

# SCHRIFTENREIHE ENERGIESYSTEME DER ZUKUNFT

*September 2014*  
*Analyse*

## Rechtliche Rahmenbedingungen für die Reform der Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland

Rüdiger Wolfrum (Hrsg.)

„Energiesysteme der Zukunft“ ist ein Projekt von:

**Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina**  
**acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften**  
**Union der deutschen Akademien der Wissenschaften**

## Impressum

### Herausgeber

em. Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum  
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg  
Im Neuenheimer Feld 535  
69120 Heidelberg  
E-Mail: sekrewol@mpil.de

### Autoren

Prof. Dr. Ulrich Budenbender  
Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz  
Universität Bonn

Prof. Dr. Wolfgang Löwer  
Universität Bonn

Prof. Dr. Markus Ludwigs  
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Marian Paschke  
Universität Hamburg

Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll  
Universität Göttingen

em. Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum  
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg

### Reihenherausgeber

acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften e. V. (Federführung)  
Residenz München, Hofgartenstraße 2, 80539 München | [www.acatech.de](http://www.acatech.de)

Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina e. V.  
– Nationale Akademie der Wissenschaften –  
Jägerberg 1, 06108 Halle (Saale) | [www.leopoldina.org](http://www.leopoldina.org)

Union der deutschen Akademien der Wissenschaften e. V.  
Geschwister-Scholl-Straße 2, 55131 Mainz | [www.akademienunion.de](http://www.akademienunion.de)

### Empfohlene Zitierweise

Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.): *Rechtliche Rahmenbedingungen für die Reform der Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland* (Schriftenreihe Energiesysteme der Zukunft), München 2014.

### Redaktion/Koordination

Philipp Großkurth, Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung

### Gestaltung und Satz

unicommunication.de, Berlin

### Druck

koenigsdruck.de, Berlin

**Stand:** Februar 2014

**ISBN:** 978-3-9817048-0-8

### Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie, detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Printed in EC

### Das Akademienprojekt

Das Akademienprojekt „Energiesysteme der Zukunft“ erarbeitet Stellungnahmen und Analysen zur Gestaltung der Energiewende. Stellungnahmen enthalten Handlungsoptionen für die Transformation des Energiesystems und werden nach externer Begutachtung vom Kuratorium des Akademienprojekts verabschiedet. Analysen sind Ergebnisberichte von Arbeitsgruppen. Die inhaltliche Verantwortung für Analysen liegt bei den Autoren. Sofern eine Analyse Bewertungen enthält, geben diese die persönliche Meinung der Autoren wieder.



Leopoldina  
Nationale Akademie  
der Wissenschaften



# Rechtliche Rahmenbedingungen für die Reform der Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland

Rüdiger Wolfrum (Hrsg.)

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	4
Vorbemerkung.....	5
<b>1. Wettbewerbsrechtliche Aspekte .....</b>	<b>6</b>
1.1. Das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) .....	6
1.2. Europäisches Recht zur Förderung erneuerbarer Energien .....	7
1.3. Rechtspflicht zu europaweitem Wettbewerb.....	9
<b>2. Beihilferechtliche Rahmenbedingungen .....</b>	<b>10</b>
2.1. Bindung des EEG an das unionale Beihilferecht.....	10
2.2. Generelle beihilferechtliche Bewertung des EEG-Fördersystems .....	13
2.2.1. Beihilfeverbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	13
2.2.2. Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 AEUV .....	15
2.2.3. Bedeutung der Leitlinien und Bewertung des Änderungsprozesses .....	16
2.3. Zulässigkeit der Sonderregeln für die stromintensive Wirtschaft .....	18
2.4. Zeitliche Perspektive der EEG-Reform aus beihilferechtlicher Sicht.....	21
<b>3. Vertrauensschutz für Altanlagen .....</b>	<b>23</b>
3.1. Vertrauenstatbestand .....	23
3.2. Grenzen des Vertrauensschutzes .....	24

4. Die internationale Dimension.....	28
4.1. Vorgaben des Subventionsrechts der WTO.....	28
4.2. Investitionsschutzrecht .....	30
4.3. Schutz bestehender Investition.....	30
4.4. Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung .....	31
4.5. Schutz zukünftiger Investitionen.....	31
Fazit .....	32
Addendum.....	33
Literaturverzeichnis .....	34
Zitierte Gesetze, Richtlinien und Entscheidungen.....	35
Über das Akademienprojekt.....	37

## Abkürzungsverzeichnis

<b>a.a.O.</b>	am angegebenen Ort
<b>ABl.</b>	Amtsblatt
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AEUV</b>	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
<b>Art.</b>	Artikel
<b>BGBI.</b>	Bundesgesetzblatt
<b>BIT</b>	Bilateral Investment Treaty, bilaterale Übereinkommen zum Schutz von ausländischen Investitionen
<b>BNetzA</b>	Bundesnetzagentur
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>BVerfGG</b>	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
<b>DVBl.</b>	Deutsches Verwaltungsblatt
<b>EC</b>	European Commission, Europäische Kommission
<b>ECHVertr</b>	Vertrag über die Energiecharta
<b>EE</b>	Erneuerbare Energien
<b>EEG</b>	Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz)
<b>EuG</b>	Gericht der Europäischen Union
<b>EuGH</b>	Gerichtshof
<b>EuR</b>	Europarecht (Zeitschrift)
<b>EUV</b>	Vertrag über die Europäische Union
<b>GATS</b>	General Agreement on Trade in Services, Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen
<b>GATT</b>	General Agreement on Tariffs and Trade, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
<b>GG</b>	Grundgesetz
<b>ICTSD</b>	International Centre for Trade and Sustainable Development
<b>KEF</b>	Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten
<b>lit.</b>	littera, Buchstabe
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>Rs.</b>	Rechtssache
<b>S.A.</b>	Société Anonyme (Frankreich), etwa vergleichbar mit der deutschen Aktiengesellschaft (AG)
<b>SCM</b>	Agreement on Subsidies and Countervailing Duties, SCM-Übereinkommen, Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichszölle
<b>Slg.</b>	Sammlung
<b>StromNEV</b>	Stromnetzentgeltverordnung
<b>VwVfG</b>	Verwaltungsverfahrensgesetz
<b>WTO</b>	World Trade Organisation, Welthandelsorganisation

## Vorbemerkung

Das Energiesystem der Bundesrepublik hat sich im letzten Jahrzehnt nachhaltig gewandelt. Die Förderung der erneuerbaren Energien (EE) wurde maßgeblich durch das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) und seine Vorgänger gestaltet. Das EEG schaffte die wirtschaftlichen Voraussetzungen für einen beschleunigten Ausbau, wobei die Förderung durch ein Umlagesystem von den Endverbrauchern getragen wurde. Diese Grundidee wurde auch von anderen Staaten aufgegriffen.

