den Klimaschutzziele der Union beitragen, weshalb die Förderung gerade an die Art der Stromerzeugung anknüpfen sollte.⁶⁰

Durch die Einführung der Grünstromvermarktungsmodelle bestünde die Gefahr, dass diese Vorgaben nicht eingehalten werden. Da die Förderung unter Umständen auch Teilen der Vertriebsstufe in Form der Befreiung von der EEG-Umlage, bzw. durch Ausstattung mit EEG-HKN zugute kommen würde, wäre nicht mehr sichergestellt, dass ausschließlich die Erzeugung von EE-Strom gefördert würde, sondern auch der Handel mit diesem. Eine klare Separation der Förderung von „EE-Strom“ und „Graustrom“ wäre aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten des Strommarktes dann nicht mehr eindeutig vornehmbar. Dementsprechend wäre auch nicht sichergestellt, dass vornehmlich die Erzeugung und nicht der Vertrieb des EE-Stroms gefördert würde. Es wäre folglich auch nicht mehr klar nachweisbar, dass die Maßnahme den Klimaschutzziele der Union dient.

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass eine – wenn auch nur teilweise – Förderung des Vertriebs die Begrenzung auf national erzeugten EE-Strom umso weniger plausibel erscheinen lässt. Denn nach der EE-RL sind die nationalen Klimaschutzziele durch die nationale Erzeugung von EE-Strom oder im Rahmen völkerrechtlicher Vereinbarungen über eine gemeinsame Kooperation gemäß Artikel 5-11 zu erfüllen.⁶¹ Man kann zwar den Handel aus Umweltschutzgründen beeinträchtigen, das ist jedoch ist dann schwerer vertretbar, wenn man für die Erreichung der Umwelt- und Klimaschutzziele gerade auf das Integrationsmodell des Handels setzt. Dann ist es schwieriger zu begründen, warum eine Beschränkung auf national erzeugten Strom notwendig sein soll.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission in ihrer Entscheidung über die Vereinbarkeit des EEG 2014 mit dem EU-Recht im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit einen Verstoß gerade auch deshalb verneinte, weil das Gesetz die Erzeugung erneuerbarer Energien fördere.⁶² Diese Voraussetzung für ein positives Votum der Kommission würde mithin riskiert.

58 Europäische Kommission, Entscheidung v. 23.7.2014, SA.38362 – EEG 2014.

59 EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, Rn. 96.

60 EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, Rn. 95.

61 Ebd. Rn. 97.

62 Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632 – EEG 2014, Rn. 338.

Zuletzt ist nicht zu verkennen, dass alle bisherigen Entscheidungen des EuGH im Bereich der erneuerbaren Energien von dem Bestreben getragen waren, die jeweiligen nationalen Maßnahmen, auch wenn sie Herkunftsunterscheidungen trafen, nicht als diskriminierend zu bezeichnen, um die Wirksamkeit nationaler Fördersysteme zu erhalten. Dies hatte wohl vor allem den Grund, die Rechtfertigung zu erleichtern, da diese bei lediglich beschränkenden, aber nicht diskriminierenden Maßnahmen gemeinhin an weniger strenge Anforderungen geknüpft ist. Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass bei entsprechender Änderung der EE-RL der Gerichtshof in Zukunft von diesem Ansatz Abstand nimmt und eine entsprechende Rechtfertigung dann an strengeren Maßstäben gemessen wird.

aa. Zu erwartende Änderung der Rechtsprechung in Folge einer Überarbeitung des EU-sekundärrechtlichen Energierechts

Die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze zur Beurteilung nationaler Förderregeln belassen den Mitgliedstaaten bis dato einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer nationalen Fördersysteme. Selbst offenkundig diskriminierende Förderregime, welche einheimischen gegenüber eingeführtem EE-Strom bevorzugen, wurden als mit dem Unionsrecht vereinbar erachtet. Zwar wird vor diesem Hintergrund momentan nahezu jedes Modell der Direktvermarktung unionsrechtlich zu rechtfertigen sein. Jedoch sollte nicht verkannt werden, dass die Rechtsprechung die Tür für eine „Vergemeinschaftung“ des EE-Marktes weit offen lässt und daher äußerst sensibel für Änderungen des unionsrechtlichen Rahmens ist.

Dies liegt zunächst daran, dass der EuGH zur Begründung der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Beschränkungen sowohl in *Ålands Vindkraft* als auch in *Essent Belgium* wesentlich auf die der EE-RL zu Grunde liegenden Wertungen bzw. die Erwägungsgründe zur Richtlinie abgestellt hat.⁶³ Würden diese Wertungen durch eine Änderung des Sekundärrechts eine Neubewertung erfahren, ist davon auszugehen, dass sich auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs entsprechend ändern würde. Der Gerichtshof hat insoweit stets betont, dass eine Rechtfertigung nach dem „derzeitigen Stand des Unionsrechts“ anzunehmen sei. Dies wird auch daraus deutlich, dass der EuGH in *Ålands Vindkraft* seine in PreussenElektra vorgenommene Bewertung des Energiemarktes an das geänderte Sekundärrecht angepasst hat und von einer weitergehenden Liberalisierung als noch in jener Rechtssache ausging.⁶⁴ Analog wäre damit zu rechnen, dass der Gerichtshof eine Streichung oder Änderung der Vorschriften bzw. Erwägungsgründe, die den Mitgliedstaaten die volle Kontrolle über ihre Förderregime gewährleisten, entsprechend würdigen würde.

Wie oben dargelegt, erwägt die EU-Kommission die Öffnung der nationalen Fördersysteme stärker voran zu bringen. Daher ist es nicht gesichert, dass eine Regelung wie Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie 2009/27/EG auch in der neuen Erneuerbaren-Richtlinie Bestand haben wird. Die EU-Kommission hat einen Vorschlag für eine neue Richtlinie in 2016 angekündigt.

Eine entsprechende Richtungsänderung der Rechtsprechung läge aber insofern nahe, als die von dem Gerichtshof angeführten Sacherwägungen, soweit sie nicht auf der Richtlinie beruhen, nicht zwingend sind. Bereits die Schlussanträge des Generalanwalts Bot in *Ålands Vindkraft* als auch in *Essent Belgium* bieten hinreichend Grund zu der Annahme, dass die Argumentation des Gerichtshofs ohne die Richtlinie in ihrer heutigen Fassung auch sehr viel strenger hätte ausfallen können.

Dies würde sich unmittelbar auf die hier zu prüfenden Modelle auswirken. Darüber hinaus darf nicht verkannt werden, dass sich die Prüfungsanforderungen des Gerichtshofs seit dem Urteil in PreussenElektra wesentlich verschärft haben. Während der Gerichtshof in dieser Entscheidung in der Sache nicht mehr argumentierte, als dass das deutsche Gesetz dem Umweltschutz und der Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien diene, nahm er in den Rechtssachen *Ålands Vindkraft* und *Essent Belgium* eine detaillierte Rechtfertigungsprüfung vor. Im Gegensatz zu seiner üblichen Spruchpraxis zur Warenverkehrsfreiheit, in der der Gerichtshof sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle auf eine Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der nationalen Maßnahme beschränkt, nahm

63 So auch M. Szydło, CMLRev. 2015, 489 (498 ff.).

64 EuGH, Rs. C-573/12, *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:2037 Rn. 85.

er in den beiden Rechtssachen eine eigene Abwägung (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) vor. Dies macht deutlich, dass der Gerichtshof gewillt oder – in Anbetracht der Entwicklung auf dem Energiebinnenmarkt sogar gezwungen – ist, nationale Fördersysteme an einem strengen Maßstab zu messen. Zwar hat der Gerichtshof in den bisherigen Entscheidungen die nationalen Beschränkungen der EE-Stromfördersysteme noch hingenommen. Jedoch hat er sich zugleich die Möglichkeit einer vertieften Kontrolle zu einem späteren Zeitpunkt unter Verweis auf seine eigene – sodann – ständige Rechtsprechung eröffnet.

Die hier zur Überprüfung gestellten Grünstrommodelle würden von entsprechenden Verschärfungen der Rechtsprechung nicht unberührt bleiben. Sie würde sich insbesondere deshalb auswirken, weil wie dargestellt die Intensität des Eingriffs dadurch steigt, dass nicht mehr nur die Erzeugung des EE-Stroms sondern auch die Vermarktung als „grünes Produkt“ durch das EEG bzw. die Befreiung von der EEG-Umlage gefördert werden würde und deshalb der Rechtfertigungsaufwand höher wäre. Dem Gerichtshof verbleiben im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mehrere „Stellschrauben“, an denen er ein zukünftig zu überprüfendes nationales Fördersystem für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklären könnte, die er aber auch differenziert einsetzen könnte je nach Eingriffsintensität des jeweiligen Modells, ohne prinzipiell an seiner bisherigen Rechtsprechung zu rütteln.

Wie bereits oben ausführlich dargestellt, ist anzunehmen, dass die Kommission vermehrt Anstrengungen zur Öffnung der nationalen Fördersysteme unternimmt. Dies würde sich aller Voraussicht nach unmittelbar in novelliertem Sekundärrecht niederschlagen, was wiederum mit hoher Wahrscheinlichkeit die Bewertung nationaler Fördersysteme durch den Gerichtshof beeinflussen würde.

d. „Regionalität“ als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund?

Weiter ist zu erwägen, ob der Umstand, dass lokal oder regional erzeugter EE-Strom auch lokal/regional vertrieben wird, einen Widerspruch zum Unionsrecht, insbesondere eine Diskriminierung ausländischen Stroms rechtfertigen kann. Sowohl das GMM als auch das VKU-Modell sehen einen solchen „Regionalitätsaspekt“ nämlich vor, indem sie den Erwerb von Herkunftsnachweisen bzw. EEG-HKN z.B. ermöglichen wollen, die für die Produktion von EE-Strom durch einen bestimmten Erzeuger oder in einer bestimmten Region ausgegeben wurden. Die dahinter stehende Sacherwägung ist, dass der Vertrieb von vor Ort erzeugter Energie an lokale Verbraucher aus regionalpolitischen, ökologischen oder auch ökonomischen Gründen vorzugswürdig sein könnte. Wie im Folgenden dargelegt wird, ist ein derartiger „Regionalitätsgrundsatz“ bislang jedoch nicht eindeutig in der Unionsrechtsordnung verankert.

aa. Verursacherprinzip

(i) Art. 191 Abs. 2 AEUV

Der juristische Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung regionaler Erzeugung von EE-Strom ist das umweltrechtliche Verursacherprinzip oder auch Ursprungsprinzip (im Englischen „polluter pays principle“). Dieses findet seine Grundlage in Art. 191 Abs. 2 AEUV, wonach die Umweltpolitik der Union auf dem Grundsatz beruht, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen. Im Kern zielt es darauf ab, dass die sozialen Kosten von Umweltbeeinträchtigungen vom jeweiligen Verursacher internalisiert werden sollen.⁶⁵ Denn nur dann besteht eine optimale Anreizstruktur zur effizienten Nutzung knapper Ressourcen.

Überträgt man diesen Grundsatz auf die Energieherstellung, so ließe sich argumentieren, dass die mit der Erzeugung von Energie verbundenen (sozialen) Kosten von den unmittelbaren Nutznießern getragen werden sollten. Soziale

65 EuGH, Rs. C-293/97, Standley, EU:C:1999:215 Rn. 51.

Kosten können über die unmittelbar mit der Produktion verbundenen Betriebskosten hinausgehen und auch nicht-pekuniäre Kosten, wie etwa Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes umfassen. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass Energieverbraucher direkt mit den Kosten des Konsums belastet werden sollten, was wiederum am einfachsten zu bewerkstelligen wäre, wenn sie direkt vor Ort mit diesen konfrontiert werden.

