EEG-Reform und Energiebinnenmarkt*

Prof. Dr. Jörg Gundel
Universität Bayreuth

I. Einleitung: Das Spannungsverhältnis von Erneuerbaren-Förderung und Energiebinnenmarkt

Das Thema der europarechtlichen Vorgaben für die Erneuerbaren-Förderung wird nun schon seit längerem intensiv diskutiert. In eine heiße Phase ist diese Diskussion im Dezember 2013 eingetreten, als die Kommission parallel zu den Arbeiten an der Reform des deutschen Rechtsrahmens das Verfahren zur beihilfenrechtlichen Prüfung des geltendem EEG 2012 eröffnet hat[1]; gleichzeitig erfolgte in dieser Zeit die lange angekündigte Überarbeitung der Kommissionsleitlinien für Umwelt- und Energiebeihilfen[2], die nun mit der Veröffentlichung der endgültigen Fassung im EU-Amtsblatt vom 28. Juni 2014 abgeschlossen ist[3]. Neben diesen beihilfenrechtlichen Themen ist auch die Problematik des Energie-Binnenmarktes wieder in den Vordergrund getreten: Denn seine Verwirklichung wird mit dem Ansteigen des Anteils erneuerbarer Energien in Verbindung mit den rein national orientierten und auf die nationale Produktion beschränkten Fördersystemen[4] grundsätzlich infrage gestellt[5].

Beide Gesichtspunkte führen letztlich zu einer schon etwas älteren, aber weiterhin zentralen Entscheidung des EuGH zurück, dem PreussenElektra-

* Aktualisierte Fassung des am 13. März 2014 gehaltenen Vortrags; eingearbeitet wurden insbesondere EuGH, 1.7.2014 Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuGH, 11.9.2014 verb. Rs. C-204/12 bis 208/12 (Essent Belgium) zur Warenverkehrsfreiheit sowie EuG, 10.5.2016 Rs. T-47/15 (Deutschland/Kommission) zum EU-Beihilfenrecht. Der Text ist nun auf dem Stand von August 2016.

1 Kommission, 18.12.2013 – Staatl. Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – Deutschland, Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, ABl. EU 2014 C 37/73; zu dem dieses Verfahren abschließenden Kommissionsbeschluss (EU) 2015/1585 v. 25.11.2014, ABl. EU 2015 L 250/122, s. noch u. II. 2. bei Fn. 31.

2 Zu den zuvor geltenden „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen", ABl. EU 2008 C 82/1, und ihrer Bedeutung für den Energiesektor s. *Scheel*, DÖV 2009, 529 ff.

3 Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, ABl. EU 2014 C 200/1; die neuen Leitlinien gelten seit 1.7.2014, sehen aber teils weit in die Zukunft reichende Übergangsfristen vor; dazu noch u. bei Fn. 96; zum Rechtscharakter dieser Leitlinien s. u. II. 2. bei Fn. 25 ff.

4 Zu den konkurrierenden Fördermodellen s. noch u. IV. 1. a).

5 S. noch u. IV 1. d) mit Fn. 98.

Urteil aus dem Jahr 2001[6]: So kreist die beihilfenrechtliche Diskussion um die Frage, ob die enge Beihilfen-Definition dieser Entscheidung weiter gilt bzw. ob ihre Subsumtion heute zu einem anderen Ergebnis führt. Aber auch die zweite Säule der PreussenElektra-Entscheidung, mit der eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit verneint worden war, stand bis zu dem am 1. Juli 2014 ergangenen Urteil der EuGH in der Rs. Ålands Vindkraft zur Disposition: Generalanwalt Bot hatte dem Gerichtshof in aufsehenerregenden Schlußanträgen[7] vom Sommer 2013 (verb. Rs. C-204/12 bis C-208/12 – Essent Belgium u. a.) und Januar 2014 (Rs. C-573/12 – Ålands Vindkraft) die Feststellung der Unvereinbarkeit national beschränkter Förderregimes mit Art. 34 AEUV vorgeschlagen; wäre der EuGH ihm gefolgt, hätte eine grundsätzliche Neuordnung auf europäischer Ebene auf der Tagesordnung gestanden.