Neben dem fortschreitenden Ausbau der erneuerbaren Energien hatte das EEG noch weitere Auswirkungen. Die Kosten der Förderung erhöhten sich ebenso. Im Stromsektor kam es zu massiven strukturellen Veränderungen. Gleichzeitig blieb eine Verringerung der Treibhausgasemissionen bislang aus.

Die Rahmenbedingungen für die Förderung erneuerbarer Energien haben sich deutlich geändert. Gegenüber der Ausgangslage bei Einführung des EEG müssen neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) beachtet werden – die unionsrechtliche Kompetenzlage hat sich verändert. Darüber hinaus ändern sich derzeit die Richtlinien der Europäischen Kommission. Beides zusammen genommen bedeutet, dass die Förderung der erneuerbaren Energien in Deutschland europarechtskonform reformiert werden muss.<sup>1</sup>

Diese Analyse erklärt die rechtlichen Rahmenbedingungen, die der Gesetzgeber bei einer Reform zu beachten hat. Diese lassen sich in Fragen des europäischen Wettbewerbsrechts (Kapitel 1), des Beihilferechts (Kapitel 2), des Vertrauensschutzes (Kapitel 3) und des internationalen Investitionsrechts (Kapitel 4) unterscheiden.

Das Papier nimmt keine abschließende Bewertung von Reformoptionen vor. Es soll vielmehr aufgezeigt werden, welche Hürden bei einer Reform zu überwinden sind. Die wichtigsten Ergebnisse werden anschließend in einem Fazit zusammengefasst.

---

<sup>1</sup> Diese Analyse wurde im Januar 2014 verfasst und im März 2014 aktualisiert. Die Ergebnisse wurden im Rahmen des Akademienprojekts „Energiesysteme der Zukunft“ vorgestellt und diskutiert.

# 1. Wettbewerbsrechtliche Aspekte

## 1.1 Das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Das geltende Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) bewirkt einen umfassenden Dirigismus im Bereich der Stromerzeugung unter weitestgehendem Ausschluss des Wettbewerbs. Elektrizität aus erneuerbaren Energien ist seitens der Netzbetreiber vorrangig, das heißt sie ist vor allen Arten konventioneller Stromerzeugung abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen (§ 8 Abs. 1 S. 1 EEG). Dies gilt für alle regenerativen Energien gleichermaßen, ohne dass diese untereinander im Wettbewerb stünden. Übersteigt die Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien die Aufnahmemöglichkeit der Netze, entscheidet sich die Frage, welche erneuerbaren Energien den Vorzug erhalten, nicht unter ökonomischen Aspekten. Maßgeblich ist vielmehr die Regelbarkeit der Stromaufnahme im Netz, was zur Konsequenz hat, dass leichter regelbare Energien (zum Beispiel Windstrom an Land) zugunsten schwieriger regelbarer Energien (zum Beispiel Photovoltaik) vom Netz genommen werden.

### § 8 Abs. 1 S. 1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Netzbetreiber sind vorbehaltlich des § 11 verpflichtet, den gesamten angebotenen Strom aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas unverzüglich vorrangig abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen.

Das Gesamtsystem des EEG ist rein national ausgerichtet und entfaltet die beschriebenen Wirkungen nicht nur gegenüber konventionellen Formen der

innerdeutschen Stromerzeugung, sondern auch in Bezug auf Stromimporte aus den EU-Nachbarstaaten. Im Falle ausgeschöpfter Netzkapazität tritt somit sogar die Stromeinspeisung aus Kraftwerken unter Einsatz regenerativer Energien in der EU zurück. Konventionelle Kraftwerke im Inland wie in der EU werden durch den Vorrang erneuerbarer Energien in eine Reserveposition gedrängt – mit allen daraus resultierenden wirtschaftlichen Konsequenzen.

### § 16 Abs. 1 S. 1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Netzbetreiber müssen Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreibern Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, mindestens nach Maßgabe der §§ 18 bis 33 vergüten.

### § 18 Abs. 1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Die Höhe der Vergütung für Strom, der in Abhängigkeit von der Bemessungsleistung oder der installierten Leistung der Anlage vergütet wird, bestimmt sich

1. bei den §§ 23 bis 28 jeweils anteilig nach der Bemessungsleistung der Anlage und
2. bei dem § 32 jeweils anteilig nach der installierten Leistung der Anlage

im Verhältnis zu dem jeweils anzuwendenden Schwellenwert.

Die wirtschaftliche Subvention der erneuerbaren Energien erfolgt durch differenzierte, an den unterschiedlichen Kosten der einzelnen Energieformen ausgerichtete Vergütungssätze (§§ 16 ff. EEG), die nach dem Umlagesystem der §§ 34 ff. EEG



bis hin zu den Endverbrauchern verteilt werden können. Dies gilt im Ergebnis auch im Falle der Direktvermarktung nach §§ 33a ff. EEG.

Das kurz zusammengefasste Förderkonzept des EEG wirft die Frage der Europarechtskonformität auf. Völlig zu Recht betonen der Koalitionsvertrag vom 27.11.2013 zur Begründung der großen Koalition zwischen CDU/CSU und SPD sowie das vom Bundeskabinett am 22.01.2014 beschlossene Eckpunktepapier zur Reform des EEG das Erfordernis der Europarechtskonformität für die

Weiterentwicklung des EEG.<sup>2</sup> Nicht nur die zukünftige Ausgestaltung, sondern auch die geltende Fassung des EEG unterliegt dem Erfordernis der Vereinbarkeit mit Europarecht.

## 1.2 Europäisches Recht zur Förderung erneuerbarer Energien

Auf europäischer Ebene verfolgt die Richtlinie 2009/28/EG vom 23.04.2009 die Förderung erneuerbarer Energien. Art 3 Abs. 1 schreibt als Ausbauziel bis zum Jahr 2020 vor, mindestens 20 Prozent des Bruttoendenergieverbrauchs der Gemeinschaft durch erneuerbare Energien zu decken. Daraus wird zugleich deutlich, dass die Richtlinie sich nicht auf den Elektrizitätssektor beschränkt. Die Kompetenz zur Ausgestaltung des Fördersystems liegt nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 allein bei den Mitgliedstaaten.

Die Richtlinie kennt kein europarechtlich vorgegebenes einheitliches Fördersystem. Dies ist Ausfluss von Art. 194 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der trotz begrenzter europäischer energiepolitischer Befugnisse die Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten zur Festlegung des jeweiligen nationalen Energiemixes anerkennt.