Andererseits würde es zur Verwirklichung des Prinzips – zumindest aus theoretischer Sicht – genügen, wenn die Nutznießer der Energieerzeugung deren soziale Kosten durch Geldtransfers ausgleichen würden. Eine regionale Herstellung von Energie ist hierfür keine Voraussetzung.

(ii) Das Verursacherprinzip in der Rechtsprechung

Seine prominenteste Ausprägung hat das Verursacherprinzip in der Rechtssache Wallonischer Müll erfahren. Dem Fall lag eine belgische Regelung, die die Einfuhr von ausländischem Müll untersagte, zu Grunde. Diese offensichtlich diskriminierende und damit gegen Art. 34 AEUV verstoßende Regelung sah der Gerichtshof jedoch aus Umweltschutzgründen („zwingende Erfordernisse“) und vor allem wegen des Verursacherprinzips für gerechtfertigt an. Diesbezüglich führte er aus, dass „[d]er für die Umweltpolitik der Gemeinschaft in Artikel [191 Absatz 2 AEUV] aufgestellte Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen nach Möglichkeit an ihrem Ursprung zu bekämpfen, bedeutet (...), daß es Sache jeder Region, Gemeinde oder anderen Gebietskörperschaft ist, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um Aufnahme, Behandlung und Beseitigung ihrer eigenen Abfälle sicherzustellen;...“⁶⁶ In der Rechtssache Bioabfälle entschied der Gerichtshof hingegen, dass die in dem Urteil *Wallonischer Müll* aufgestellten Grundsätze eine Missachtung des Vergaberichts nicht rechtfertigen könnten.⁶⁷

Im Verfahren *Essent Belgium* hat die Kommission zwar das sogenannte „Verursacherprinzip“, als möglichen Rechtfertigungsgrund angeführt. In seiner späteren Entscheidung ist der Gerichtshof indes nicht auf die Argumentation der Kommission eingegangen. Allein Generalanwalt Bot erwähnte diese kurz in seinen Schlussanträgen, um sie sodann ohne nähere Begründung zu verwerfen.⁶⁸

bb. Regionalität als Gemeinwohlbelang

Sozusagen als Umkehrung des Verursacherprinzips könnte man überlegen, ob durch die Herstellung eines Bezugs zur lokalen EE-Stromerzeugung z.B. durch entsprechende Herkunftsnachweise nicht auch ein Anreiz geschaffen werden könnte, EE-Strom „vom Windkraftanlagenbetreiber nebenan“ zu erwerben. Durch die Identifikation und den direkten Bezug zur EE-Stromproduktion mit der Bestrebung, fühlbar etwas „Gutes“ für die Umwelt zu tun, könnte möglicherweise eine größere Akzeptanz für lokale Landschaftsbeeinträchtigungen bei den Verbrauchern eintreten. Zudem wären die Verbraucher womöglich bereit, mehr Grünstrom direkt und zu höheren Ankaufspreisen zu erwerben, wenn sie wissen, woher der Grünstrom stammt, als wenn der Verbraucher „irgendeinen Grünstrom“ erwirbt, zu dessen Produktion er keinerlei Bezug hat.

Der durch die Regionalität geschaffene Anreiz, mehr lokalen Grünstrom zu beziehen, fördert somit den Klima- und Umweltschutz.

cc. Ergebnis

Es ist zwar durchaus plausibel, dass das Argument der Regionalität Umweltschutzaspekte in Bezug auf ein Marktinstrument zur Förderung von EE-Strom verstärkt. Als einziges Argument zur Rechtfertigung einer diskriminierenden EE-Stromförderregelung kann es unseres Erachtens aber nicht herhalten.

66 EuGH, Rs. C-2/90, Kommission/Belgien, EU:C:1992:310 Rn. 34.

67 EuGH, Rs. C-17/09, Kommission/Deutschland, EU:C:2010:33 Rn. 16 f.

68 Schlussanträge GA Bot, Rs. C-204/12 u.a., *Essent Belgium*, EU:C:2013:294 Rn. 105.

dd. Übertragung auf die Grünstrommodelle

Wie oben erwähnt sehen beide Direktvermarktungsmodelle ein Element der Regionalität vor: EVU können gegen eine Sonderzahlung EEG-HKN über EEG-Strom bzw. „herkömmliche“ Herkunftsnachweise lokaler Erzeuger erwerben. Dies belegt, dass eine bestimmte Art von EE-Strom – in Abhängigkeit von der Region, in der er vertrieben wird – durchaus einen höheren monetären Wert haben kann als andere Arten. Soweit belegt ist, dass die Schaffung einer solchen „Regionalität“ durch die Einführung einer Sonderabgabe oder die Zahlung eines höheren „Kaufpreises“ zur Schaffung einer größeren Akzeptanz und zu Preissteigerungen beim Erwerb von EE-Strom führt, könnte dies ein zusätzlicher Aspekt zur Rechtfertigung eines möglichen Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit sein. Für sich gesehen wäre er jedoch sicherlich nicht ausreichend.

3. Fazit und Zusammenfassung

Nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts und der in diesem Zusammenhang ergangenen Judikatur des Gerichtshofs wären voraussichtlich beide vorgeschlagenen Modelle mit dem Unionsrecht des freien Warenverkehrs vereinbar nach dem Maßstab des gegenwärtigen Stands des Sekundärrechts, insbesondere der EE-RL. Es findet jedoch durch die Einführung eines Direktvermarktungsmodells ein Paradigmenwechsel insofern statt, als das Deutschland erstmals nicht mehr nur die Erzeugung von EE-Strom, sondern auch die „grüne Ware EE-Strom“ fördern würde. Der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit wäre dadurch leichter eröffnet bzw. ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit intensiver, wodurch sich entsprechende Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit in jedem Falle schwieriger rechtfertigen lassen. Des Weiteren hängt die Kompatibilität der Direktvermarktungsmodelle mit dem Unionsrecht entscheidend von der zukünftigen Ausgestaltung des sekundärrechtlichen Rahmens ab. Dass dieser in seiner gegenwärtigen Form auf Dauer fortbesteht, ist zumindest ungewiss und angesichts der gegenwärtigen Bemühungen sogar unwahrscheinlich. Entsprechend würde sich dann wohl auch die Bewertung durch den Gerichtshof verändern. Spätestens dann käme es entscheidend darauf an, wie intensiv der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit wäre und sich die Rechtfertigungsmöglichkeiten durch eine Förderung handelbarer Produkte durch das EEG verschlechtern.

D. Sind die vorgeschlagenen Direktvermarktungsmodelle mit Art. 30, 110 AEUV vereinbar?

1. Lediglich Prüfung des GMM am Maßstab der Art. 30 und 110 AEUV

In Rn. 245 ff. des Eröffnungsbeschlusses gegen das EEG und die Besondere Ausgleichsregelung vom 18.12.2013 und auch in der Beantwortung der Klage Deutschlands gegen den Eröffnungsbescheid (Rs. T-134/14) hat die Kommission dargelegt, warum ihres Erachtens das damalige Grünstromprivileg in § 39 EEG 2012 gegen Art. 30 und 110 AEUV verstieß. § 39 EEG 2012 sah eine Verringerung der zu zahlenden EEG-Umlage für EVU u.a. dann vor, wenn das EVU 50% seines Stromportfolios von inländischen Erzeugern von EE-Strom bezog. Es bewirkte somit – genau wie das GMM – lediglich eine indirekte Förderung der EE-Stromanlagen. Es handelte sich ebenfalls um eine Form der privilegierten Direktvermarktung von EE-Strom. Die Kommission sah in § 39 EEG 2012 einen Verstoß gegen Art. 110 AEUV, weil von diesem verringerten Satz der EEG-Umlage nur inländische Erzeuger von EE-Strom profitieren konnten und die Abgabe damit eine diskriminierende Wirkung habe (siehe Rn. 247 des Eröffnungsbeschlusses). Diese Argumentation der Kommission zum Grünstromprivileg soll der Maßstab für die weitere Prüfung der Direktvermarktungsmodelle gemäß Art. 30 und 110 AEUV sein.

a. Anwendung auf das GMM

Betrachtet man die beiden vorgeschlagenen Grünstrommodelle im Lichte dieser Argumentation, so ergibt sich der wesentliche Unterschied, dass beim GMM das EVU, das EE-Strom (ggf. über einen Direktvermarkter) direkt bezieht, als Gegenleistung u.a. von der EEG-Umlage befreit ist. Folgte man daher der oben aufgezeigten Argumentation der

Kommission, könnte beim GMM ein Verstoß gegen Art. 30 bzw. 110 AEUV in der Form vorliegen, dass die EVU nur dann keine EEG-Umlage zahlen müssen, wenn sie i.R.d. GMM EE-Strom, der gem. § 4 EEG 2014 auf dem Bundesgebiet erzeugt wurde oder unter die Regelung in § 2 Abs. 6 EEG 2014 fällt. Wurde der EE-Strom hingegen (außerhalb von § 2 Abs. 6 EEG 2014) im Ausland erzeugt und im Wege der Direktvermarktung an ein deutsches EVU verkauft, muss dieses EEG-Umlage abführen.

b. Anwendung auf das VKU-Modell

Beim VKU-Modell hingegen kann die EEG-Umlage zunächst deshalb keine diskriminierende Wirkung haben, weil bei dem im Rahmen dieses Modells vorgesehenen Bezug von EE-Strom keinerlei Reduktion der EEG-Umlage stattfindet. Deshalb kann das VKU-Modell im Hinblick auf die EEG-Umlage keinen vom EEG-Umlagensystem losgelösten Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV enthalten. Die Vereinbarkeit des EEG 2014 mit Art. 30 und 110 AEUV hat die Kommission in ihrer Entscheidung vom 23. Juli 2014 jedoch anerkannt.⁶⁹

Soweit man auf die mögliche „Diskriminierung“ ausländischer EE-Stromerzeuger dadurch abstellt, dass deutsche EE-Stromerzeuger (und nach § 2 Abs. 6 EEG zugelassene ausländische EE-Stromerzeuger) zusätzlich zur Marktprämie bzw. Einspeisevergütung i.R.d. VKU-Modells auch noch durch die Ausgabe der EEG-HKN mittelbar gefördert werden, ausländische EE-Stromerzeuger jedoch nicht, so ist diese Diskriminierung nach Ansicht des Gutachtens einzig an der Warenverkehrsfreiheit zu messen. Es ist nicht ersichtlich, in wie fern allein die durch das VKU-Modell ermöglichte Ausstellung von EEG-HKN für EEG-Strom einen Zoll oder eine Abgabe gleicher Wirkung im Sinne einer einseitig auferlegten Belastung darstellen sollte. Das EEG-Umlagensystem ist – wie gesagt – durch das VKU-Modell nicht (oder nur höchst mittelbar durch die Sonderzahlungen für den Erwerb bestimmter EEG-HKN zugunsten des EEG-Umlagekontos) berührt und ausländische EVU werden nicht benachteiligt. Die EEG-HKN sind nach der hier vertretenen Auffassung Waren und sind deshalb – wie im vorherigen Abschnitt geschehen – lediglich am Maßstab der Art. 34 ff. AEUV zu prüfen (siehe unter C.I.a.aa.).