Das ist nach den dazu ergangenen Entscheidungen zwar nicht der Fall[8], das Problem der Fragmentierung des Energiebinnenmarktes bleibt aber bestehen. So hält die EU-Kommission in ihrer Bestandsaufnahme zur Entwicklung des Energiebinnenmarktes vom November 2012[9] fest, dass die EU insoweit derzeit nicht „auf Kurs" sei und die Mitgliedstaaten „davon abkommen [müssen], eine nach innen gerichtete Politik oder nationale Politikkonzepte zu verfolgen …"[10]. Für den unbefriedigenden Befund, wonach die europäischen Energiemärkte in erheblichem Ausmaß als parallele nationale Märkte fortbestehen[11], können zwar auch verschiedene Ursachen verantwortlich gemacht werden, die mit der Erneuerbaren-Förderung nichts zu tun haben; zu der kritischen Bilanz tragen aber doch auch die unterschiedlichen nationalen Fördermechanismen für erneuerbare Energien bei, die die EU-Mitgliedstaaten in den letzten zwei Jahrzehnten aufgebaut haben[12]. Die erneuerbaren Energien sind aufgrund der national ausgerichteten Förderys-

6 EuGH, 13.3.2001 Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 = EuZW 2001, 242 m. Anm. *Ruge* = RdE 2001, 137 m. Anm. *Lecheler*

7 In der deutschen Diskussion sind diese Verfahren, die anders als das PreussenElektra-Urteil nicht unmittelbar das deutsche System betreffen, allerdings mit großer Verspätung wahrgenommen worden; die ersten Berichte in der Tagespresse stammen vom März 2014, s. z. B. FAZ Nr. 58 v. 10.3.2014, S. 15: „Zündstoff für die Stromverbraucher".

8 Dazu noch u. IV. 1. d).

9 KOM (2012) 663 endg. v. 15.11.2012; speziell zur Perspektive der Erneuerbaren s. auch die Mitteilung „Erneuerbare Energien – ein wichtiger Faktor auf dem europäischen Energiemarkt", KOM (2012) 271 endg. v. 6.6.2012.

10 KOM (2012) 663 endg. (Fn. 9), S. 3.

11 So der bündige Befund in der Stellungnahme des WSA zu dieser Mitteilung, ABl. EU 2013 C 133/27, Tz. 2.5.

12 Dieser Gesichtspunkt wird in der Mitteilung KOM (2012) 663 endg. (Fn. 9) allenfalls indirekt angesprochen; deutlicher dazu die Stellungnahme des WSA (Fn. 11), ABl. EU 2013 C 133/27, Tz. 2.6.

teme zum Störfaktor für den Elektrizitätsbinnenmarkt[13] geworden; umgekehrt stellt sich – je nach Perspektive – der Binnenmarkt als Störenfried für die Förderung der Erneuerbaren durch die Mitgliedstaaten dar. Tatsächlich gewinnt der zunächst theoretisch erscheinende Konflikt zwischen Energiebinnenmarkt und national beschränkter Förderung mit dem Anwachsen des Anteils der erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung an realer Gestalt – das reicht von der grenzüberschreitenden technischen Belastung der Netze durch im Übermaß eingespeiste erneuerbare Energie[14] bis zu der Tatsache, dass die vorrangige Einspeisung der nationalen Produktion erneuerbarer Energien den Import aus anderen Mitgliedstaaten behindert[15].

II. Rückblick auf die Weichenstellungen der PreussenElektra-Entscheidung

1. Die Ausgangspunkte von PreussenElektra

Der EuGH hat an der langen Abwesenheit des Europarechts und insbesondere des EU-Binnenmarktrechts im Bereich der erneuerbaren Energien einen nicht zu vernachlässigenden Anteil, nachdem er in der schon erwähnten PreussenElektra-Entscheidung[16] im Jahr 2001 auf Vorlage des LG Kiel entschieden hat, dass das deutsche Modell der pflichtvergüteten Einspeisung weder eine nach dem heutigen Art. 108 AEUV genehmigungspflichtige Beihilfe darstellt noch gegen die Freiheit des Warenverkehrs verstößt. Beide Fragenkomplexe sind nun wie erwähnt wieder auf den Prüfstand geraten.

2. Beihilfenrecht: Neubewertung des Systems oder Wandel der Rechtsprechung?

In Bezug auf das EU-Beihilfenrecht ist dieser Ausschluss seinerzeit durchaus schlüssig begründet worden: Die Einspeisevergütung des deutschen StrEG, die im EEG insoweit unverändert weitergeführt wurde, ist als staatliche Preisregelung im Verhältnis unter Privaten einzuordnen[17]; der Staat erlangt zu keinem Zeitpunkt Kontrolle über die Finanzströme an die Erzeuger. Die Rechtsprechung hat allerdings zwischenzeitlich in Abgrenzung zur

13 So der (allerdings mit einem Fragezeichen versehene) Titel des Beitrags von *Lecheler* zur FS Baur, 2001, S. 199 ff.; von einem „Fremdkörper im EU-Energiebinnenmarkt" spricht *Pielow*, EurUP 2013, 150 (162).

14 Zur Einigung über den Einbau von Phasenschiebern zwischen dem deutschen und polnischen Übertragungsnetz s. FAZ Nr. 299 v. 22.12.2012, S. 13 („Polen wehrt deutschen Windstrom ab"); zur Abregelung der Verbindungsleitung nach Polen zum Schutz des dortigen Netzes vor Überlastung im März 2013 s. FAZ Nr. 124 v. 1.6.2013, S. 12.