Zu Unrecht wird allerdings teilweise der Standpunkt vertreten, die Richtlinie 2009/28/EG gehe als spezielle Regelung den wettbewerbsorientierten Richtlinien von 2009 vor und lasse damit umfassende Wettbewerbsausschlüsse zu.<sup>3</sup>

Hier ist eine differenziertere Betrachtung angebracht, denn an zahlreichen Stellen verweist die Richtlinie 2009/28/EG auf die wettbewerbssichernden Richtlinien.<sup>4</sup> Die Regelung der europarechtlichen Verpflichtung zur Begründung von

### EU-Richtlinie 2009/28/EG Art. 3 Abs. 1

Jeder Mitgliedstaat sorgt dafür, dass sein gemäß den Artikeln 5 bis 11 berechneter Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch im Jahr 2020 mindestens seinem nationalen Gesamtziel für den Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen in diesem Jahr gemäß der dritten Spalte der Tabelle in Anhang I Teil A entspricht. Diese verbindlichen nationalen Gesamtziele müssen mit dem Ziel in Einklang stehen, bis 2020 mindestens 20 Prozent des Bruttoendenergieverbrauchs der Gemeinschaft durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken. Um die in diesem Artikel aufgestellten Ziele leichter erreichen zu können, fördern die Mitgliedstaaten Energieeffizienz und Energieeinsparungen.

### EU-Richtlinie 2009/28/EG Art. 3 Abs. 3

Zur Erfüllung der in den Absätzen 1 und 2 genannten Ziele können die Mitgliedstaaten unter anderem folgende Maßnahmen anwenden:

- a) Förderregelungen;
- b) Maßnahmen zur Kooperation zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten und mit Drittländern im Hinblick auf die Erfüllung ihrer nationalen Gesamtziele gemäß den Artikeln 5 bis 11.

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.

<sup>2</sup> Große Koalition 2013.

<sup>3</sup> Haucap und Kühling 2012, S. 15.

<sup>4</sup> Vgl. Richtlinie 2009/28/EG, Erwägungsgründe Nr. 7, 53, 54, 55, 60 sowie Art. 2j, 15 Abs. 1, 7, 8, 11, Art. 22 Abs. 1b.

Wettbewerb bleibt grundsätzlich unberührt. Schon aufgrund der europarechtlichen Normenhierarchie ist ein anderer Befund ausgeschlossen: Das europäische Unionsrecht verpflichtet zum freien Warenverkehr und damit zum Wettbewerb im gemeinsamen Binnenmarkt auch für die Stromwirtschaft. Die Richtlinie 2009/72/EG konkretisiert dieses Prinzip hinsichtlich des Elektrizitätssektors. Die Richtlinie 2009/28/EG gestattet die aus den Fördermechanismen für Erneuerbare Energien resultierende begrenzte Einschränkung des Wettbewerbs, akzeptiert durch Art. 3 Abs. 1, 2 sowie den Erwägungsgrund Nr. 6 der Richtlinie 2009/72/EG, nicht aber eine weitgehende Totalabsage an den Wettbewerb in der Stromerzeugung als Konsequenz des EEG.

#### EU- Richtlinie 2009/72/EG Erwägungsgründe 3 & 6

- (3) Die Freiheiten, die der Vertrag den Bürgern der Union garantiert — unter anderem der freie Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr — sind nur in einem vollständig geöffneten Markt erreichbar, der allen Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und allen Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet.
- (6) Ein reibungslos funktionierender Elektrizitätsbinnenmarkt sollte die Erzeuger unter besonderer Beachtung der Länder und Regionen, die vom Energiemarkt der Gemeinschaft am stärksten isoliert sind, durch geeignete Anreize zu Investitionen in neue Energieerzeugung, einschließlich aus erneuerbaren Quellen, veranlassen. Ein reibungslos funktionierender Markt sollte auch die Verbraucher durch geeignete Maßnahmen zu einer effizienteren Nutzung der Energie motivieren, wofür eine gesicherte Energieversorgung Grundvoraussetzung ist.

Eine Kontrollüberlegung bestätigt den Befund: Würden alle EU-Staaten, vergleichbar der Bundesrepublik Deutschland mit der Energiewende 2011, den Ausbau erneuerbarer Energien mit dem

Förderinstrumentarium des EEG in vergleichbarer Weise vornehmen, würde der europaweite Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft umfassend eingeschränkt und mit zunehmender Zeit in der EU nahezu bedeutungslos. Eine solche Wirkung kommt der Richtlinie 2009/28/EG weder von ihrem Regelungsgehalt noch nach dem Willen des Richtliniengabers zu. Daraus folgt, dass die Förderung regenerativer Energien nach dem EEG keinen umfassenden Wettbewerbsausschluss zulässt.

Weitere Klärung des umstrittenen Verhältnisses der Richtlinie 2009/28/EG zu den Binnenmarktrichtlinien von 2009 und zur Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV könnte in Kürze das Vorabentscheidungsersuchen eines schwedischen Gerichts in der Rs. *Ålands Vindkraft* (C-573/12) bringen. Den Hintergrund bildet das schwedische Quotenmodell zur Förderung erneuerbarer Energien. Der EuGH ist im Kern mit der Frage befasst, ob territoriale Beschränkungen von Förderregelungen für erneuerbare Energien sowohl mit der Richtlinie 2009/28/EG als auch mit Art. 34 AEUV im Einklang stehen. In seinen Schlussanträgen vom 28.01.2014 stellt Generalanwalt Bot zwar zunächst unter Rekurs auf Art. 3 Abs. 3 Uabs. 2 und Erwägungsgrund 25 fest, dass es die Richtlinie 2009/28/EG den Mitgliedstaaten erlaube, die Erteilung grüner Zertifikate den in ihrem Hoheitsgebiet belegenen Anlagen vorzubehalten (Rn. 37 ff.). Im Weiteren gelangt er dann aber zur Ungültigkeit dieses sekundärrechtlichen Dispenses und zur Unvereinbarkeit einer territorialen Beschränkung der Förderung erneuerbarer Energien mit Art. 34 AEUV (Rn. 52 ff.). Mit Blick auf die zeitlichen Wirkungen der Ungültigkeitserklärung schlägt der Generalanwalt vor, diese in entsprechender Anwendung von Art. 264 Abs. 2 AEUV um 24 Monate ab Urteilsverkündung aufzuschieben, damit die gebotenen Änderungen an der Richtlinie 2009/28/EG vorgenommen werden können (Rn. 121).

Sollte der EuGH dem Generalanwalt folgen, würde dies für die aktuelle Diskussion um die Reform des EEG bedeuten, dass ab Eintritt der Urteilswirkungen die in § 2 EEG vorgesehene Beschränkung der Förderung auf Anlagen „im Bundesgebiet“ unionsrechtswidrig wäre. Dies hätte zur Folge, dass die Netzbetreiber und Letztverbraucher in Deutschland auch Grünstromanlagen aus anderen EU-Mitgliedstaaten fördern müssten. Die hiermit verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen sollten bei der Ausgestaltung des zukünftigen Fördermodells berücksichtigt werden.