2. Tatbestandsmerkmale des Art. 30 AEUV

a. Prüfungsmaßstab

Es stellt sich die Frage, ob die Direktvermarktungsmodelle mit Art. 30 und 110 AEUV vereinbar sind. Beim EEG 2012 und dem EEG 2014 hat die Bundesregierung einen solchen Verstoß abgelehnt. Die Europäische Kommission kommt für das EEG 2012 zu dem Ergebnis dass ein Verstoß vorlag, der im Nachhinein ausgeglichen werden muss, für das EEG 2014 wird ein Verstoß abgelehnt, da mit der Öffnung der Förderung für Strom in anderen europäischen Ländern keine diskriminierende Abgabe mehr vorliegt. Im folgenden soll die grundsätzliche Frage nach Art. 30 und 110 nicht wieder aufgegriffen werden, sondern nur geprüft werden, ob die vorgeschlagenen Modelle neue Probleme mit Blick auf Art. 30 oder 110 AEUV aufwerfen.

Hintergrund der Diskussion in den Art. 30 und 110 AEUV ist, dass der EuGH mehrfach entschieden hat, dass unter das Verbot von Art. 30 und 110 AEUV auch eine Abgabe fällt, die dazu bestimmt ist, Tätigkeiten zu fördern, die speziell dem belasteten inländischen Produkt zu Gute kommen, so dass sich daraus ergeben kann, dass der Beitrag dennoch diskriminierende Wirkung hat.⁷⁰ Es stellt sich also die Frage, ob die diskutierten Modelle in Bezug auf diese Fragestellung eine andere Bewertung rechtfertigen als das EEG insgesamt.

69 Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, SA.38632 – EEG 2014, insbesondere Rn. 337.

70 Rs. Compagnie commerciale de L'Ouest, Urteil v. 11.03.1992, Rs. C-78/90 – 83/90, Rn 26.

b. Art. 30 oder 110 AEUV?

Nach Ansicht des EuGH besteht zwischen den Abgabenarten in Art. 30 und Art. 110 AEUV ein Verhältnis der Alternativität.⁷¹ Wird das Abgabenaufkommen dazu verwendet, die Belastung inländischer Waren vollständig zu kompensieren, d. h. sind die Vergünstigungen für das inländische Produkt mit der Belastung finanziell gleichwertig, liegt eine Abgabe zollgleicher Wirkung vor; dient das Abgabenaufkommen nur zu einer Teilkompensation bei inländischen Waren, ist Art. 110 einschlägig.⁷² Mit anderen Worten ist ein Verstoß gegen Art. 30 AEUV dann zu prüfen, wenn inländische Produkte in unmittelbar oder mittelbar diskriminierender Art und Weise vollständig von einer Abgabe befreit sind. Liegt hingegen – wie beim § 39 EEG 2012 – nur eine teilweise Befreiung vor, so ist diese am Maßstab des Art. 110 AEUV zu messen.

Bei der Beurteilung, ob beim GMM Art. 30 oder 110 AEUV einschlägig ist, kommt es auf die Vergleichsgruppe an: Betrachtet man nur den i.R.d. GMM vermarkteten EE-Strom, dann ist dessen Vertrieb durch die EVU vollständig von der EEG-Umlage befreit. Die Befreiung von der EEG-Umlage kommt der im Wege des GMM direkt vermarkteten „Ware EE-Strom“ auch insofern indirekt zu Gute, als dass die EVU einen Anreiz bekommen, Grünstrom direkt von den EE-Stromerzeugern zu erwerben. Betrachtet man hingegen das gesamte EE-Stromangebot, liegt nur eine Teilbefreiung von der EEG-Umlage vor. Die besseren Gründe sprechen jedoch hier dafür, als Vergleichsgruppe nur den i.R.d. GMM vermarkteten EE-Strom zu betrachten und die Befreiung von der EEG-Umlage diesbezüglich an Art. 30 AEUV zu messen.

c. Vorliegen einer Abgabe (zoll-)gleicher Wirkung

Eine Abgabe zollgleicher Wirkung ist gem. dem EuGH eine „bei der Einfuhr oder später erhobene, einseitig auferlegte Belastung, die dadurch, dass sie speziell die aus einem Mitgliedstaat eingeführten Waren, nicht aber gleichartige einheimische Waren trifft jene Waren verteuert und damit die gleiche Auswirkung auf den freien Warenverkehr hat wie ein Zoll“.⁷³ Hier wird der ausländische, in Deutschland vermarktete EE-Strom mit der EEG-Umlage belastet, während dies für den über das GMM vermarkteten deutschen EE-Strom nicht der Fall ist. Die Diskussion, ob es sich beim Strom insgesamt sowie bei EE-Strom im Speziellen um eine Ware handelt, wurde oben bereits ausführlich dargestellt.

d. Stoffgleichheit

Eine Diskriminierung i.S.d. Art. 30 AEUV kann nur dann vorliegen, wenn die auf eine Ware erhobene Abgabe zollgleicher Wirkung dazu verwendet wird, um die inländische Produktion derselben Ware zu fördern, während die Produktion derselben Ware im Ausland nicht gefördert wird.⁷⁴ Im Falle der EEG-Umlage ist zunächst festzustellen, dass die ÜNB für jede durch die EVU an Letztverbraucher gelieferte KW/h Strom die EEG-Umlage verlangen können. Allerdings kommt die EEG-Umlage im Gegenzug nicht generell den deutschen Stromerzeugern zu Gute, sondern nur den Erzeugern von EE-Strom und auch nur unter der Bedingung, dass ein Förderanspruch nach § 19 EEG vorliegt. Damit liegt im EEG generell keine Stoffgleichheit vor.

71 EuGH, Rs. 57/65, Lütticke GmbH/Hauptzollamt Saarlouis, EU:C:1966:34; Rs. 25/67, Milch-, Fett- und Eierkontor/Hauptzollamt Saarbrücken, EU:C:1968:21; Rs. C-90/94, Haahr Petroleum, EU:C:1997:368, Rn. 19; Rs. C-213/96, Outokumpu, EU:C:1998:155, Rn. 19; Rs. C-234/99, Nygård, EU:C:2002:244 Rn. 17; Rs. C-355/00, Freskot, EU:C:2003:298, Rn. 39. A. A. Wiebe, Das Verbot der Erhebung von Abgaben zollgleicher Wirkung in Abgrenzung zu anderen Regelungen des EG-Vertrags, S. 128 ff.

72 Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 30, Rn. 11.

73 EuGH, verb. Rs. 2,3/62, Kommission/Luxemburg, Belgien, EU:C:1962:45; EuGH, Rs. C-441/98 und C-442/98, Kapniki Michailidis/IKA, EU:C:2000:479.

74 Siehe z.B. Beihilfeentscheidung der Kommission N 437/2009, Rn. 63: „It follows from Article 25 and 90 of the EC Treaty that when a charge imposed on a good is used to finance the national production of that same good, that levy must not apply to imported goods and must apply to exported goods“.

Die Kommission beurteilt dies jedoch anders. Sie vertritt in der Rs. T-134/14 die Auffassung, dass „das Produkt, im Hinblick auf welches das Vorliegen einer Verletzung der Art. 30 und 110 AEUV zu beurteilen [sei], nicht Strom sondern Strom je nach Art seiner Herstellung“ sei. Sie verweist zur Begründung dieser Ansicht auf Rn. 142 bis 147 der Rechtssache Essent. Auch dort hatte der EuGH einen Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV (damals nach Art. 25 und 90 EGV) angenommen ohne das Problem der „Stoffgleichheit“ näher zu thematisieren. Somit verbleibt eine gewisse Unsicherheit in dieser Frage.

Beim GMM steigt diese Unsicherheit, denn anders als beim EEG wird jetzt der deutsche Grünstrom von der EEG-Umlage befreit, während der ausländische Grünstrom die Umlage zahlen muss.

3. Übertragbarkeit von Rechtfertigungsgründen auf Verstöße gegen Art. 30, 110 AEUV (Umweltschutz, Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2009/28/EG)

Art. 30 und 110 AEUV sehen dem Wortlaut nach keine Möglichkeit der Rechtfertigung vor. Da es sich um Verbote von (unmittelbaren oder mittelbaren) Diskriminierungen handelt und nicht um Beschränkungsverbote, ist die sog. „Cassis-Formel“ des EuGH, die dieser i.R.d Warenverkehrsfreiheit entwickelt hat und die eine Rechtfertigung von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit wegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls vorsieht, eigentlich nicht anwendbar.

Unter Umständen könnte man erwägen, die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der Warenverkehrsfreiheit auch im Rahmen der Art. 30 und 110 AEUV zu übertragen wegen der Konsistenz der Rechtsprechung. Das wäre jedoch eine Frage der Rechtsfortbildung und dementsprechend unsicher.

Hinzu käme auch hier, dass sich der EuGH für die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit maßgeblich auf den gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts, also insbesondere Art. 3 Abs. 3 der Erneuerbaren-Richtlinie gestützt hatte (siehe oben). Sollte sich diese ändern, wäre unklar ob der EuGH an seiner Rechtsprechung festhält. Das würde sich dann entsprechend auf eine mögliche Übertragbarkeit der Rechtfertigungsgründe auf Art. 30 und 110 AEUV ebenso niederschlagen.

Im Ergebnis hatte die Kommission im Verfahren zum EEG 2014 den von ihr angenommenen Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV nur deshalb als gerechtfertigt angesehen, weil das EEG für künftige Ausschreibungen in einer entsprechenden Höhe von 5 % des jährlichen Ausbaus für ausländischen Erneuerbaren-Strom geöffnet werden soll. Inwieweit diese Öffnung jedoch auch noch ausreicht, um einen Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV durch das GMM zu rechtfertigen, ist sehr unsicher, da das GMM noch deutlicher diskriminiert.

4. Ergebnis

Das GMM, das eine Befreiung der EVU von der EEG-Umlage für den Bezug von EE-Strom vorsieht, erscheint daher im Lichte des Art. 30 AEUV sehr kritisch. Es ist davon auszugehen, dass die Kommission eine Diskriminierung ausländischen EE-Stroms, der nicht von der EEG-Umlage befreit ist, annehmen wird. Weiterhin ist ein Verstoß gegen Art. 30 AEUV gemäß dem Vertragswortlaut keiner Rechtfertigung zugänglich. Auch wenn es viel gute Gründe und Anzeichen in der Rspr. des EuGH gibt, Umweltschutzaspekte und den Gedanken des Art. 3 Abs. 3 der EE-RL auch hier „quasi-rechtfertigend“ zu berücksichtigen, so wäre eine Rechtfertigung gegenwärtig Rechtsfortbildung und damit höchst unsicher. Sollte sie damit Erfolg haben, ist die i.R.d GMM erfolgende Diskriminierung ausländischen Grünstroms erst recht nicht mehr zu rechtfertigen.

Dies könnte nur dadurch ausgeglichen werden, dass das EEG 2014 in § 2 Abs. 6 EEG 2014 eine teilweise Öffnung zugunsten ausländischer Betreiber von EE-Stromanlagen vorsieht. Ob diese Regelung auch für das GMM ausreichend ist, ist sehr unsicher, da das GMM anders als das EEG nur für ausländischen Grünstrom die Umlage erhebt und damit direkt diskriminiert.

E. Vereinbarkeit mit EU-Beihilferecht

1. Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV ist der Tatbestand einer Beihilfe dann erfüllt, wenn ein Unternehmen selektiv aus staatlichen Mitteln begünstigt wird und diese Begünstigung zu einer Wettbewerbsverfälschung und einer Handelsbeeinträchtigung führt.