15 Zu der aus der territorialen Beschränkung von Einspeisevergütungen resultierenden Abschottungswirkung s. noch u. bei Fn. 98.

16 S. o. Fn. 6.

17 Tz. 54 – 66 des Urteils (Fn. 6).

PreussenElektra-Entscheidung deutlich gemacht, dass eine staatliche Beihilfe unabhängig von der privaten Herkunft der Mittel dann zu bejahen ist, wenn der Staat Kontrolle über die Verteilungsmechanismen ausübt;[18] generell geht die Tendenz dahin, weniger auf diese Herkunft als auf die Intensität der staatlichen Lenkung und Kontrolle über die Verteilung abzustellen[19]. Zwischenzeitlich hat sich allerdings auch gezeigt, dass die Beihilfenkontrolle auch kein unüberwindliches Hindernis für eine im übrigen EU-konforme Erneuerbaren-Förderung bildet, nachdem andere nationale Systeme von der Kommission zwar als Beihilfensysteme eingestuft, aber genehmigt worden sind[20].

Soweit die Tatbestandvoraussetzungen vorliegen, erhält die Kommission durch das Beihilfenrecht aber doch einen sehr wirksamen Hebel zur Ausgestaltung der nationalen Systeme, weil sie über ihr beihilfenrechtliches Genehmigungsermessen die Bedingungen der Förderung fixieren kann. Tatsächlich scheint die Kommission derzeit vor allem auf diesen Hebel zu setzen; das entspricht jedenfalls den seit längeren gemachten Ankündigungen zur Ausarbeitung von Leitlinien zu den Fördersystemen[21], die sich nun in zwei Formen[22] konkretisiert haben: Zum einen hat die Kommission Anfang November 2013 mehrere Mitteilungen zur Reichweite der mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume im Energiesektor vorgelegt,[23] deren Wertungen auch in die beihilfenrechtliche Beurteilung einfließen können; zum anderen hat sie eine Überarbeitung der Leitlinien für Umweltbeihilfen aus dem Jahr 2008 vorgenommen, der nun in der ab 1. Juli 2014 anwendbaren

18 S. insbes. EuGH, 17.7.2008 Rs. C-206/06 (Essent Netwerk Noord), Slg. 2008, I-5497, Tz. 58 ff.; im Anschluss EuGH, 19.12.2013 Rs. C-262/12 (Vent de Colère), EWS 2014, 37 m. Anm. *Buckler* = EnWZ 2014, 71 m. Anm. *Nysten*; zur Einstufung des deutschen Systems s. noch u. bei Fn. 31.

19 Kritisch zu dieser Entwicklung z. B. *Nettesheim*, NJW 2014, 1847 ff.

20 Kommission, 23.7.2014 – State aid SA.38632 (2014/N) – Germany, EEG 2014 – Reform of the Renewable Engergy Law; zuvor s. z. B. Kommission, 22.7.2009 – Staatliche Beihilfe C 24/09 (ex N 446/08) – Österreichisches Ökostromgesetz, ABl. EU 2009 C 217/12, insbes. Tz. 53 ff. (genehmigte Beihlfe) die gegen die anschließende Beanstandung der Befreiung energieintensiver Unternehmen durch Kommission, 8.3.2011 – Staatliche Beihilfe C 24/09 (ex N 446/08), ABl. EU 2011 L 235/42 erhobene Klage Österreichs hat EuG, 11.12.2014 Rs. T-251/11 (Österreich/Kommission) als unbegründet abgewiesen.

21 S. die Mitteilung „Erneuerbare Energien" (Fn. 9), KOM (2012) 271 endg. v. 6.6.2012, S. 5 f.: Beabsichtigt sei die Ausarbeitung von Leitlinien, die „erforderlichenfalls die Reform von Förderregelungen zum Gegenstand haben, um zu einer größeren Kohärenz der nationalen Vorgehensweisen beizutragen und eine Fragmentierung des Binnenmarktes zu vermeiden."

22 Zu diesen parallelen Prozessen s. z. B. *Kafsack*, et 11/2013, 7 („Generalangriff auf das EEG"); s. auch FAZ Nr. 232 v. 7.10.2013, S. 17 („Doppelter Angriff auf deutsche Ökostromhilfe").

23 S. die Pressemitteilung IP/13/1021 v. 5.11.2013 zur Veröffentlichung der Mitteilung „Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes und optimale Nutzung staatlicher Interventionen", C (2013) 7243 final v. 5.11.2013, sowie das begleitende Commission staff working document „European Commission guidance for the design of renewables support schemes", SWD (2013) 439 final v. 5.11.2013.