### 1.3 Rechtspflicht zu europaweitem Wettbewerb

Die Richtlinie 2009/72/EG vom 13.07.2009 verlangt zur Förderung des gemeinsamen Marktes für die Mitgliedstaaten der EU eindeutig wettbewerbsorientierte Systeme der Elektrizitätswirtschaft. Nationalrechtliche Regelungen, die den Wettbewerb blockieren, sind damit nicht vereinbar. Das EEG-Förder-system bewirkt nicht nur auf nationaler Ebene eine deutliche Einschränkung des Wettbewerbs zwischen Elektrizität aus erneuerbaren Energien und in konventioneller Stromerzeugung, sondern blockiert auch Stromexporte aus dem EU-Bereich nach Deutschland. Dies gilt wegen der reinen nationalrechtlichen Ausrichtung des Vorrangsprinzips im EEG nicht nur für Elektrizität aus konventionellen Kraftwerken, sondern auch unter Einsatz regenerativer Energien in der EU. Die letztgenannte Wirkung ist von der Kommission im Rahmen ihres Beschlusses vom 18.12.2013 zur förmlichen Eröffnung des EU-Beihilfeverfahrens aufgegriffen worden:<sup>5</sup> „Die Kommission stellt fest, dass das EEG 2012 dem ersten Anschein nach insofern eine diskriminierende Wirkung haben dürfte, als

insbesondere § 39 EEG 2012 im Fall der sogenannten Direktvermarktung einen verringerten Satz der EEG-Umlage vorsieht, der nur dann zum Tragen kommt, wenn das Elektrizitätsversorgungsunternehmen 50 Prozent seines Stromportfolios von inländischen Erzeugern von EE-Strom bezogen hat [...]“.<sup>6</sup>

Darüber hinaus hat die Kommission zum jetzigen Stand der Dinge Zweifel an der Vereinbarkeit des Fördermechanismus für Strom aus erneuerbaren Energiequellen und für Strom aus Grubengas, sofern der Finanzierungsmechanismus Einfuhren betrifft, die im Rahmen des EEG förderfähig gewesen wären, wenn sie in Deutschland erzeugt worden wären.<sup>7</sup>

Zwar ist nicht zu übersehen, dass jede Förderung erneuerbarer Energien eine gewisse Beeinträchtigung des Wettbewerbs bedeutet. Sie darf jedoch nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung von EU-ausländischen Erzeugern von EE-Strom oder einer umfassenden Wettbewerbsblockade führen. Insbesondere ist ein Ausschluss der Lieferung von Elektrizität aus anderen EU-Staaten sowohl aus wettbewerbsrechtlichem als auch unter ökologischem Aspekt im Hinblick auf die Gleichwertigkeit regenerativer Energien unabhängig vom Standort der Erzeugung inakzeptabel.<sup>8</sup> Die zukünftige Ausgestaltung des EEG muss zu einem besseren (ausgewogeneren) Abgleich ökologischer und wettbewerbsorientierter Belange führen.

<sup>5</sup> Europäische Kommission 2014a.

<sup>6</sup> A.a.O., Rn. 247.

<sup>7</sup> Europäische Kommission 2014a.

<sup>8</sup> Büdenbender 2013, S. 83 ff.; ähnlich aus ökonomischer Sicht Bettzüge 2013, S. 25 ff.

## 2. Beihilferechtliche Rahmenbedingungen

### 2.1 Bindung des EEG an das unionale Beihilferecht

Der deutsche Gesetzgeber ist im energie-wirtschaftlichen Bereich und damit auch bei Regelung des EEG an das Beihilferecht der Europäischen Union gebunden. Das Europarecht nimmt die Energiewirtschaft und das Energiewirtschaftsrecht nicht von der Geltung der Wettbewerbsregeln im Allgemeinen und der beihilfenrechtlichen Regelungen des Art. 107 AEUV sowie des Stand-Still-Gebotes des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV im Besonderen aus. Durch die Einführung des spezifischen Energietitels durch den Lissabonner Vertrag und den damit anerkannten Vorbehalt zugunsten der mitgliedstaatlichen Energiepolitik (Art. 194 Abs. 2 AEUV) wurde die Geltung des Wettbewerbs- und Beihilferechts der Europäischen Union für den Bereich der Energiewirtschaft weder gelockert noch infrage gestellt.

#### Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV hat jeder Mitgliedstaat die Kompetenz, die „Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen

verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung“ autonom zu regeln. In diesem Rahmen besteht für die Mitgliedstaaten ein Regelungsspielraum für autonome energiepolitische Regelungen. Die Vorbehaltsregelung schafft aber weder eine Grundlage für eine umfassende „Energiesouveränität“ jedes Mitgliedstaates noch definiert sie den mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum als wettbewerbs- oder beihilferechtlichen Ausnahmbereich. Die den Mitgliedstaaten zustehende Befugnis ist von diesen in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Wettbewerbs- und Beihilferegeln auszuüben.

Die beihilferechtlichen Anforderungen des Europarechts stehen im Hinblick auf die Loyalitätspflichten gem. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den daran anknüpfenden Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten und damit auch nicht zur Disposition des deutschen Gesetzgebers. Der deutsche Gesetzgeber ist gehalten, die Förderung der Erneuerbarer Energien unter strikter Beachtung der Vorgaben des unionalen Beihilferechts zu gestalten.

#### Art. 194 Abs. 1-2 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Die Energiepolitik der Union verfolgt im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt folgende Ziele:

- a) Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts;
- b) Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union;
- c) Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und
- d) Förderung der Interkonnektion der Energienetze.

Unbeschadet der Anwendung anderer Bestimmungen der Verträge erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die Maßnahmen, die erforderlich sind, um die Ziele nach Absatz 1 zu verwirklichen. Der Erlass dieser Maßnahmen erfolgt nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen.

Diese Maßnahmen berühren unbeschadet des Artikels 192 Absatz 2 Buchstabe c nicht das Recht eines Mitgliedstaats, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen.

Die beihilferechtliche Kontrolle des EEG ist unmittelbar an den Bestimmungen des europäischen Primärrechts, nicht aber anhand der Bestimmungen des Sekundärrechts vorzunehmen. EU-Sekundärrecht – wie die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG – kann eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Förderregime bewirken; es kann insbesondere vom Primärrecht belassene Regelungsspielräume ausfüllen oder die Beurteilung beihilferechtlicher Ausnahme- und Abwägungstatbestände etwa zugunsten der Ziele des Umwelt- und Klimaschutzes durch Richtlinienrecht abschließend ausfüllen. Der derzeit geltenden EE-Richtlinie 2009 kommt eine abschließende Bedeutung in diesem Sinn allerdings nicht zu. Gemäß Art. 3 Abs. 3 lit. a) der EE-Richtlinie 2009 können Mitgliedstaaten zur Erfüllung ihrer europarechtlichen Pflichten Förderregelungen erlassen. Die möglichen Maßnahmen werden aber nur sehr allgemein benannt. Nach den ausdrücklichen Regelungen in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der

EE-Richtlinie 2009 wird das EU-Beihilferecht vom sekundärrechtlichen Dispens nicht erfasst.

#### Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 Vertrag über die Europäische Union (EUV)

Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben.

Die EE-Richtlinie 2009 erwähnt Instrumente, mit deren Einsatz die Mitgliedstaaten die Nutzung erneuerbarer Energien fördern können. Damit ist aber keine abschließende Harmonisierung der Förderregime erfolgt. Die Konformität mit den Beihilferegeln bleibt unbeschadet der Zulässigkeit der Fördermaßnahmen im Übrigen erhalten und hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Fördermaßnahmen ab.

Ursprünglich wurde die Vereinbarkeit des in Deutschland durch das Stromeinspeisegesetz eingeführten Vergütungs- und Fördermodells für erneuerbare Energien mit dem europäischen Beihilfenrecht kaum infrage gestellt. Die seinerzeit ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in der Rechtssache (Rs.) PreussenElektra stufte das Fördersystem nicht als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“ im Sinne des Art. 107 AEUV ein.<sup>9</sup> Nach verbreiteter Auffassung galt dieser Befund auch für das EEG.

Durch neuere Entwicklungen ist diese rechtliche Bewertung erschüttert und infrage gestellt worden:

- Die nach der „PreussenElektra“-Entscheidung vom 13.03.2001 ergangene neuere Rechtsprechung des EuGH hat

<sup>9</sup> EuGH 2001.



ein erweitertes Verständnis des europarechtlichen Beihilfiebegriffs etabliert. Das Vorliegen des Tatbestands einer Beihilfe ist nicht (mehr) an den Einsatz staatlicher Haushaltsmittel gebunden. Nach dieser Rechtsprechung können auch vom Staat veranlasste und unter staatlicher Kontrolle von Unternehmen verwaltete Sonderabgaben/Umlagen als Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV angesehen werden.

- Mit Beschluss vom 6.3.2013 hat die Kommission ein Beihilfeverfahren eröffnet, welches sich auf die Regelung des § 19 Abs. 2 StromNEV a.F. sowie die „§ 19-Umlage“ bezieht. Diese Sonderumlage wird von den Verteilernetzbetreibern erhoben und an ihren jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber abgeführt, um die Erlösausfälle der Übertragungsnetzbetreiber zu kompensieren. Die Kommission hat zur Verfahrenseröffnung die Auffassung begründet, dass es sich bei der Sonderumlage um selektive Vorteile begründende Mittel, die dem Staat zurechenbar seien, und damit um eine unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV handelt.

- Am 5. November 2013 hat die EU-Kommission ein Paket von „Leitlinien für staatliche Interventionen im Stromsektor“ und „Leitlinien für die Ausgestaltung von Fördersystemen für erneuerbare Energien“ verabschiedet, in denen eine beihilferechtliche Bewertung von Förderinstrumenten hervorgehoben wird, nach der die Mitgliedstaaten zur Schaffung marktorientierter Förderinstrumente angehalten werden.
- Am 18. Dezember 2013 hat die Kommission ein förmliches Beihilfeverfahren wegen der Förderung stromintensiver Unternehmen durch die Teilbefreiung von der EEG-Umlage eingeleitet und nach den vorläufigen Feststellungen dabei die Vereinbarkeit der gewährten Vorteile mit den beihilferechtlichen Regeln infrage gestellt. Die Bundesregierung hat am 28. Februar 2014 beim Gericht der Europäischen Union gegen den Eröffnungsbeschluss Klage eingereicht.

Eine abschließende Entscheidung der Kommission und der europäischen Gerichte zur Europarechtskonformität des

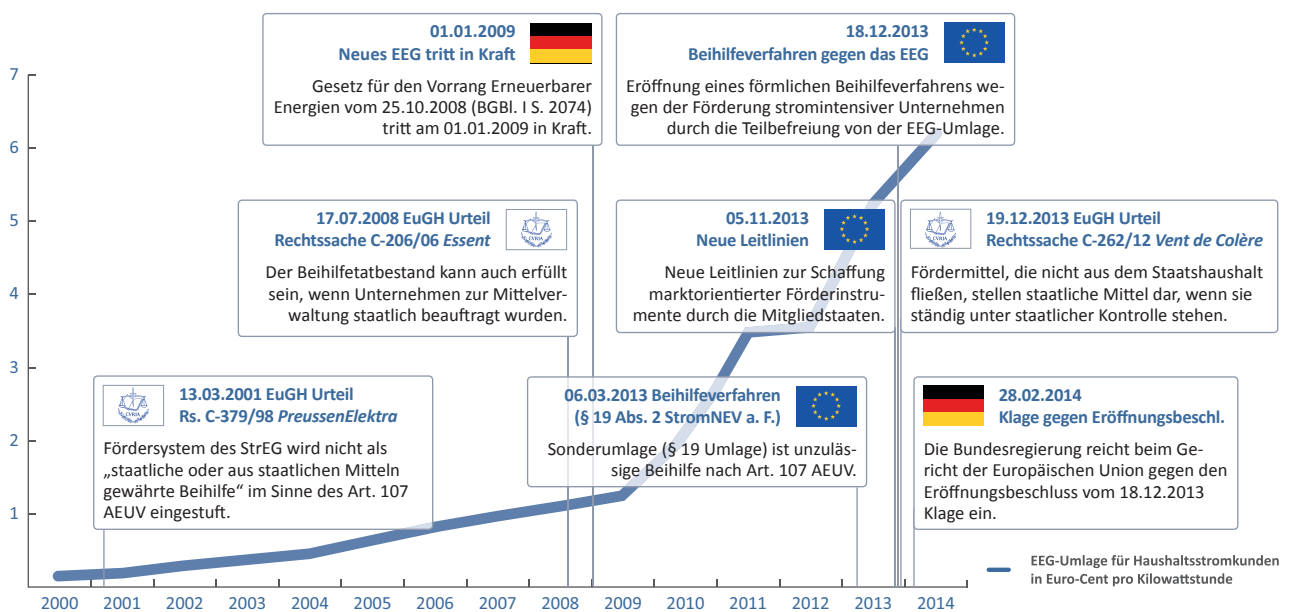


Abbildung 1: Ökonomische und europarechtliche Grunddaten der Einspeisung erneuerbarer Energien<sup>10</sup>

<sup>10</sup> ÖNB 2014, BDEW 2014, EuGH, Europäische Kommission.

EEG in seiner geltenden Fassung mit dem Beihilferecht des AEUV steht noch aus. Angesichts der in der PreussenElektra-Folgejudikatur konkretisierten Position des EuGH und der neuen Leitlinienpolitik der Kommission führt aus rechtswissenschaftlicher Sicht letztlich kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die Handlungsoptionen für eine Reform des EEG maßgeblich durch das Beihilferecht der Art. 107 ff. AEUV beeinflusst und begrenzt werden.