Die Bundesregierung hat in den Klageverfahren gegen den EEG-Eröffnungsbeschluss und die endgültige Entscheidung stets vorgebracht, dass weder der EEG-Wälzungsmechanismus noch das EEG-Umlagesystem staatliche Beihilfen darstellen, da insbesondere das gesamte EEG-Umlagesystem nicht unter staatlicher Kontrolle stehe. Die Europäische Kommission hat dies im Eröffnungsbeschluss gegen das EEG 2012 und die besondere Ausgleichsregelung sowie in der Entscheidung vom 23. Juli 2014 zum EEG 2014 jedoch anders beurteilt und ist in Bezug auf das EEG-Umlagesystem von einer unter staatlicher Kontrolle stehenden staatlichen Beihilfe ausgegangen. Die Frage, ob ein mögliches Direktvermarktungsmodell für EE-Strom eine staatliche Beihilfe darstellt, ist jedoch unabhängig und losgelöst von der gerade dargestellten Streitfrage zu beurteilen, ob das gesamte EEG-Umlagesystem eine Beihilfe darstellt. Denn zumindest das GMM ist als alternatives Vermarktungsmodell konzipiert, das mit dem EEG-Wälzungsmechanismus wenige bis keine Überschneidungen hat und deshalb auch beihilferechtlich von diesem losgelöst zu betrachten ist.

Bevor die beiden hier untersuchten Direktvermarktungsmodelle der beihilferechtlichen Prüfung unterzogen werden sollen, ist jedoch als Ausgangspunkt der Betrachtungen kurz darzustellen, wie die Kommission insbesondere im Eröffnungsbeschluss zum EEG-Verfahren das im EEG 2012 in § 39 enthaltene Grünstromprivileg beihilferechtlich eingeordnet hat. Wie schon erwähnt, sah das damalige EEG 2012 zwar keine Komplettbefreiung, jedoch eine 50%ige Reduktion der EEG-Umlage zugunsten der EVU vor. Da die Kommission die EEG-Umlage selbst als Beihilfe eingeordnet hat, argumentiert sie konsequenterweise in Rn. 144 des Eröffnungsbeschlusses, dass eine Verringerung der EEG-Umlage einen Verzicht auf staatliche Mittel mit sich bringe und daher ebenfalls eine Beihilfe darstelle. Die staatliche Kontrolle ergäbe sich insbesondere daraus, dass die BNetzA sicherzustellen habe, dass nur EVU, die sämtliche Voraussetzungen des § 39 EEG 2012 erfüllen, von der Verringerung der EEG-Umlage profitieren (siehe Rn. 145). Die Verringerung der EEG-Umlage führe letztendlich dazu, dass die nicht vom Grünstromprivileg profitierenden Verbraucher mehr EEG-Umlage zu zahlen hätten.

Da es sich bei beiden hier betrachteten Grünstrommodellen zumindest beim GMM – anders als beim damaligen § 39 EEG 2012 – um vom EEG-Umlagesystem getrennte Marktmodelle handelt, sind die Betrachtungen der Kommission zum Grünstromprivileg nur teilweise übertragbar. Denn das damalige Grünstromprivileg war vollends in das EEG-Umlagesystem integriert. Dennoch ist die Aussage der Kommission, dass eine Verringerung oder auch eine Befreiung von der EEG-Umlage genauso wie die Umlage selbst eine staatliche Beihilfe sei, im Folgenden nicht aus dem Auge zu lassen.

2. Anwendung der Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf das GMM

a. Begünstigung

Zunächst müsste, damit der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist, eine selektive, staatliche oder staatlich kontrollierte Begünstigung zugunsten eines Unternehmens vorliegen. Die Begünstigung ist hier klar in der Befreiung der EVU von der EEG-Umlage und möglicherweise auch in der Ausstellung von Herkunftsnachweisen nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 zu sehen.⁷⁵

Herkunftsnachweise sollen nach Art. 2 j.) der EE-RL ausschließlich der Stromkennzeichnung dienen und stellen an und für sich kein selbständiges Förderinstrument dar. Auf der anderen Seite haben Herkunftsnachweise – so wie sie in Deutschland konzipiert sind – eindeutig einen monetären Wert. Der zu treibende Aufwand erscheint kaum als lohnend, wenn mit den Herkunftsnachweisen nicht ein gewisser Mehrwert verbunden wäre.⁷⁶ Die europarechtlich zulässige Entkopplung von physischer Stromlieferung⁷⁷ und Erhalt und Handel von Herkunftsnachweisen führt dazu, dass den Herkunftsnachweisen dieser Wert zugemessen wird, der unabhängig von dem mit den Herkunftsnachweisen gelieferten Strom bestehen bleibt und handelbar ist (siehe § 3 Abs. 1 Nr. 2 HerkunftsnachweisVO).⁷⁸ Im Ergebnis belegen die Herkunftsnachweise somit einzig, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Menge von EE-Strom erzeugt worden ist. In ihrer Entscheidung zu rumänischen Grünstromzertifikaten begründete die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe in Bezug auf die Zertifikate wie folgt: *„While taking note of all of the above, the Commission also observes that by giving green certificates for free to producers of electricity from renewable sources, the State is actually providing them, for free, intangible assets.”*⁷⁹ Auch in Rumänien waren die Grünstromzertifikate – ähnlich den deutschen Herkunftsnachweisen – nur als „Titel, der die Erzeugung des Stroms aus erneuerbaren Energiequellen nachweist“, konzipiert. Sie waren nicht losgelöst vom eigentlichen EE-Strom auf einem separaten Markt handelbar.⁸⁰

Als Nutznießer der Begünstigung kommen hier entweder die von der Zahlung der EEG-Umlage befreiten EVU, die Letztverbraucher oder die EE-Stromerzeuger selbst in Betracht. Bei den EVU läge der Vorteil insofern auf der Hand, als dass sie auf jede kW/h Strom, den sie an Letztverbraucher vertreiben und für die sie das GMM nicht in Anspruch nehmen, EEG-Umlage zahlen müssen, von der sie im Rahmen des GMM befreit sind. Die Letztverbraucher könnten einen Vorteil dahingehend haben, dass sie einen dementsprechend um die EEG-Umlage verminderten Stromkaufpreis bezahlen müssen. Der Vorteil für die EE-Stromerzeuger könnte darin liegen, dass die Befreiung von der EEG-Umlage für die EVU einen Anreiz darstellen soll, mehr EE-Strom über das GMM zu erwerben. Sie werden durch das GMM indirekt gefördert.

In der Entscheidungspraxis der Kommission und auch in der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass immer derjenige als Begünstigter einzustufen ist, der letztendlich materiell gesehen den Vorteil aus einer Beihilferegulierung trägt. Unternehmen, die eher als Durchleitstelle für den Mitteltransfer zu betrachten sind, sind hingegen nicht Begünstigte im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Unter dieser Prämisse sind wohl einzig und allein die EE-Stromerzeuger als Begünstigte des GMM zu betrachten. Denn der vermeintliche Vorteil der EVU und auch derjenige der Letztverbraucher durch die Befreiung von der EEG-Umlage wird dadurch wieder aufgehoben, dass sie beim Direkterwerb von EE-Strom über das GMM einen viel höheren Kaufpreis für den Strom bezahlen müssen, als sie bezahlen würden, wenn sie ein Graustrommix an der Strombörse erwerben würden. Damit müssen auch die Endverbraucher einen höheren Stromendpreis tragen. Materielle Profiteure des Systems sind somit (mittelbar) allein die EE-Stromerzeuger.

75 Ob die Ausstellung von Herkunftsnachweisen tatsächlich eine Begünstigung darstellt, könnte allerdings diskutiert werden, weil diese gemäß Art. 2. j. der EE-RL eigentlich keine Fördermittel darstellen, sondern nur der Stromkennzeichnung dienen.

76 Siehe dazu Salje, EEG 2014, § 79, Rn. 11.

77 Siehe dazu Art. 15 Abs. 2 UAbs. 4 der EE-RL, der voraussetzt, dass die Übertragung von Herkunftsnachweisen entweder „gesondert oder zusammen mit der physischen Übertragung von Energie“ erfolgen kann.

78 Ob zur Zeit eine getrennte – entkoppelte – Handelbarkeit von Herkunftsnachweisen in Deutschland möglich ist, ist in der Literatur umstritten. Gegen eine getrennte Handelbarkeit: Salje, EEG 2014, § 79, Rn. 11; für eine getrennte Handelbarkeit: Frenz/Müggenborg/Boemke, EEG 2012, § 55, Rn. 13.

79 Siehe Entscheidung der Kommission vom 13.07.2012, SA.33134 2011/N-RO;C(2011)4938, Rn. 53; Siehe dazu auch die diesem Fall vergleichbare Entscheidung der Kommission zu Emissionszertifikaten N 35/2003 – NOx Trading Scheme, ABl. EU 2003, C/227/8 und die spätere, letztinstanzliche Entscheidung des EuGH in der Sache (EuGH, Urteil v. 08.09.2011, Niederlande/Kommission („NOX-Emissionshandel“), Rs. C-279/08 P, EU:C:2011:551), die das Urteil des EuG dazu aufhob (EuG, Urteil v. 10.04.2008, Niederlande/Kommission („NOX-Emissionshandel“), Rs. T-233/04, EU:C:T:2008:102).

80 Siehe Entscheidung der Kommission vom 13.07.2012, SA.33134 2011/N-RO;C(2011)4938, Rn. 53.

Diese Analyse stimmt im Übrigen auch mit der Ansicht der Kommission im Eröffnungsbescheid überein. In Rn. 174 des Eröffnungsbeschlusses begründet die Kommission den Vorteil der EE-Stromerzeuger wie folgt:

„Denn durch das Konzept der verringerten EEG-Umlage kommt den Erzeugern von EE-Strom indirekt eine garantierte Nachfrage nach ihrem Strom zu einem Preis über dem Marktpreis für konventionelle Energien zugute.“

Auch wenn sich diese Aussage auf das damalige Grünstromprivileg bezog, ist sie doch auf die Situation des GMM übertragbar.

b. Vorliegen staatlicher Mittel

Weiter müssten die den EE-Stromerzeugern im Rahmen des GMM gewährten Begünstigungen aus staatlichen Mitteln stammen.⁸¹

Wie es die Bundesregierung im Klageverfahren gegen das EEG 2012 in Bezug auf das EEG-Fördersystem stets vertreten hat, so könnte man auch in Bezug auf das GMM argumentieren, dass es sich hierbei um die Regelung von Rechtsbeziehungen zwischen privaten Unternehmen handelt. Es kommt im Rahmen des GMM zu einem Kaufvertrag zwischen einem EVU und einem EE-Stromerzeuger, gegebenenfalls unter Einschaltung eines Direktvermarkters. Der Preis für den erworbenen EE-Strom ermittelt sich einzig und allein nach Angebot und Nachfrage. Er wird durch das EEG-Umlagensystem nicht bezuschusst. Auch ist im GMM nicht vorgesehen, dass die Kaufpreiszahlungen der EVU an die EE-Stromerzeuger in irgendeiner Art und Weise unter staatlicher Kontrolle stünden. Weder die BNetzA noch andere staatliche Institutionen üben hier in irgendeiner Art und Weise eine Preisbildungs- oder Aufsichtskontrolle aus.