Fassung z. B. auch ein eigenes Kapitel mit detallierten Vorgaben für die Grenzen einer Entlastung stromintensiver Unternehmen enthält[24].

Während die Mitteilungen vom November 2013 von vornherein keine besondere Bindungswirkung entfalten, sondern nur die Interpretation des geltenden EU-Rechts durch die Kommission wiedergeben[25], sind die beihilfenrechtlichen Leitlinien, die teils auch als Gemeinschafts- bzw. nun Unionsrahmen betitelt werden, ein eigenständiges Instrument des EU-Beihilfenrechts. Auch sie sind aus sich heraus zwar nicht verbindlich, erzeugen aber trotzdem Wirkungen in zwei Richtungen: Zum einen wird die Kommission bei der Genehmigung künftiger neuer Beihilfenregeln – also z. B. auch des neuen EEG – diese Kriterien zugrundelegen, sie setzt ihrer Ermessensausübung bei der Genehmigung damit im Weg der Selbstbindung Schranken.[26] Zum anderen werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, dem Rahmen zuzustimmen; mit dieser Zustimmung gehen sie die Verpflichtung ein, auch ihre bestehenden Systeme binnen der im Kommissionsvorschlag gesetzten Frist den neuen Vorgaben anzupassen[27].

Strategisch bietet der beihilfenrechtliche Ansatzpunkt aus Sicht der Kommission den Vorteil, dass die Gestaltung dieses Sektor praktisch allein in ihrer Hand liegt, während eine Änderung oder Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie[28] eine politische Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates voraussetzen würde. Zugleich ermöglicht das im Beihilfenrecht bestehende Genehmigungsermessen der Kommission auch eine schrittweise, zugleich auf die Zukunft beschränkte Neuausrichtung der Förderregimes und erlaubt damit gewissermaßen eine „weiche Landung" der nationalen Förderstrukturen[29]. Ein umfassender Rahmen kann auf diesem Weg allerdings nicht geschaffen werden, weil Fördermodelle

24 Tz. 181 ff. der Leitlinien (Fn. 3).

25 Zum rechtlichen Status der Kommissionsmitteilungen s. z. B. *Gundel*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. A. 2010, § 3 Rn. 86 ff.; monographisch *Brohm*, Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 2012; *Walzel*, Bindungswirkungen ungeregelter Vollzugsinstrumente der EU-Kommission, 2008.

26 Tz. 247 ff. der Leitlinen (Fn. 3).

27 Tz. 250 f. der Leitlinien (Fn. 3); s. Art. 23 Abs. 1 VO (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABl. EU 2015 L 248/9; aus der Rechtsprechung EuGH, 15.10.1996 Rs. C-311/94 (Ijssel-Vliet), Slg. 1996, I-5023, Tz. 42 f.; EuGH, 5.10.2000 Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-8237, Tz. 65; zuletzt EuGH (GK), Urt. v. 4.12.2013, Rs. C-121/10 (Kommission/Rat), Tz. 52 ff.; s. auch *Uerpmann*, EuZW 1998, 331 ff.; *Jestaedt/Häsemeyer*, EuZW 1995, 787 ff.

28 Zu ihr noch u. III.; sie wäre bei einem Neuerlass nun auf Art. 194 AEUV zu stützen, s. *Gundel*, EWS 2011, 25 (29) m. w. N. auch zur Gegenauffassung, die weiter die Umweltkompetenz des heutigen Art. 192 AEUV anwenden will.

29 Deutlich die Mitteilung C (2013) 7243 v. 5.11.2013 (Fn. 23), S. 14: „Rückwirkende Änderungen in solchen Situationen untergraben das Vertrauen der Anleger und sollten weitestmöglich vermieden werden." Ähnlich zuvor die Mitteilung KOM (2012) 271 endg. (Fn. 9), S. 5, und der Fortschrittsbericht „Erneuerbare Energien", KOM (2013) 175 endg. v. 27.3.2013, S. 15.

ohne Beihilfencharakter von vornherein nicht erfasst werden können; gerade das deutsche Modell, dem die Kommission selbst im Anschluß an die PreussenElektra-Entscheidung das Ausscheiden aus dem Beihilfen-Spektrum attestiert hatte[30], wäre auf diesem Weg nicht erreichbar, wenn man nicht mit der Entscheidung der Kommission zum EEG 2012[31] darauf abstellt, dass sich das System durch die späteren Reformen und die dabei erfolgte stärkere staatliche Lenkung der Mittelflüsse[32] so stark verändert hätte, dass nun eine staatliche Beihilfe anzunehmen sei[33]. Die Sicht hat der EuG nun bestätigt, so dass insoweit zumindest vorläufig Rechtsklarheit herrscht.