## 2.2 Generelle beihilferechtliche Bewertung des EEG-Fördersystems

### 2.2.1 Beihilfeverbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Die Rechtsfrage, ob die Förderung, die den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energiequellen auf der Grundlage des EEG gewährt wird, den Beihilfebegriff des Art. 107 AEUV erfüllt, wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht (mehr) einheitlich beantwortet und schon gar nicht (mehr) uneingeschränkt verneint. Der Umstand, dass das Fördersystem des EEG im Ausgangspunkt auf Zahlungen zwischen Privaten (Netzbetreiber/Anlagebetreiber) beruht und keine staatlichen Mittel beansprucht, bedeutete nach den hergebrachten Grundsätzen der PreussenElektra-Entscheidung des EuGH, dass die Anwendung des Beihilfeverbotstatbestandes des Art. 107 AEUV nicht in Betracht kommt.

Der europarechtliche Beihilfebegriff erfasst aber schon nach seinem Wortlaut nicht nur die unmittelbar aus Haushaltsmitteln generierte staatliche Zuwendung als Beihilfe. In der Praxis des EU-Beihilferechts steht die private Herkunft der infrage stehenden Mittel einer Anwendung der Beihilfenkontrolle nicht grundsätzlich im Wege. Als Zuwendung „aus staatlichen Mitteln“ werden vielmehr auch vom Staat veranlasste und unter staatlicher Kontrolle von nicht staatlichen Einrichtungen und Unternehmen verwaltete Mittel angesehen.

Ein allseits anerkannter Begriff der Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV lässt sich zwar derzeit nicht feststellen. Nach der neueren europäischen Behörden- und vor allem Rechtsprechungspraxis besteht aber eine inzwischen gesicherte Tendenz, den Beihilfebegriff und damit den grundsätzlichen Beihilfeverbotstatbestand des Art. 107 AEUV erweitert auszulegen. Entscheidend wird nicht mehr auf die staatliche Mittelherkunft, sondern auf das Ausmaß der staatlichen Einflussnahme auf die Erhebung und Verwaltung der infrage stehenden Mittel abgestellt.

In diesem Sinne hat die Rechtsprechung des EuGH betont, dass Maßnahmen, bei denen keine staatlichen Mittel übertragen werden, unter den Begriff der Beihilfe fallen können. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst nach der in den Rs. *Escent* und *Doux Élevage* grundgelegten Rechtsprechung des EuGH sämtliche Geldmittel, die die öffentlichen Stellen tatsächlich zur Unterstützung der Unternehmen verwenden können, ohne dass es darauf ankommt, dass diese Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören. In seiner am 19.12.2013 verkündeten Rechtsprechung in der Rs. *Vent De Colère* hat der EuGH diese Rechtsprechung gefestigt und bestätigt: „Auch wenn die der fraglichen Maßnahme entsprechenden Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören,<sup>11</sup> genügt folglich der Umstand, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden können.“<sup>12</sup>

In der Rs. *Vent De Colère* hat der EuGH zu dem in Frankreich praktizierten Modell der Festlegung von Abnahmebedingungen für Strom aus Windkraftanlagen entschieden, dass die Staatlichkeit der Mittel im Sinne des europäischen

<sup>11</sup> EuGH 2013a; EuGH 2008.

<sup>12</sup> EuGH 2013c.

Beihilferechts nicht voraussetzt, dass die Förderung der EE-Erzeuger beziehungsweise die Kompensation der Mehrbelastung der Netzbetreiber aus einem staatlich vereinnahmten Abgabenaufkommen erfolgt. Der EuGH hält es für ausreichend, dass die Maßnahmen dem Staat zurechenbar seien, und hält diese Zurechenbarkeit dann für gegeben, wenn der fragliche Fördermechanismus durch ein Gesetz eingeführt wurde. Fördermittel, die nicht aus dem Staatshaushalt fließen, stellen staatliche Mittel dar, wenn sie ständig unter staatlicher Kontrolle stehen. Insofern hat der EuGH insbesondere darauf abgehoben, dass die Beiträge von allen Endverbrauchern erhoben würden, die Höhe der auferlegten Belastungen staatlich festgelegt werde, rechtliche Sanktionen für den Fall der Nichtzahlung vorgesehen seien und durch die beauftragte Einrichtung kein Gewinn aus der Verwaltung der Fördermittel erwirtschaftet werde. Nach den in der Rs. Essent aufgestellten Grundsätzen ist nicht entscheidend, ob die Fördermittel durch eine staatliche Stelle verwaltet werden; der Beihilfetatbestand kann auch erfüllt sein, wenn Unternehmen zur Mittelverwaltung staatlich beauftragt wurden.

Nach diesen Rechtsprechungsgrundsätzen unterliegen EE-Fördermaßnahmen, die eine Förderung ohne den Einsatz staatlicher Mittel vorsehen, unter den folgenden Anforderungen an den Inhalt und das Ausmaß staatlicher Ingerenz der Kontrolle durch das Beihilferegime des Art. 107 AEUV:

- Der Staat auferlegt den Stromkunden eine Sonderumlage, mit der die Vorteile der durch eine Ausnahmeregelung begünstigten Unternehmen kompensiert werden soll;
- mit der Verwaltung der Umlage werden Unternehmen staatlich beauftragt;
- der Staat stellt zudem die Regeln für die Zweckbestimmung und Verwendung der Umlagemittel auf und

- schließlich bestehen staatliche Kontrollmechanismen, die staatlichen Behörden die Überwachung der Zahlungsströme ermöglichen.

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH hat die Kommission in dem am 6.3.2013 eröffneten Beihilfeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland zur Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen nach der StromNEV a.F. entschieden, „dass es sich bei der von den Übertragungsnetzbetreibern verwalteten § 19-Umlage um staatliche Mittel handelt und dass die aus der § 19-Umlage finanzierte Befreiung eine staatliche Beihilfe ist.“<sup>13</sup>

Ebenso hat die Kommission in dem am 18.12.2013 eröffneten Beihilfeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland mit einer entsprechenden Begründung festgestellt, dass die öffentliche Förderung, die den Erzeugern von EE-Strom auf der Grundlage des EEG 2012 in Form von Einspeisetarifen und Marktprämien gewährt wird, eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Für ausschlaggebend erachtet die Kommission auch in diesem Verfahren das Ausmaß der staatlichen Einflussnahme auf die Fördermittel.

Im Rahmen einer „kleinen EEG-Novelle“, die einzelne Elemente staatlicher Förderingerenz beseitigt oder minimiert, dürfte die Beachtung des Beihilferechts der Europäischen Union allerdings kaum zu gewährleisten sein. Würden etwa die Kontrollmechanismen der Bundesnetzagentur (BNetzA) beseitigt und auf eine nicht staatliche Einrichtung – etwa nach dem Vorbild der staatlich unabhängigen Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) – verlagert und diese beauftragt, die sachgerechte Verwaltung der EE-Fördermittel zu überwachen, wäre im

<sup>13</sup> Europäische Kommission 2013.