Das Gleiche gilt für die Ausstellung der Herkunftsnachweise zugunsten der EVU, die im Rahmen des GMM EE-Strom erwerben. Zwar stellen diese – wie gesehen – insofern eine Art Begünstigung dar, weil sie den Absatz der „Ware“ EE-Strom weiter anregen sollen. Dass deren Ausstellung in § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 gesetzlich angeordnet ist, stellt deren Erwerb jedoch noch nicht unter staatliche Kontrolle.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bezüglich der zwischen den EE-Stromerzeugern und den EVU geschlossenen Kaufverträge deshalb gestört sein könnte, weil die EVU für jede Viertelstunde, in der der vom EVU erworbene EE-Strom den von den Kunden nachgefragten Stromverbrauch übersteigt, eine Integrationsabgabe in Höhe von 2 Cent pro kWh an das EEG-Konto zahlen müssen. Für diese Art von „Strafzahlung“ erhalten die EVU streng genommen keine Gegenleistung. Das gleiche wäre der Fall, wenn die EVU für den Erwerb bestimmter „herkömmlicher“ Herkunftsnachweise von einem bestimmten EE-Stromerzeuger aus einer bestimmten Region, der auch im Rahmen des GMM möglich sein soll, eine Sonderzahlung auf das EEG-Umlagekonto leisten würden. Beide Zahlungen würden dazu führen, dass das Verhältnis der Mittelabflüsse und -zuflüsse auf dem EEG-Umlagekonto ins Ungleichgewicht gebracht würde. Die auf dem EEG-Umlagekonto eingehenden Zahlungen entsprächen nicht mehr streng dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung, was den gesamten EEG-Wälzungsmechanismus näher an den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV heranführen würde. Es findet sozusagen ein „Rutsch in Richtung Beihilfe“ statt.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die Kommission – wie schon im Klageverfahren gegen das EEG 2012 – auch bezüglich des GMM vom Vorliegen staatlicher Mittel ausgehen wird. Wie oben schon gesagt sieht sie die EEG-Umlage als staatliche Beihilfe an. Eine Befreiung von der Zahlung der EEG-Umlage wird sie – wie schon § 39 EEG 2012 – aller Voraussicht nach ebenfalls als Beihilfe einordnen. Dies bestätigt sich z. B. auch in der Entscheidung der Kommission zur französischen Abgabe für EE-Strom. Auch das französische System sieht Reduktionen der Abgabe zugunsten gewisse Unternehmen vor. Die einzige Begründung der Kommission für das Vorliegen staatlicher Kontrolle in ihrer Genehmigungsentscheidung hinsichtlich dieser Abgabe war, dass der Staat auf die Erhebung der Abgabe verzichte.⁸²

81 Zum Begriff der Staatlichkeit der Mittel zuletzt ausführlich Schroeder, EuZW 2015, 207 ff.

82 Entscheidung der Kommission SA.36511 (2014/C 348/05), ABl. EU, C 348/78, Rn. 151.

Da es sicherlich eine – öffentliche oder private – Stelle geben wird, die die gesetzlich vorgesehene Einhaltung der Mindestquote an EE-Strom durch die EVU i.R.d. GMM kontrollieren wird und die Aufsicht über die Nachzahlungen auf das EEG-Umlagekonto haben wird, wird die Kommission auch vom Vorliegen staatlicher Kontrolle ausgehen. Die Ausgabe der Herkunftsnachweise wird vom Umweltbundesamt, der nach § 79 Abs. 4 EEG 2014 zuständigen Stelle kontrolliert und beaufsichtigt werden.

c. Keine Belastung des Staatshaushaltes

Selbst wenn die Kommission argumentieren würde, dass eine Befreiung von der EEG-Umlage genauso wie die Ausgabe der Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 eine staatliche Begünstigung darstellt, so könnte dagegen vorgebracht werden, dass es sowohl bei der Vergabe der Herkunftsnachweise als auch bei der Befreiung von der EEG-Umlage an einem mit der jeweiligen Begünstigung korrespondierenden Nachteil zu Lasten des Staates oder einer staatlichen Stelle fehlt.

Dass die staatliche Kontrolle der Begünstigung nicht das einzig ausschlaggebende Kriterium für das Vorliegen einer Beihilfe ist, sondern stets auch ein staatlicher Mittelabfluss oder zumindest die Gefahr eines solchen erforderlich ist, hat der EuGH jüngst in zwei Urteilen erneut dargelegt. Sowohl in der Rechtssache Trapeza Eurobank vom 16. April 2015⁸³ als auch im sog. Londoner Taxi-Fall⁸⁴ findet sich folgende Aussage des EuGH dazu: *„Um festzustellen, ob der dem Begünstigten gewährte Vorteil den Staatshaushalt belastet, ist nach ständiger Rechtsprechung zu prüfen, ob ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen diesem Vorteil einerseits und der Verringerung eines Postens des Staatshaushaltes oder einem hinreichend konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung andererseits besteht.“* Man könnte somit argumentieren, dass es im vorliegenden Fall nicht ersichtlich ist, inwiefern der Staat, eine staatliche Behörde oder ein unter staatlicher Kontrolle stehendes privates Unternehmen durch den Verzicht auf die EEG-Umlage im Rahmen des GMM einen mit dem Vorteil der EE-Stromerzeuger korrelierenden Nachteil hätte.

Dem Staat würde nicht etwa deshalb ein Nachteil entstehen, weil durch die Befreiung von der EEG-Umlage i.R.d. GMM weniger Eingänge auf dem EEG-Umlagekonto zu verzeichnen wären. Denn wie oben i.R.d. Sachverhaltsschilderung dargestellt (siehe unter A.) ist eine der Bedingungen der Verordnungsermächtigung in § 95 Nr. 6 EEG 2014 ist, dass sich ein etwaiges Direktvermarktungsmodell für EE-Strom kostenneutral zum EEG-Umlagesystem auswirkt. Durch die Festlegung einer Mindestquote und die Pflicht, bei Nichterfüllung der Quote Nachzahlungen auf das EEG-Umlagekonto vorzunehmen, ist sichergestellt, dass die Mindereinnahmen durch das „Weniger“ an EEG-Umlagezahlungen und die Minderbelastungen des EEG-Umlagekontos, die dadurch entstehen, dass diejenigen EE-Stromerzeuger, die Strom im Rahmen des GMM vertreiben keine EEG-Förderung aus dem EEG-Umlagekonto erhalten, korrelieren. Weiter ist nicht unmittelbar ersichtlich, warum dem Staat daraus ein Nachteil in Form eines Mittelabflusses entstehen sollte, dass das Umweltbundesamt für den Direktverkauf von EE-Strom i.R.d. GMM Herkunftsnachweise ausstellt.

Jedoch führt auch diese Argumentation keinesfalls gewiss zu der Aussage, dass die i.R.d. GMM vorgesehenen Begünstigungen den Beihilfetatbestand nicht erfüllen. Der Kommission ist diese Rspr. des EuGH nämlich bekannt. Dennoch hielt es sie nicht davon ab, dass EEG-Fördersystem als staatliche Beihilfe anzusehen. Das Gleiche trifft auch auf das neue EE-Fördersystem in England und in der Tschechischen Republik zu, die beide neuerdings dem deutschen Marktprämienmodell ähneln. In ihrer Entscheidung vom 23. Juli 2014 – dem gleichen Tag, an dem auch die Entscheidung der Kommission zum EEG 2014 erging – sah die Kommission die selektive staatliche Bevorzugung von EE-Stromerzeugern durch Prämien auf den Börsenpreis in Großbritannien als eine Maßnahme an, die den Wettbewerb auf den Elektrizitätsmärkten und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt.⁸⁵ Das Gleiche gilt für die staatlich gewährte Einspeisevergütung und den sog. „grünen Bonus“ in Tschechien.⁸⁶ In all diesen Fördersystemen korreliert aber mit dem den EE-Stromerzeugern gewährten Vorteil keinerlei direkter Mittelabfluss beim Staat. Wenn

83 EuGH, Rs. C-690/13, Trapeza Eurobank Ergasias AE/Agrotiki Trapeza, EU:C:2015:235.

84 EuGH, Rs. C-518/13, Eventec/Parking Adjudicator, EU:C:2015:9.

85 Siehe Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, State aid Sa.36196 (2014/N) – United Kingdom Electricity Market Reform – Contracts for Difference for Renewables; Siehe dazu Riewe, EWeRK, 2358, 359.

86 Entscheidung der Kommission vom 11. Juni 2014, State aid Sa.35177 (2014/NN) – Czech Republic – Promotion of electricity production from renewable energy sources, Rn. 56 ff.

jemand einen „Nachteil“ aus dem EEG-Umlagesystem hat, dann sind es die EVU oder die Letztverbraucher. Ohne den Mittelabfluss beim Staat näher zu belegen ließ es die Kommission jedoch genügen, dass die Gelder i.R.d. EEG-Wälzungsmechanismus unter staatlicher Kontrolle stünden.

d. Ergebnis

Obwohl aus Sicht der Bundesregierung gute Argumente dafür bestehen, dass das GMM den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt, ist – zumindest bis der EuGH diese Streitfrage einer endgültigen Klärung zugeführt hat – davon auszugehen, dass die Kommission auch das GMM als staatliche Beihilfe ansehen wird.

3. Anwendung des Tatbestandes des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf das VKU-Modell

Weiterhin stellt sich die Frage, ob das VKU-Modell den Tatbestand der Beihilfe erfüllt.

a. Begünstigung

Anders als beim GMM kann eine Begünstigung im Rahmen des VKU-Modells nicht darin gesehen werden, dass die EVU beim Erwerb von EE-Strom von der Zahlung der EEG-Umlage befreit werden. Denn eine solche Befreiung sieht das VKU-Modell nicht vor.

Weil das VKU-Modell gewissermaßen in die Logik des EEG-Umlagesystems eingegliedert ist, könnte die Kommission in diesem zunächst deshalb eine Beihilfe sehen, weil sie das gesamte EEG-Umlagesystem als Beihilfe ansieht.⁸⁷ Unabhängig davon, ob man sich nun der Position der Kommission oder derjenigen der Bundesregierung anschließt, bestehen deshalb gute Argumente dafür, dass die Beihilfeeigenschaft des VKU-Modells nicht losgelöst von der Beihilfeeigenschaft des gesamten EEG-Fördermechanismus betrachtet werden kann. Bis zur abschließenden Entscheidung des EuGH in dieser Angelegenheit bleibt die Beihilfeeigenschaft demnach unsicher.

Ohne erneut auf die Debatte um die Beihilfeeigenschaft des EEG-Fördermechanismus und die Gegenposition der Bundesregierung einzugehen, könnte die Kommission aber auch argumentieren, dass die i.R.d. VKU-Modells vorgesehene Ausgabe von EEG-HKN eine zusätzliche Fördermaßnahme im Rahmen des staatlich kontrollierten EEG-Fördermechanismus ist. Dies könnte in den Augen der Kommission eine Art „Verböserung“, zumindest aber eine Änderung des bestehenden Systems darstellen. Änderungen bestehender Beihilfen sind nach Art. 1 c.) der Verordnung 659/1999 (Beihilfeverfahrensverordnung; BVVO) als „neue“ Beihilfen anzusehen und sind damit zu notifizieren (dazu sogleich in Abschnitt E.). Das EEG 2014 ist als bestehende Beihilfe i.S.d. BVVO anzusehen, weil die Bundesregierung dieses in Brüssel notifiziert hat und die Kommission in ihrer Positiventscheidung vom 23. Juli 2014 entschieden hat, dass das EEG 2014 mit Art. 107 AEUV vereinbar ist.