Dass das Beihilfenrecht tatsächlich Gefahren bergen kann, wenn ein Mitgliedstaat im Vertrauen auf die Einschlägigkeit der PreussenElektra-Rechtsprechung zu Unrecht auf die beihilfenrechtliche Notifikation verzichtet, zeigt das im Dezember 2013 ergangene EuGH-Urteil in der Rechtssache Vent de Colère[34]: Hier hat der Gerichtshof für die Finanzierung der französischen Einspeisevergütung die Voraussetzungen einer Zurechnung als staatliche Mittel[35] als eindeutig gegeben angesehen und aufgrund dieses Ergebnisses auch die in Ausnahmefällen mögliche Beschränkung der Rückwirkung

30 Kommissionsbeschluß (EU) 2015/1585 v. 25.11.2014 (Fn. 1); Kommission, 22.5.2002 – Staatl. Beihilfe NN 27/2000 – Deutschland, C (2002) 1887 fin.

31 S. zur Diskussion im Vorfeld *Ludwigs*, Ree 2014, 65 ff.; *Reuter*, RdE 2014, 160 ff.; *Frenz/Wimmers*, WiVerw 2014, 30 ff.; *v. Kielmansegg*, WiVerw 2014, 103 ff.; zuvor bereits *Germelmann*, EWS 2013, 161 ff.; *Ismer/Karch*, ZUR 2013, 526 ff.; *Ekardt*, EurUP 2013, 197 ff.

32 Auch in diesem Fall wäre wohl nur die Umlage, also die Weiterwälzung der Einspeisevergütungskosten beihilfenrechtlich zu erfassen, nicht aber die Einspeisevergütung selbst, denn nur für die Weiterwälzung lässt sich argumentieren, dass sie detaillierter staatlicher Lenkung und Kontrolle unterliegt, s. dazu *Germelmann*, EWS 2013, 161 (168). Dieses differenzierte Ergebnis erscheint auf den ersten Blick paradox – wenn man nämlich auf die Herkunft der Mittel abstellt, die sich im Lauf des Geschehens eigentlich nicht verändern kann; stellt man dagegen mit der neueren Rechtsprechung (s. o. bei Fn. 18) auf die Kontrolle der Mittelflüsse ab, kann das Ergebnis für verschiedene Strecken eines Verteilungsvorgangs durchaus unterschiedlich ausfallen.

33 EuG, 10.5.2016 Rs. T-47/15 (Deutschland/Kommssion), DVBl. 2016, 841 m. Anm. *Frenz* = EuZW 2016, 560 (nur LS) m. Bespr. *Stöbener de Mora* S. 539 ff. = NVwZ 2016, 997 (nur LS) m. Anm. *Ehrmann* = ZUR 2016, 412 m. Anm. *Kröger*. Deutschland hat allerdings Rechtsmittel eingelegt (anhängig als Rs. C-405/16 P), so dass das letzte Wort hier noch nicht gesprochen ist.

34 EuGH, 19.12.2013 Rs. C-262/12, EWS 2014, 37 m. Anm. *Buckler* = EnWZ 2014, 71 m. Anm. *Nysten* = AJDA 2014, 926 m. Anm. *Boiteau* = RJEP 5/2014, 16 m. Anm. *Cassagnabère*; dazu auch *Thieffry*, Rec. Dalloz 2014, 224 ff.; *Aubert/Broussy/Cassagnabère*, AJDA 2014, 336 ff.; zwischenzeitlich hat die Kommission beschlossen, gegen das französische Förderregime keine grundsätzlichen Einwendungen zu erheben, jedoch ein Hauptprüfungsverfahren in Bezug auf die Regelungen zur Entlastung von Großverbrauchern einzuleiten, s. die Pressemitteilung IP/14/327 v. 27.3.2014

35 Die weiteren Voraussetzungen des Beihilfen-Tatbestands hatte bereits der vorlegende Conseil d'Etat als erfüllt angesehen und insoweit keine Fragen vorgelegt, dazu Tz. 29 f., 60 ff. der Schlussanträge von Generalanwalt Jääskinen.

des Urteils abgelehnt[36]. Nachdem auch eine nachträgliche Genehmigung durch die Kommission, die im Anschluß erfolgt ist, diesen Fehler nicht rückwirkend beseitigen kann[37], stand eine Rückabwicklung gezahlter Beihilfen im Raum; allerdings ist in der Rechtsprechung auch geklärt, dass der Mitgliedstaat sich im Fall einer solchen nachträglichen Billigung auf die Rückforderung des durch die zu früh erfolgte Auszahlung erlangten Zinsvorteils beschränken kann. So wurde dann auch in diesem Fall verfahren[38].