Ergebnis eine positive Konformitätsprognose nicht rechtssicher gewährleistet. Dementsprechend hat die Kommission im EEG-Beihilfeverfahren vom 6.3.2013 festgestellt, dass allein die Ausgestaltung des Überwachungsmechanismus „nichts an der Schlussfolgerung ändert, dass die Übertragungsnetzbetreiber mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden sind, die sie nicht nach eigenem Ermessen verwenden können“ und dass bereits aus diesem Grund die Fördermittel als unter staatlicher Kontrolle stehend angesehen werden können.<sup>14</sup>

Auch wenn die abschließende Beurteilung des Verfahrensausgangs in den beiden Beihilfeverfahren zum § 19 Abs. 2 StromNEV und zum Fördermodell des EEG in seiner derzeitigen Form noch aussteht, ist im Hinblick auf die durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze zur Kontrolle von EE-Fördermaßnahmen festzustellen, dass nach dem derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung die Konformität des EEG-Fördermodells mit dem unionalen Beihilferecht nicht gesichert ist.

Entscheidend für eine positive Konformitätsprognose ist nach der geltenden Rechtslage eine Gesamtschau der Elemente staatlicher Ingerenz auf das Fördermodell. Insofern verspricht ein insgesamt staatsfernes, vorwiegend auf marktorientierte Instrumente setzendes Modell am ehesten eine Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht der Europäischen Union. Der Gesetzgeber ist deshalb gut beraten, die beihilferechtlichen Bedenken durch eine Neukonzeption des EEG auszuräumen.

Dabei ist der Druck auf den Gesetzgeber groß, denn der Eröffnungsbeschluss der Kommission vom 18.12.2013 gewinnt durch das Grundsatzurteil des EuGH vom 21.11.2013 zur Bindung nationaler Gerichte an die Kommissions-

bewertungen in Eröffnungsbeschlüssen eine besondere Brisanz (EuGH 2013b). Nach dieser Vorabentscheidung sind „die nationalen Gerichte, wenn die Kommission das förmliche Prüfverfahren hinsichtlich einer in der Durchführung begriffenen Maßnahme eröffnet hat, verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung dieser Maßnahme zu ziehen“ (Ziffer 42). Vor diesem Hintergrund stellt sich somit die Frage: Gebietet das Stand-Still-Gebot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, dass das noch geltende EEG-Umlagen- und Befreiungssystem solange auszusetzen ist, bis es die EU-Kommission nach dessen beihilferechtskonformer Umgestaltung genehmigt hat?

Die Dramatik ist für den deutschen EEG-Reformgesetzgeber nicht zu unterschätzen, bezieht doch die Rechtsprechung des EuGH zu parafiskalischen Abgaben- und Umlagenfinanzierungen von Beihilferegelungen die Finanzierungsquelle (hier: die EEG-Umlage) in das Verfahren der Beihilfenkontrolle und damit das Stand-Still-Gebot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV der so refinanzierten Begünstigungen (hier: EEG-Umlagebefreiungen energieintensiver Industrieunternehmen) ein (unter anderem EuGH 2003 und EuGH 2013c).

### **2.2.2 Ausnahmetatbestand des Art. 107**

#### **Abs. 3 AEUV**

Die legislativen Handlungsoptionen für eine Reform des EEG werden nicht nur dem Verbotstatbestand, sondern auch dem Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 AEUV zugeordnet. Insofern bringen die einschlägigen „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen“ zum Ausdruck, dass staatliche Beihilfen für die EE-Förderung dann gerechtfertigt sein können, „wenn die Kosten für die Energieerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern höher sind

<sup>14</sup> Europäische Kommission 2013.

als die Kosten für die Energieerzeugung mittels weniger umweltfreundlicher Energieträger und wenn es keine verbindliche Gemeinschaftsnorm gibt, die den Anteil erneuerbarer Energien für einzelne Unternehmen festlegt<sup>15</sup>. Damit soll der Markteintritt für solche erneuerbare Energien ermöglicht werden, die infolge hoher Kosten der Energiegewinnung zu wettbewerbsfähigen Preisen auf dem Markt nicht angeboten werden können.

In dem am 18.12.2013 eröffneten Beihilfeverfahren zum EEG 2012 hat die Kommission festgestellt, dass die öffentliche Förderung, die den Erzeugern von

**Art. 107 Abs. 3 Vertrag über die  
Arbeitsweise der Europäischen Union  
(AEUV)**

Als mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden:

- a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, sowie der in Artikel 349 genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage;
- b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
- c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
- e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

Strom aus erneuerbarer Energie auf der Grundlage des EEG 2012 in Form von Einspeisetarifen und Marktprämien gewährt wird, die Voraussetzungen der Ausnahme vom Beihilfeverbot gem. Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV und der dazu erlassenen Leitlinien für Beihilfen für den Umweltschutz erfüllt.

**2.2.3 Bedeutung der Leitlinien und Bewertung des Änderungsprozesses**

Die Leitlinien der Kommission können nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat. Sie enthalten lediglich allgemeine Regeln, die als Maßstab für künftige Einzelfallentscheidungen gelten sollen, und können daher aus sich heraus und für sich allein keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen. Nach derselben Rechtsprechung stellen sie „jedoch eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind“<sup>16</sup>. Infolge dieser Selbstbindung kann eine Abweichung der Kommission von den Leitlinien gegebenenfalls einen zu sanktionierenden Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie eben den der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes bedeuten. Anerkannt ist überdies, dass bereits Leitlinienentwürfe als „vorbereitendes Soft Law“ eine vorprägende Kraft in sich tragen.<sup>17</sup>

Bei der anstehenden Reform des EEG wird allerdings zu beachten sein, dass eben diese Leitlinien mit dem gleichfalls am 18.12.2013 eingeleiteten Konsultationsverfahren einem Änderungsprozess unterworfen sind. Zu welchem Ergebnis dieser Prozess führen wird und

<sup>15</sup> Europäische Kommission 2008.

<sup>16</sup> EuG 2008.

<sup>17</sup> Vgl. Schwarze 2011, S. 1, 17.

welche Änderungen die Leitlinien erfahren werden, lässt sich derzeit noch nicht exakt abschätzen. Aus dem bereits vorliegenden Entwurf der neuen Leitlinien und aus den bereits verabschiedeten „Leitlinien für staatliche Interventionen im Stromsektor“ vom 5. November 2013, die ihrerseits „Leitlinien zu Förderregelungen für erneuerbare Energien“ enthalten, lässt sich aber eine deutliche Tendenz ablesen, dass die Ausnahmen vom Beihilfenrecht für EE-Strom zukünftig restriktiver gehandhabt werden sollen.