Zusätzlich zu der im EEG 2014 vorgesehenen finanziellen Förderung durch die EEG-Umlage würde mit der Ausstellung von EEG-HKN für die EVU nämlich ein zusätzlicher Anreiz geschaffen, um EEG-Strom zu erwerben. Auch wenn die EEG-HKN nicht losgelöst vom EE-Strom handelbar sein sollen, so erfahren die EE-Stromerzeuger im Rahmen des VKU-Modells doch eine über die finanzielle Förderung durch das EEG hinausgehende weitere Begünstigung.

b. Staatliche Kontrolle

Wie oben schon kurz dargestellt, könnte und wird die Kommission argumentieren, dass die Ausgabe von EEG-HKN deshalb unter staatlicher Kontrolle steht, weil die deutsche Herkunftsnachweisregisterstelle (das Umweltbundesamt) – eine staatliche Behörde – die Ausstellung, Übertragung und Entwertung der Herkunftsnachweise schon bis-

⁸⁷ Siehe dazu die Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, State aid SA.38632 (2014/N), insbesondere Rn. 217.

her überwacht. Auch wenn das im VKU-Modell bisher nicht weiter präzisiert ist, ist davon auszugehen, dass diese Behörde zukünftig auch die Ausgabe der EEG-HKN kontrollieren wird.

Darüber hinaus ist auch hier – wie beim GMM – darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass die EVU für den Erwerb von EEG-HKN von einem bestimmten EE-Stromerzeuger aus einer bestimmten Region eine Sonderzahlung auf das EEG-Umlagekonto leisten müssen, die Zahlungseingänge auf dem EEG-Umlagekonto ins Ungleichgewicht gebracht werden könnten, was den gesamten EEG-Wälzungsmechanismus näher an den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV heranführen würde. Es würde auch durch das VKU-Modell möglicherweise ein „Rutsch in Richtung Beihilfe“ stattfinden.

c. Belastung des Staatshaushalts

Wie oben im Rahmen der Prüfung des GMM am Maßstabe des Beihilfenrechts könnte man jedoch auch hier argumentieren, dass nicht ersichtlich ist, worin der mit der Begünstigung der EE-Stromerzeuger korrelierende Nachteil für den Staatshaushalt gesehen werden soll. Noch mehr als beim GMM kann hier eine Parallelargumentation zum Londoner Taxi-Fall erfolgen: In einigen Bezirken von London ist geregelt, dass eine auf einer öffentlichen Straße eingerichtete Busspur nur durch sog. London-Taxis, nicht aber durch sog. Funkmietwagen benutzt werden darf. Der EuGH prüfte, ob die den London-Taxis aus dieser Regelung entstehenden ökonomischen Vorteile sowie der Umstand, dass gegen diese bei Benutzung der Busspur – anders als bei den Funkmietwagen – kein Bußgeld erlassen wurde, eine staatliche Beihilfe darstelle, insbesondere ob staatliche Mittel vorlägen. Der EuGH berief sich auf seine eigene Rechtsprechung, dass mit einem Vorteil stets eine Verringerung eines Postens des Staatshaushaltes oder ein hinreichend konkretes wirtschaftliches Risiko für dessen Belastung bestehen müsse. Dies sei im Londoner Taxi-Fall deshalb nicht der Fall, weil „die Behörden wegen der Busspurregelung nicht auf Einnahmen, die sie erhielten, [verzichteten], wenn es die Regelung nicht gäbe“.⁸⁸ Genauso wenig wie die britischen Behörden wegen der Busspurregelung auf Einnahmen verzichten, so ist dies jedoch auch bei der im Rahmen des VKU-Modells vorgesehenen Regelung zu den EEG-HKN der Fall.

Dass die Kommission diese Argumentation akzeptieren wird, ist jedoch – wie oben zum GMM schon dargestellt – zum gegenwärtigen Zeitpunkt unwahrscheinlich.

d. Ergebnis

Beim VKU-Modell besteht – mehr noch als beim GMM – eine erhöhte Gefahr, dass die Kommission dieses als staatliche Beihilfe ansehen könnte, weil dieses in die Fördersystematik des EEG 2014 eingegliedert ist und somit beihilferechtlich nicht losgelöst vom EEG-Umlagensystem betrachtet werden kann. Der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist somit beim VKU-Modell jedenfalls aus Kommissionssicht noch wahrscheinlicher erfüllt als beim GMM.

4. Rechtfertigungsmöglichkeiten nach den Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien

Da es wahrscheinlich ist, dass zumindest die Kommission das GMM bzw. das VKU-Modell als staatliche Beihilfen einordnet, werden im Folgenden Ausführungen zur Rechtfertigung der Direktvermarktungsmodelle gemacht.

Rechtfertigungsgründe für Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind zunächst in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV aufgezählt. Es ist jedoch ständige Praxis, dass soweit einer der dort aufgezeigten Rechtfertigungsgründe eine Konkretisierung in Form von EU-Sekundärrecht oder in Form von Leitlinien der Kommission gefunden hat, die Rechtfertigung der Beihilfen nur noch am Maßstab der jeweiligen Konkretisierung zu prüfen ist. Im Bereich der Umwelt- und Energiebeihilfen hat die Europäische Kommission am 9. April 2014 die neuen Umweltschutz- und Energiebeihilfeleit-

⁸⁸ EuGH, Rs. C-518/13, Eventec/Parking Adjudicator, EU:C:2015:9, Rn. 44.

linien (EEAG) für den Zeitraum von 2014 bis 2020 erlassen⁸⁹, die die bis Ende 2014 geltenden Umweltbeihilfeleitlinien ersetzen. Im Folgenden sollen deshalb beide Direktvermarktungsmodelle ausschließlich am Maßstab dieser EEAG geprüft werden.

a. Anwendung der EEAG auf das GMM

Wie oben bereits bei der Prüfung des Beihilfetatbestands dargestellt, kann im Rahmen des GMM eine Beihilfe zugunsten der EE-Stromerzeuger entweder darin gesehen werden, dass die EVU im Rahmen des GMM von der Zahlung der EEG-Umlage befreit sind (aa.) oder aber in der Ausstellung der Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 (bb).

aa. Befreiung von der EEG-Umlage am Maßstab der EEAG?

Bei der Befreiung von der EEG-Umlage im Rahmen des GMM stellt sich zunächst die Frage, ob diese Befreiung als Beihilfe in Form einer Ermäßigung des Beitrags zur Finanzierung erneuerbarer Energien nach Abschnitt 3.7.2 der EEAG zu werten ist. Zur Rechtfertigung solcher Beihilfen werden relativ strenge Maßstäbe angesetzt. Aus dem Kontext dieses Abschnittes geht jedoch hervor, dass hierunter nur solche Befreiungen zu subsumieren sind, die ein Mitgliedstaat vorsieht, um die Wettbewerbsfähigkeit von mit der Finanzierung erneuerbarer Energien besonders belasteten Unternehmen nicht zu gefährden. In Rn. 182 heißt es nämlich: Die Mitgliedstaaten können einen partiellen Ausgleich für die zusätzlichen Kosten vorsehen, „damit den Unternehmen durch die mit der Finanzierung der Förderung erneuerbarer Energien verbundenen Kosten kein signifikanter Wettbewerbsnachteil entsteht“. Sinn der Befreiung von der EEG-Umlage im Rahmen des GMM ist jedoch nicht die Bewahrung der Wettbewerbsfähigkeit von besonders belasteten Unternehmen, sondern die Schaffung von Anreizen, mehr EE-Strom im Rahmen der Direktvermarktung zu erwerben.

Somit stellt sich die Befreiung von der EEG-Umlage, möglicherweise auch die Ausstellen der Herkunftsnachweise, als Betriebsbeihilfe zur Förderung erneuerbarer Energien gemäß Abschnitt 3.3.2 der EEAG dar.

Bei der Befreiung von der EEG-Umlage handelt es sich unseres Erachtens um eine Beihilfe zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, deren Rechtmäßigkeit sich nach Abschnitt 3.3.2.1 bemisst. Rn. 124 der EEAG verlangt zunächst, dass die EE-Stromerzeuger ihren Strom direkt auf dem Markt verkaufen und Marktverflechtungen unterliegen. Ab dem 1. Januar 2016 dürfen deshalb Beihilfen zur Förderung von erneuerbaren Energien nur noch in Form einer Prämie zusätzlich zum Marktpreis gewährt werden. Die Befreiung von der EEG-Umlage ist zwar nicht direkt eine Prämie wie die i.R.d. Fördermechanismus vorgesehene Marktprämie oder die Einspeisevergütung. Sie wirkt sich jedoch wie eine Prämie aus, da die EVU beim Erwerb von EE-Strom von der Zahlung einer Abgabe befreit sind. Es besteht darüber hinaus kein Zweifel, dass im Rahmen des GMM – mehr noch als im Rahmen des EEG-Umlagensystems – Strom direkt auf dem Markt verkauft wird: Jedes EVU handelt mit dem jeweiligen EE-Stromerzeuger (ggf. unter Einschaltung eines Direktvermarkters) den für den EE-Strom zu zahlenden Kaufpreis direkt und unmittelbar aus.

Weiter gibt es keine Indizien dafür, dass die Voraussetzungen in Rn. 124 b und c nicht erfüllt sein sollen. Der Erwerb des EE-Stroms zu Marktpreisen verhindert es insbesondere, dass die Stromerzeuger Strom zu negativen Preisen erzeugen. Das GMM sieht keine direkte staatliche Bezuschussung beim Kaufpreis für EE-Strom vor. Würden die EE-Stromerzeuger Strom zu negativen Preisen erzeugen, wären sie daher nicht überlebensfähig.

Auch die Anforderungen in Rn. 126 der EEAG dürften im Rahmen des GMM in Bezug auf die Befreiung von der EEG-Umlage erfüllt sein. § 2 Abs. 5 EEG 2014 sieht vor, dass die finanzielle Förderung und ihre Höhe für Strom aus erneuerbaren Energien bis spätestens 2017 durch Ausschreibungen ermittelt werden soll. Wie im Sachverhalt darge-

89 ABl. EU.C200/01 vom 28.06.2014.

stellt, können nur solche EE-Stromerzeuger für das GMM optieren, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 und Abs. 6 EEG 2014 erfüllen. Insofern wird das GMM die gleichen Anforderungen an die Förderfähigkeit haben wie das EEG 2014 selbst. Mit ihrem Beschluss vom 23. Juli 2014 hat die Kommission das in § 2 Abs. 5 und 6 EEG 2014 vorgesehene Verfahren zur Auswahl der förderfähigen Anlagen als mit den EEAG vereinbar angesehen.⁹⁰ Diese Beurteilung gilt somit auch für das GMM.

Rn. 127-130 sind in Bezug auf die Befreiung von der EEG-Umlage nicht einschlägig. Da es sich nicht um eine Beihilfe in Form einer Prämie handelt, sondern um eine Befreiung von einer Abgabe, ist insbesondere die Anforderung, dass die Beihilfe nur bis zur vollständigen Abschreibung der Anlage gewährt werden darf, nicht einschlägig. Somit ist es wahrscheinlich, dass die Befreiung von der EEG-Umlage im Rahmen des GMM mit den Vorgaben der EEAG in Abschnitt 3.3.2.1 als vereinbar angesehen würde.

bb. Herkunftsnachweise am Maßstab der EEAG?

Falls die Kommission die Ausstellung von Herkunftsnachweisen gemäß § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 wegen ihrer Übertragbarkeit als selbständige Förderinstrumente und damit als Beihilfe einstufen sollte, so dürfte deren Zulässigkeit am Abschnitt 3.3.2.4 der EEAG zu messen sein.