3. Freiheit des Warenverkehrs: Zeit für eine Neubewertung?

Während die Begründung des beihilfenrechtlichen Ergebnisses der Preussen-Elektra-Entscheidung auch heute noch nachvollziehbar erscheint, haben die damaligen knappen Erwägungen zur Freiheit des Warenverkehrs für nachhaltige Irritationen gesorgt: Zu offensichtlich war, dass die auf den Einspeisungs- und damit Herstellungsort der Energie abstellende Abnahme- und Vergütungsverpflichtung eine nach der Herkunft der Ware diskriminierende Regelung war, die nach der traditionellen Dogmatik des EuGH nur durch die ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe des heutigen Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden konnte[39] – dort ist aber der Umweltschutz nicht erwähnt, den die EuGH-Rechtsprechung stattdessen als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund anerkannt hatte[40]. Solche zusätzlich durch die Rechtsprechung akzeptierten Einschränkungen der Grundfreiheiten können aber nach der seit Anfang der 1980er-Jahre gefestigten Judikatur[41] nur für Regelungen eingreifen, die nicht nach der Herkunft der Waren diskriminieren, während diskriminierende Regelungen weiter auf einen geschriebenen Vorbehalt angewiesen bleiben. Der einzige Fall, in dem der EuGH zuvor einmal – ebenfalls mit sehr gewundener Argumentation – diskriminierende Regelungen aus Umweltschutzgründen zugelassen hatte[42], betraf die Einfuhr ausländischer

36 Tz. 40 des Urteils; zu den Voraussetzungen s. auch noch u. bei Fn. 83.

37 S. EuGH, 5.10.2006 Rs. C-368/04 (Transalpine Ölleitung), Slg. 2006, I-9957, Tz. 41 ff. = EuZW 2006, 725 m. Anm. *Sutter* (dazu *Jaeger*, ÖZW 2006, 112 ff.); EuGH, 21.10.2003 verb. Rs. C-261/01 u. 262/01 – (van Calster), Slg. 2003, I-12249 (dazu *Jaeger*, EuZW 2004, 78 ff.; *Geburtig*, EuZW 2005, 716 ff.).

38 S. Conseil d'Etat, 15.4.2016 No 393721 – Vent de Colère. Zu dieser Lösung s. zuvor EuGH, 12.2.2008 Rs. C-199/06 (CELF II), Slg. 2008, I-469 = EWS 2008, 180 m. Anm. *Gundel* S. 161 ff.; dazu auch *Winkler*, in: Jaeger (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 2009, S. 403 ff.; *Slot*, 46 CMLRev. (2009), 623 ff.

39 Dazu z. B. *Gundel*, Jura 2001, 79 (80 ff.).

40 Erstmals EuGH, 20.9.1988 Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607, seitdem st. Rspr.; s. zur Entwicklung z. B. *Vial*, Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises, 2006, S. 116 ff.

41 Grundlegend EuGH, 17.6.1981 Rs. 113/80 (Kommission/Irland), Slg. 1981, 1625, Tz. 7, 11; seitdem st. Rspr.

42 EuGH, 9.7.1992 Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien; „wallonische Abfallsperre"), Slg. 1992, I-4431 = EuZW 1992, 577 m. Anm. *Tostmann*.

Abfälle zur Entsorgung – dort ließ sich die Unterscheidung zwischen „gutem" inländischen Abfall und „schlechtem" ausländischen Abfall aber immerhin noch mit den auch im AEUV aufscheinenden umweltrechtlichen Grundsätzen des Verursacherprinzips und dem daraus ableitbaren Grundsatz der Entsorgungsautarkie bzw. ortsnahen Entsorgung sachlich erklären.[43] Teils wird in der Literatur versucht, diese Argumentation auf die Erneuerbaren-Förderung zu übertragen, also anstelle eines umweltrechtlichen Prinzips der ortsnahen Entsorgung ein Prinzip der ortsnahen Energieerzeugung zu postulieren[44] – die Analogie muss aber fehlschlagen, weil ein solcher Grundsatz der ortsnahen Erzeugung sich allenfalls auf die „schlechte" konventionelle Energieerzeugung beziehen kann, nicht aber auf die „gute" erneuerbare – wo diese erzeugt wurde, ist umweltpolitisch gleichgültig[45]. Tatsächlich ließen auch die vagen Hinweise der Entscheidung auf die Notwendigkeiten des Klimaschutzes im Dunkeln, inwieweit die Diskriminierung zur Erreichung der Ziele erforderlich wäre.