In Rn. 135 heißt es, dass die Mitgliedstaaten erneuerbare Energien mit Hilfe von Marktinstrumenten wie Umweltzertifikaten fördern können. Die im EEG 2014 vorgesehenen Herkunftsnachweise sind zwar keine Umweltzertifikate. Sie stellen insofern ein „Weniger“ zu den Umweltzertifikaten dar, als letztere in den EEAG und der EE-RL explizit als Fördermittel für EE-Strom über eine rein finanzielle Förderung von EE-Strom hinaus anerkannt worden sind. Herkunftsnachweise i.S.d. EE-RL dienen hingegen lediglich der Stromkennzeichnung. Wenn aber die Einführung von Umweltzertifikaten über 3.3.2.4. der EEAG gerechtfertigt werden kann, dann erst recht die nach Art. 15 der EE-RL von den Mitgliedstaaten sogar verlangte Ausstellung von Herkunftsnachweisen.

Zwar scheint Rn. 135 auf die Einführung eines Quotenmodells zugeschnitten zu sein, soweit es heißt, dass durch die Einführung von Umweltzertifikaten alle EE-Stromerzeuger indirekt durch eine garantierte Nachfrage unterstützt werden. Dies ist bei den Herkunftsnachweisen im Rahmen des GMM nicht der Fall. Eine Quote wird durch diese nicht eingeführt, jedenfalls nicht direkt. Die letzte Voraussetzung in Rn. 135, wonach der Preis für die Umweltzertifikate nicht im Voraus festgesetzt sein darf, sondern sich nach Angebot und Nachfrage bestimmen muss, ist bezüglich der im Rahmen des GMM eingeführten Herkunftsnachweise jedoch wieder erfüllt. Der Preis bezieht sich dort allerdings nicht auf die Herkunftsnachweise, sondern auf den im Rahmen des GMM erworbenen EE-Strom.

Auch die in Rn. 136 im einzelnen vorgesehenen Anforderungen an die Einführung von Herkunftsnachweisen dürften erfüllt sein. Die Ausstellung von Herkunftsnachweisen ist ein weiteres Mittel, um die Rentabilität des Direkterwerbs von EE-Strom im Rahmen des GMM sicherzustellen. Es ist einleuchtend, dass die Befreiung von der EEG-Umlage für die EVU nicht alleine ausreicht, um sie dazu zu bewegen, EE-Strom direkt von den Erzeugern zu erwerben und dafür einen Kaufpreis zu zahlen, der wesentlich höher ist als derjenige, den sie für den Erwerb des Graustrommixes an der Strombörse zahlen würden. Da sich der Preis für EE-Strom nach Angebot und Nachfrage richten wird, stellt sich auch das Problem einer Überkompensation nicht. Genauso halten die Herkunftsnachweise die EE-Stromerzeuger auch nicht davon ab, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu stärken, weil die Steigerung selbiger unabhängig von der Ausstellung der Herkunftsnachweise dazu führt, dass sie auf dem Markt einen höheren Preis für ihren EE-Strom erzielen.

Zu den Voraussetzungen in Rn. 137 ist das Gleiche zu sagen wie oben bei den Ausführungen zu Rn. 126. Da die EU-Kommission das im EEG 2014 vorgesehene Verfahren zur Ermittlung der Förderfähigkeit genehmigt hat und das GMM sich bezüglich der Förderfähigkeit in der Logik des EEG 2014 hält, ist es wahrscheinlich, dass die Kommission diesbezüglich auch das GMM genehmigen würde.

90 Siehe dazu die Entscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014, State aid SA.38632 (2014/N), insbesondere Rn. 242 f.

b. Anwendung der EEAG auf das VKU-Modell

Wie schon mehrfach betont, stellt die zukünftig mögliche Ausgabe von EEG-HKN im Rahmen des VKU-Modell die einzige über den EEG-Fördermechanismus hinausgehende Maßnahme dar, die von der Kommission vermutlich als Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV beurteilt werden wird. Hinsichtlich des EEG-Fördermechanismus an sich ist – wie schon oben zitiert – auf die Positiventscheidung der Kommission vom 23. Juli 2014 zu verweisen.

Auch die EEG-HKN sind wohl am Maßstab des Abschnitts 3.3.2.4. (Beihilfen in Form von Umweltzertifikaten) zu messen. Auch sie stellen keine Umweltzertifikate dar, sondern eine weitere, von den „herkömmlichen“ EEG-Herkunftsnachweisen zu unterscheidende Art von Herkunftsnachweisen. Im Gegensatz zu den „herkömmlichen“ Herkunftsnachweisen, die in § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 vorgesehen sind, sollen diese nach Maßgabe des VKU hingegen nicht handelbar und übertragbar sein.

Dass die Ausgabe von Herkunftsnachweisen nach Rn. 135 der EEAG zulässig sein sollte, wurde oben unter 4.a. schon dargestellt. Für die Ausgabe der EEG-HKN dürfte nichts anderes gelten. Auch die Einführung der EEG-HKN führt nicht – wie in Rn. 135 vorgesehen – zur indirekten Einführung einer garantierten Nachfrage nach EE-Strom. Auch hier wird kein Preis im eigentlichen Sinne für die Ausgabe der EEG-HKN festgesetzt. Jedes EVU soll zukünftig kostenlos EEG-HKN in dem Umfang erhalten, wie es der von ihm geleisteten EEG-Umlage entspricht, und zwar ohne dafür ein „Mehr“ an EEG-Umlage oder einen höheren Kaufpreis für den erworbenen Strom zu zahlen. Lediglich wenn ein EVU ein bestimmtes EEG-HKN eines bestimmten EE-Stromerzeugers erwerben will, muss er dafür eine Sonderzahlung auf das EEG-Umlagekonto leisten. Sind die EEG-HKN einmal ausgegeben, sind diese nach Angaben des VKU mit herkömmlichen Herkunftsnachweisen kompatibel.

In Bezug auf Rn. 136 kann festgehalten werden, dass die Einführung der EEG-HKN zwar nicht unverzichtbar scheint, um die Rentabilität der betreffenden erneuerbaren Energiequellen sicherzustellen. Hier ist jedoch die Wertung des Art. 15 der EE-RL zu beachten, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sicherzustellen, dass die Herkunft von aus erneuerbaren Energiequellen erzeugter Elektrizität gemäß objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien nachgewiesen und damit garantiert wird. Zu diesem Zweck sollen Herkunftsnachweise ausgestellt werden. Eine Überkompensation ist zudem ebenfalls nicht ersichtlich. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausgabe der EEG-HKN für sich betrachtet die EE-Stromerzeuger daran hindern sollte, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu stärken.

Bezüglich der Prüfung der Rn. 137 kann schließlich auf die Ausführungen unter E.4.a. verwiesen werden, zu der sich hier kein Unterschied ergibt.

5. Vergleich und Ergebnis

Nach alledem ist festzuhalten, dass sowohl das GMM als auch das VKU-Modell einer Rechtfertigung als Betriebsbeihilfen im Rahmen des Kapitel 3.3 der EEAG wohl zugänglich wären. Die wesentlichen europarechtlichen Bedenken gegen beide Modelle, insbesondere gegen das GMM, betreffen somit eher die Prüfung der Warenverkehrsfreiheit und der Art. 30 und 110 AEUV.

6. Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV?

Gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV ist die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig zu unterrichten, dass sie sich dazu äußern kann. Auch wenn die Bundesregierung zu dem vorläufigen Ergebnis kommt, dass beide Direktvermarktungsmodelle den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen, so würde sich dennoch eine Notifizierung als Nicht-Beihilfe anbieten. Nach den weitreichenden Diskussionen um die Änderung des EEG im letzten Jahr dürfte die Bundesregierung nämlich bestrebt sein, jede wesentliche Änderung des EEG 2014 mit Relevanz für den AEUV im Vorhinein mit der Europäischen Kommission abzustimmen.⁹¹ Dafür ist die Notifizierung das geeignete Instrument. Die Notifizierung als Nicht-Beihilfe ist im Energiesektor durchaus nicht unüblich. So hat z.B. Rumänien im Jahre 2011 sein neues Fördersystem für Grünstromzertifikate bei der Kommission als Nicht-Beihilfe notifiziert.⁹²

Notifiziert die Bundesregierung die Einführung eines Grünstrommodells nämlich nicht und gelangt die Kommission nach dessen Einführung zu der Auffassung, dass das Direktvermarktungsmodell gegen EU-Beihilfenrecht verstößt, so kann diese unverzüglich ein Beihilfeprüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnen. Gelangt sie zu der Auffassung, dass das jeweilige Direktvermarktungsmodell gegen andere europarechtliche Vorschriften verstoßen sollte, so könnte sie ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik einleiten. Beides würde die Gefahr bergen, dass die Bundesrepublik das schon eingeführte Direktvermarktungsmodell im Nachhinein wieder abschaffen müsste.

Mit der Anmeldung als Nicht-Beihilfe begibt sich die Bundesregierung auch keinesfalls ihrer Position, dass das Direktvermarktungsmodell keine Beihilfe darstellt. Es bleibt vielmehr jedem Mitgliedstaat überlassen, ob er bei Zweifeln an dem Vorliegen einer Beihilfe die fragliche Maßnahme mit dem Ziel der Erlangung eines Negativtests gemäß Art. 4 Abs. 2 BVVO anmelden möchte oder ob er vielmehr das Risiko zu tragen bereit ist, dass die Kommission später in einem Prüfverfahren das Vorliegen einer unerlaubten Beihilfe feststellt.⁹³ Gelänge die Kommission aber i.R.d. Prüfverfahrens zu dem Ergebnis, dass das gewählte Direktvermarktungsmodell keine Beihilfe darstellt, so würde dies in erheblichem Maße zur Rechtssicherheit beitragen.

Dabei überprüft die Kommission im Rahmen des Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht nur die Vereinbarkeit der notifizierten Maßnahme mit dem EU-Beihilfenrecht, sondern – wie es Art. 4 Abs. 3 der BVVO ausdrücklich klarstellt – mit allen Binnenmarktvorschriften. Dies könnte im vorliegenden Fall zu der Feststellung der Kommission führen, dass die Direktvermarktungsmodelle zwar keine Beihilfe darstellen oder diese zumindest gerechtfertigt wären, aber dass diese gegen die Warenverkehrsfreiheit oder Art. 30 und 110 AEUV verstoßen. Leitet die Kommission daraufhin ein förmliches Prüfverfahren ein und kommt sie nach Durchführung des Prüfverfahrens zu dem Schluss, dass die angemeldete Maßnahme mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so entscheidet sie, dass die Maßnahme nicht eingeführt werden darf (siehe Art. 7 Abs. 5 BVVO). Selbst aber eine solche Negativentscheidung würde dazu führen, dass die Bundesrepublik Klarheit über die Ansicht der Kommission hinsichtlich der europarechtlichen Beurteilung des Direktvermarktungsmodells hätte.

Nach alledem ist der Bundesregierung die vorsorgliche Notifizierung eines möglichen Direktvermarktungsmodells – unabhängig von ihrer Beurteilung hinsichtlich der Beihilfequalität der Maßnahme – vor der Einführung des Modells zu empfehlen.

91 Die gleiche Ansicht vertritt Riewe, EWeRK 2014, 358, 361.

92 Siehe Entscheidung der Kommission vom 13.07.2012, SA.33134 2011/N-RO;C(2011)4938.

93 Bartosch, EU-Beihilfenrecht, Art. 2 BVVO, Rn. 3.

F. Prüfung der Direktvermarktungsmodelle am Maßstab der Erneuerbaren Energien Richtlinie

Zuletzt ist zu prüfen, ob die Einführung eines Direktvermarktungsmodells für EE-Strom auch den Anforderungen der EE-RL genügen würde.