III. Die Ebene des Sekundärrechts

1. Die Zurückhaltung der Erneuerbaren-Richtlinien

Auch das Sekundärrecht hat zu einer Klärung bisher wenig beigetragen: Die erste Fassung der Erneuerbare-Energien-RL aus dem Jahr 2001 (RL 2001/77/EG)[46] verzichtete auf konkrete Vorgaben für nationale Fördermechanismen. Bei der Vorbereitung der Neufassung von 2009 (RL 2009/28/EG[47]) hat die EU-Kommission einen beherzten Anlauf zu einer binnenmarktkonformen Ausgestaltung gemacht[48], sie hat dieses Vorhaben aber angesichts des Widerstands aus verschiedenen Mitgliedstaaten[49] nicht mehr weiterverfolgt. Die heute geltende Richtlinie sieht zwar eine gegenseitige Anerkennung von Herkunftsnachweisen und auch ihre Übertragbarkeit vor, die inzwischen

43 Dazu z. B. *Tostmann*, EuZW 1992, 579 (580); daraus erklärt sich auch, dass die Rechtfertigung für zur Verwertung bestimmte Abfälle bereits nicht mehr trägt, s. konsequent EuGH, 25.6.1998 Rs. C-203/96 (Chemische Afvalstoffen Dusseldorp), Slg. 1998, I-4075; dazu *van Calster*, 24 ELRev. (1999), 178 ff.

44 S. z. B. *Pünder*, NVwZ 1999, 1059 (1061); *ders.*, Jura 2001, 591 (595); ähnlich *Faber*, NuR 2002, 140 (143).

45 S. auch noch u. bei Fn. 71 (Generalanwalt Bot) und Fn. 90 (EuGH).

46 RL 2001/77/EG des EP und des Rates v. 27.9.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 2001 L 283/33, ersetzt durch die RL 2009/28/EG (Fn. 47).

47 RL 2009/28/EG des EP und des Rates v. 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (…), ABl. EU 2009 L 140/16.

48 Art. 9 – 11 des Richtlinienvorschlags, KOM (2008) 19 endg. v. 23.1.2008.

49 S. insbes. für die Position der deutschen Seite prägnant *Klemm*, Ree 2011, 61 (61, 67): Es werde insoweit in Brüssel „seit jeher gesetzeskonform verhandelt", also darauf geachtet, dass keine Änderungen des deutschen Fördersystems notwendig würden.

auch in Deutschland mit der Schaffung des Herkunftsnachweisregisters umgesetzt wurde;[50] sie verweist ansonsten aber auf die nationalen Fördersysteme. Eine Kooperation der Mitgliedstaaten bei der Erreichung der Zielvorgaben ist nur fakultativ vorgesehen[51] und bisher nach den Feststellungen der Kommission nirgends erfolgt.[52]

Dieser Stand lässt sich pragmatisch wohl dadurch erklären, dass die Förderung weiterhin durch die Mitgliedstaaten – entweder direkt aus staatlichen Mitteln oder durch die Belastung der eigenen Stromverbraucher – erfolgt und diese gegenüber der Kommission erfolgreich darauf beharrt haben, dass diese Ressourcen auch „im Lande bleiben"[53]. Dementsprechend ist in der Literatur der Eindruck eines politischen Konsenses der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung der jeweiligen Fördersysteme und einer unausgesprochenen Billigung der Existenz von (seinerzeit) 27 verschiedenen, teils diskriminierenden Fördersystemen durch die Kommission festgehalten worden[54]; als Schlussfolgerung aus diesem Befund eines politischen Waffenstillstands ergab sich, dass nur eine neue Entscheidung des EuGH Klarheit schaffen könne[55].

2. Konsequenzen für die Anwendbarkeit von Beihilfenrecht und Grundfreiheiten?

Vor allem in der deutschen Literatur wurde der Hinweis in der Erneuerbaren-Richtlinie, wonach die Fördersysteme Beeinträchtigungen des Binnenmarktes bewirken könnten (Art. 4 Abs. 1 der RL 2001/77/EG), allerdings als Absicherung gegenüber einer solchen Kontrolle durch den EuGH verstanden – in gewisser Weise als Freibrief für nationale Gestaltungen, weil diese

50 Art. 15 RL 2009/28/EG (zuvor wesentlich knapper Art. 5 RL 2001/77/EG), umgesetzt mit der Neufassung von § 55 EEG durch das Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien (EAG EE) v. 12.4.2011, BGBl. I S. 619; zum nun in § 55 Abs. 3 EEG vorgesehenen, seit dem 1.1.2013 beim Umweltbundesamt geführten Herkunftsnachweisregister, über das auch die Anerkennung ausländischer Herkunftsnachweise erfolgen soll, s. *Solberg*, et 1–2/2013, 133 f.; *Seebach/Mohrbach*, et 3/2013, 62 ff.; bedeutsam ist der Mechanismus v. a. für Bestandsanlagen, deren 20-jährige Förderungsdauer erschöpft ist.

51 Art. 6 – 11 RL 2009/28/EG; dazu *Lehnert/Vollprecht*, ZUR 2009, 307 (312 f.).

52 So die Mitteilung C (2013) 7243 final v. 5.11.2013 (Fn. 23), S. 15 mit dem Hinweis auf die Kooperation zwischen Schweden und Norwegen (u. Fn. 76 f.); s. auch schon die Mitteilung KOM (2012) 271 endg. (Fn. 9), S. 6. Das mit der Mitteilung vom November 2013 vorgelegte Commission staff working document „Guidance on the use of renewable energy cooperation mechanisms", SWD (2013) 440 final v. 5.11.2013, beschreibt nun erstmals näher die Voraussetzungen einer solchen Zusammenarbeit.

53 Das Commission staff working document (Fn. 52), S. 2, beschreibt diesen Punkt vornehm als „domestic policy considerations", nach denen die Beschränkung auf heimische Ressourcen dem Wähler besser vermittelbar sei.

54 So *Van der Elst*, in: Buschle/Hirsbrunner/Kaddous (Hrsg.), European Energy Law, 2011, S. 179 (197 f.).

55 So *Van der Elst* (Fn. 54), S. 179 (205).

nun nicht mehr an den Grundfreiheiten, sondern nur noch an der – insoweit inhaltsleeren – Richtlinie zu messen seien.[56] Teils wird sogar von einer „sekundärrechtlichen Legalisierung diskriminierender Fördersysteme" gesprochen.[57] Bei isolierter Lektüre der sogar noch stärkeren Formulierung in Art. 3 Abs. 3 der Nachfolge-Richtlinie von 2009 erscheint dieser Schluss auch konsequent, dennoch kann sich dieses Ergebnis gegenüber den Vorgaben des Primärrechts nicht durchsetzen. Eine solche Verdrängungswirkung des Sekundärrechts hat der EuGH zwar schon gelegentlich angenommen, jedoch nur, soweit das Sekundärrecht selbst eine abgeschlossene Regelung enthielt[58]; zugleich steht fest, dass das Sekundärrecht selbst an den Grundfreiheiten zu messen ist und unwirksam wäre, soweit auf dieser Ebene der Versuch unternommen würde, den Mitgliedstaaten nicht zu rechtfertigende Eingriffe in die Grundfreiheiten zu erlauben[59]. Die Vorstellung eines sekundärrechtlichen Freibriefs für beliebig diskriminierende nationale Fördersysteme erscheint danach aus mitgliedstaatlicher Perspektive zwar attraktiv, aus der Sicht des Binnenmarktrechts ist sie aber schon im Ansatz verfehlt.

Einer gerichtlichen Belastbarkeitsprüfung wurde diese Annahme einer sekundärrechtlichen Blanko-Genehmigung in der Folge nicht unterzogen. Ein binnenmarktrechtliches Unbehagen ist in der Diskussion aber stets präsent geblieben; erkennbar wurde dies etwa 2009 bei der Umstellung der deutschen Regelung von der Weitergabe des erworbenen Stroms durch die Netzbetreiber auf den Verkauf an der Börse[60]: Für diesen Wechsel wurde auch geltendgemacht, dass das deutsche System dem Binnenmarkt nun „besser" entspreche, weil zumindest der mit der Abnahmepflicht der Energieversorger verbundene Eingriff in die Freiheit des Warenverkehrs entfalle.[61] Auch im übrigen finden sich häufig defensiv-dilatorische Bewertungen, die davon ausgehen, dass das Fördersystem des EEG dem EU- Recht

56 So insbes. *Klinski*, ZNER 2005, 207 (211 f.); dem folgend *Haucap/Kühling*, et 3/2013, 41 (48); ebenso *Weigt*, ZNER 2009, 205 (206); *Cremer*, EuZW 2007, 591 (594 ff.); *Knauff*, in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 408 (426 f.); *Ehricke*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 3. A. 2013, S. 151 (175 Rn. 44 ff.); *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. A. 2013, S. 524 f.

57 So *Müller*, in: Cremer/Pielow (Hrsg.), Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht, 2009, S. 142 (164 ff.).

58 S. z. B. EuGH, 13.12.2001 Rs. C-324/99 (DaimlerChrysler), Slg. 2001, I-9897, Tz. 32 ff.; dazu *van Calster*, 27 ELRev. (2002), 610 ff.

59 Konsequent daher Tz. 111 der Schlussanträge von Generalanwalt Bot zur Rs. C-573/12, s. u. bei Fn. 82.

60 VO zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechVO) v. 17.7.2009, BGBl. I S. 2101, erlassen auf der Grundlage von § 64 Abs. 3 EEG 2009.

61 So *Rostankowski/Oschmann*, RdE 2009, 361 (365); *Oschmann*, NJW 2009, 263 (266); s. auch *Schmidt-Preuß*, in: FS Salje, 2013, S. 397 (404); skeptischer *Schneider*, in: ders./Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. A. 2013, § 21 Rn. 143.