1. Generelle Zulässigkeit eines Direktvermarktungsmodells im Lichte der EE-RL

Generell ist zu sagen, dass die EE-RL die Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien in den Mitgliedstaaten vorantreiben möchte. Die Einführung eines Direktvermarktungsmodells, das einen weiteren Anreiz dazu geben soll, EE-Strom zu erwerben, widerspricht daher nicht den Zielen der EE-RL. In Art. 1 der Richtlinie heißt es dementsprechend, dass „mit dieser Richtlinie [...] ein gemeinsamer Rahmen für die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen vorgeschrieben“ wird. Den Mitgliedstaaten werden verbindliche nationale Ziele für den Gesamtanteil von EE-Strom am Bruttoenergieverbrauch vorgegeben. Die Richtlinie überlässt es jedoch den Mitgliedstaaten zu wählen, auf welche Art und Weise sie die vorgegebenen Quoten erfüllen wollen. Dazu verabschiedet jeder Mitgliedstaat seinen eigenen Aktionsplan für erneuerbare Energien (siehe Art. 4 Abs. 1 der EE-RL). Die Wahl eines Direktvermarktungsmodells für EE-Strom ist somit ein nach der EE-RL zulässiges Mittel zur Förderung und Vermarktung von EE-Strom.

2. Vereinbarkeit der Ausstellung der Herkunftsnachweise mit Art. 15 der EE-RL

Die EE-RL stellt in Art. 15 konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung von Herkunftsnachweisen. „Zum Zweck des Nachweises gegenüber den Endkunden darüber, welchen Anteil Energie aus erneuerbaren Quellen im Energiemix eines Energieversorgers ausmacht oder in welcher Menge sie darin enthalten ist“ verpflichtet sie die Mitgliedstaaten zu garantieren, dass die Herkunft von EE-Strom nachgewiesen wird (siehe Art. 15 Abs. 1 EE-RL). Gemäß Art. 15 Abs. 2 EE-RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass „Herkunftsnachweise auf Antrag der Produzenten von aus erneuerbaren Energiequellen erzeugter Wärme oder Kälte ausgestellt werden“. Somit ist die Ausstellung von Herkunftsnachweisen nach der EE-RL nicht nur zulässig, sondern wird von den Mitgliedstaaten sogar verlangt.

Dieser Pflicht kommt Deutschland gegenwärtig dadurch nach, dass es in § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 die Ausstellung von Herkunftsnachweisen für EE-Strom vorsieht, der nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2014 auf sonstige Weise direkt vermarktet wird. Das die EVU gegenwärtig für den Erwerb des nach dem EEG geförderten EE-Stroms über die Stromkennzeichnung nach § 78 Abs. 1 EEG hinaus nicht noch zusätzlich Herkunftsnachweise erhalten, ist nach Ansicht der Autoren im Lichte der EE-RL unschädlich.

Zur Beurteilung, ob die Voraussetzungen des Art. 15 EE-RL auch bei den beiden Direktvermarktungsmodellen erfüllt sind, muss zwischen den i.R.d. GMM auszustellenden Herkunftsnachweisen und den EEG-HKN unterschieden werden.

a. Herkunftsnachweise nach § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014

Sollte mit dem GMM eine gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 EEG 2014 zulässige geförderte Form der Direktvermarktung eingeführt werden und sollte – wie im Rahmen des GMM vorgesehen – für diese auch die Möglichkeit der Ausstellung von Herkunftsnachweisen gegeben werden, werden diese voraussichtlich die gleiche Qualität wie diejenigen haben, die in § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 schon vorgesehen sind. Der § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 müsste lediglich um den Satz ergänzt werden, dass das Umweltbundesamt auch Herkunftsnachweise für Strom aus geförderter Direktvermarktung ausgeben kann. Informationen dazu, dass die i.R.d. GMM auszugebenden Herkunftsnachweise anders ausgestaltet sein sollen als diejenigen, die heute schon im EEG 2014 und in der HerkunftsnachweisVO vorgesehen sind, liegen uns nicht vor.

Wie gesagt hat die Kommission das gesamte EEG 2014 am Maßstab des Europarechts geprüft und in ihrer Entscheidung vom 23. Juli 2014 freigegeben. Sobald nämlich eine Maßnahme bei der Kommission beihilferechtlich notifiziert ist, prüft die Kommission deren Vereinbarkeit mit dem gesamten europarechtlichen Primär- und Sekundärrecht, nicht nur mit dem Beihilfenrecht.⁹⁴ In dieser Entscheidung findet die Vereinbarkeit des § 79 Abs. 1 S. 1 EEG 2014 mit Art. 15 der EE-RL keine weitere Erwähnung. Somit ist davon auszugehen, dass die in § 79 Abs. 1 EEG 2014 und der HerkunftsnachweisVO vorgesehene Art von Herkunftsnachweisen mit der EE-RL vereinbar ist.

Insbesondere stellt § 79 Abs. 2 EEG 2014 sicher, dass das Umweltbundesamt auf Antrag nach Maßgabe der HerkunftsnachweisVO ausländische Herkunftsnachweise für EE-Strom anerkennt. Damit wird der Anforderung in Art. 15 Abs. 1 und 9 der EE-RL Rechnung getragen, dass die Herkunft von EE-Strom gemäß objektiven, transparenten und nicht-diskriminierenden Kriterien nachgewiesen werden soll. § 79 Abs. 2 EEG 2014 setzt nämlich voraus, dass ausländische Herkunftsnachweise den inländischen gleichwertig sind.

Soweit also zukünftig Herkunftsnachweise auch im Rahmen einer geförderten Direktvermarktung ausgegeben werden sollten und vorausgesetzt, dass deren Ausstellung den gleichen Regeln folgen würde, wie die bereits in § 79 EEG 2014 und der HerkunftsnachweisVO vorgesehenen Herkunftsnachweise, so sollten auch diese mit der EE-RL vereinbar sein. Insbesondere besagt Art. 15 Abs. 2 Unterabs. 3 der EE-RL, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, „*dass einem Produzenten, der für dieselbe aus erneuerbaren Quellen erzeugte Energie einen Herkunftsnachweis erhält, keine Unterstützung gewährt wird*“. Dies heißt im Umkehrschluss, dass die EE-RL von der Regel ausgeht, dass den EE-Stromerzeugern zusätzlich zur Ausgabe der Herkunftsnachweise noch eine irgendwie geartete Form der finanziellen Unterstützung zu Gute kommt. Dies wäre innerhalb des GMM mittelbar durch die Befreiung der EVU von der EEG-Umlage der Fall.

b. Vereinbarkeit der EEG-HKN mit Art. 15 der EE-RL

Das VKU-Modell sieht hingegen eine neuartige, bisher so im EEG nicht vorgesehene Art der Herkunftsnachweise, sozusagen „*sui generis*“, vor. Die Ausstellung solcher EEG-HKN soll lediglich für nach dem EEG-Fördermechanismus geförderten Strom möglich sein, soll dann aber auch ausländischen EVU zu Teil werden (s.o.). Wie genau die EEG-HKN ausgestaltet sein sollen, ist den uns vorliegenden Informationen des VKU gegenwärtig nur fragmentarisch zu entnehmen. Dies wäre zu gegebener Zeit im Lichte der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 15 der EE-RL genauer zu prüfen.

G. Fazit und Ergebnis

Die beiden in diesem Gutachten diskutierten Modellvorschläge stoßen in vielerlei Hinsicht auf europarechtliche Bedenken. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass beide Modelle (das GMM stärker als das VKU-Modell) als Einschränkung des freien Warenverkehrs i.S.v. Art. 34 AEUV angesehen werden könnten. Dadurch, dass zum ersten Mal nicht mehr allein die Erzeugung des EE-Stroms durch das EEG, sondern jetzt auch das an den Endkunden vermarktete grüne Produkt EE-Strom gefördert würde, dränge Deutschland in den Kern des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit vor bzw. verstärkte die Eingriffsintensität. In gleicher Weise stellt sich die Frage, ob die Europäische Kommission ihre nach den Art. 30 und 110 AEUV formulierten Einwände gegen das im EEG 2012 vorgesehene „Grünstromprivileg“ auch gegen diese beiden Modelle vorbringen könnte. Auch hier birgt das GMM stärkere Gefahren als das VKU-Modell.

Jedenfalls nach Art. 34 AEUV, möglicherweise aber auch nach den Art. 30 und 110 AEUV ist es jedoch denkbar, Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt auf der Grundlage von umweltschutzpolitischen Vorgaben und den Wertungen der EE-RL zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof vor allem in der Rs. *Ålands Vindkraft* belegt dies. Diese Rechtsprechung stützt sich jedoch sehr stark auf das Sekundärrecht, nament-

⁹⁴ So hat z.B. Rumänien sein neues Grünstromzertifikatsystem bei der Kommission mit dem Ziel notifiziert, eine Überprüfung der Maßnahme am Maßstab der EE-RL zu erreichen. Siehe Entscheidung der Kommission vom 13.07.2012, SA.33134 2011/N-RO;C(2011)4938, Rn. 2.

lich also die EE-RL, die ausdrücklich nationale Fördersysteme für erneuerbare Energien erlaubt und die Frage der Förderung von EE-Strom im Ausland in die mitgliedstaatliche Entscheidungshoheit stellt. Diese Ansicht des EuGH ist umstritten. Aus den hierzu ergangenen Schlussanträgen der Generalanwälte wird deutlich, dass darin teilweise ein Wertungswiderspruch zwischen dem einerseits bestehenden Wunsch nach einem europäischen Binnenmarkt für Elektrizität und dem Fortbestand unterschiedlicher EE-Fördersysteme gesehen wird.

Sollte sich im sekundären Unionsrecht etwas an dieser Situation ändern, sollte insbesondere bei der anstehenden Überarbeitung der EE-RL auf eine stärkere Öffnung der Fördersysteme hingewirkt werden, könnte nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Europäische Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung im Fall *Ålands Vindkraft* fortsetzen würde. Dies ist generell eine Schwierigkeit der jetzigen Rechtslage im Bereich der erneuerbaren Energien. Das Problem würde sich aber insbesondere bei den beiden hier diskutierten Grünstrommodelle verstärken, denn wie der EuGH gezeigt hat, bestehen auch grundsätzliche Erwägungen, die unabhängig von dem Sekundärrecht bestehen und eine nationale Förderung rechtfertigen können. Inwieweit diese greifen können, hängt jedoch maßgeblich von der Verhältnismäßigkeit und damit von der Intensität des Eingriffs ab. Wie oben dargelegt steigt aber die Eingriffsintensität, wenn auch die Ware „grüner EE-Strom“ gefördert werden würde.

Es ist weiterhin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, die Einführung der beiden Modelle als nach Art. 108 Abs. 3 AEUV notifizierungspflichtige Beihilfen bzw. Änderung einer bestehenden Beihilfe betrachten würde. Auch wenn die beiden Vermarktungsmodelle grundsätzlich nach den Beihilfenvorschriften genehmigungsfähig sein dürften, wäre die Europäische Kommission nicht befugt, ein solches Modell für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, wenn sie auf der Grundlage des europäischen Binnenmarktrechts (Art. 30, Art. 34 und Art. 110 AEUV) Bedenken gegen dieses Modell hätte, die sich im Notifizierungsverfahren nicht ausräumen ließen.

Berlin, den 7. Oktober 2015

Prof. Dr. Thomas Lübbig
Dr. Marie-Christine Fuchs LL.M