In den „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen“ aus dem Jahr 2008 wird insbesondere die ausnahmsweise Zulässigkeit von Betriebsbeihilfen für die Energieerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern noch umfänglich anerkannt, um die Differenz zwischen den Erzeugungskosten und dem Marktpreis des betreffenden Energieerzeugnisses auszugleichen. Danach können die Mitgliedstaaten „Betriebsbeihilfen als Ausgleich für die Differenz zwischen den Kosten für die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energieträgern (einschließlich der Abschreibung des Mehraufwands für den Umweltschutz) und dem Marktpreis des betreffenden Energieerzeugnisses gewähren“.<sup>18</sup> Diese Betriebsbeihilfen werden darüber hinaus lediglich dadurch begrenzt, dass sie nur bis zur vollständigen Abschreibung der Anlagen nach den üblichen Bilanzierungsregeln gewährt werden dürfen.

In den „Leitlinien für staatliche Interventionen im Stromsektor“ vom 5. November 2013 hat die EU-Kommission unter Hinweis auf Art. 194 AEUV die Förderung der Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen als ein primärrechtlich verankertes Ziel der Energiepolitik betont. Die Kommission hält es für unwahrscheinlich, dass die Energiemärkte den gesellschaftlich

wünschenswerten Anteil erneuerbarer Energien in naher Zukunft hervorbringen, sodass in bestimmten Bereichen staatliche Maßnahmen als notwendig angesehen werden, um den gewünschten Anteil der erneuerbaren Energien zu erreichen. Die Mitgliedstaaten können sich danach für Interventionen entscheiden, um den im Aufbau begriffenen Sektor der erneuerbaren Energie zu unterstützen.

Ausgehend von diesen Erwägungen formuliert die Kommission im Weiteren „Leitlinien zu Förderregelungen für erneuerbare Energien“. Gefordert werden dort eine schrittweise Abkehr von Einspeisevergütungen zugunsten von Einspeiseprämien und Quotenvorgaben sowie eine stärkere Ausrichtung der Förderung auf den EU-Emissionshandel (European Union Emission Trading System, EU ETS). Wettbewerbsbasierte Vergabemechanismen sollen darüber hinaus verstärkt zum Einsatz kommen. Die Leitlinien enthalten darüber hinaus Best-Practice-Grundsätze für Einspeisevergütungen und Quotenverpflichtungen.

In vergleichbarer Weise bringt der „Entwurf der Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020“ zum Ausdruck, dass die EE-Förderung weiterhin gerechtfertigt ist. Die Kommission will aber ausweislich des Entwurfs der Leitlinien in Zukunft die Beihilfenpolitik differenziert nach bereits verbreiteten und weniger verbreiteten Technologien differenzieren.<sup>19</sup>

Zusammengefasst bringen die Leitlinien folgende Grundsätze zum Ausdruck:

- Die staatliche finanzielle Unterstützung sollte sich auf das notwendige Maß beschränken und dazu beitragen, dass erneuerbare Energien wettbewerbsfähig werden (Subsidiaritätsgrundsatz).

<sup>18</sup> Europäische Kommission 2008.

<sup>19</sup> Europäische Kommission 2014b.

- Förderregelungen sollten flexibel sein und sinkenden Erzeugungskosten Rechnung tragen. Mit zunehmender Reife sollten die Technologien allmählich den Marktpreisen ausgesetzt werden, und mit der Zeit sollte die Förderung ganz eingestellt werden (Flexibilitätsgrundsatz).
- Einspeisetarife sind durch Einspeiseprämien oder andere Förderinstrumente wie Quotenvorgaben zu ersetzen, die die Erzeuger zwingen, auf die Marktpreise zu reagieren (Substitutionsgrundsatz).

Die danach bei der anstehenden Reform des EEG zu beachtenden Grundsätze der angeführten Leitlinien können nicht ohne erhebliche Umgestaltungen des Fördermodells des EEG umgesetzt werden. Das EEG in seiner derzeitigen Fassung erfüllt die Grundsätze der Leitlinien und der Best-Practice-Forderung allenfalls in Ansätzen. Eine auf das notwendige Maß beschränkte Förderung (Subsidiaritätsgrundsatz) sehen die §§ 16 ff. EEG nicht vor. Dem Flexibilitätsgrundsatz der Leitlinien genügt die derzeitige EEG-Förderung nur ansatzweise insofern, als die Fördersätze nach § 20 Abs. 2, 3 EEG degressiv angelegt und befristet sind.

Eine Marktpreisorientierung ist in den Regeln zur Direktvermarktung zwar vorgesehen, deren Anwendung ist aber in §§ 33 a ff. EEG 2012 umfassend in das Belieben des Anlagenbetreibers gestellt. Eine Substitution der festen Einspeisevergütung durch eine flexible Einspeiseprämie kennt das EEG in seiner geltenden Fassung gleichfalls nicht; dementsprechend genügt es auch weder den Best-Practice-Anforderungen an Einspeiseprämien noch den Anforderungen an Einspeisequoten.

### § 33b Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Eine Direktvermarktung nach § 33a kann in den folgenden Formen erfolgen:

1. als Direktvermarktung zum Zweck der Inanspruchnahme der Marktprämie nach § 33g oder
2. als Direktvermarktung zum Zweck der Verringerung der EEG-Umlage durch ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach § 39 Absatz 1 oder
3. als sonstige Direktvermarktung.

## 2.3 Zulässigkeit der Sonderregeln für die stromintensive Wirtschaft

Wie bereits angesprochen hat die Kommission in zwei gegen die Bundesrepublik Deutschland eröffneten Beihilfeverfahren die (teilweise) Netzentgeltbefreiung und die Verringerung der EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen nach den in den Eröffnungsbeschlüssen vorläufig getroffenen Feststellungen als europarechtswidrige Beihilfe bewertet. Im Hinblick auf die in diesen Verfahren schlüssig vorgetragenen Begründungserwägungen bestehen erhebliche beihilferechtliche Bedenken

### § 40 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle begrenzt auf Antrag für eine Abnahmestelle die EEG-Umlage, die von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher, die stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes mit hohem Stromverbrauch oder Schienenbahnen sind, weitergegeben wird, entsprechend den §§ 41 und 42. Die Begrenzung erfolgt, um die Stromkosten dieser Unternehmen zu senken und so ihre internationale und intermodale Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten, soweit hierdurch die Ziele des Gesetzes nicht gefährdet werden und die Begrenzung mit den Interessen der Gesamtheit der Stromverbraucherinnen und Stromverbraucher vereinbar ist.

gegen die Sonderregeln der §§ 40 ff. EEG 2012 und des § 19 StromNEV a.F.<sup>20</sup>

Die Beschlüsse werden in der Sache übereinstimmend damit begründet, „dass der Befreiungsmechanismus eine Betriebsbeihilfe bildet, da er die Begünstigten von Netzentgelten befreit, die sie normalerweise im Rahmen ihrer laufenden Verwaltung oder ihrer üblichen Tätigkeiten hätten tragen müssen“.<sup>21</sup> Die Kommission beruft sich auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, nach der Betriebsbeihilfen grundsätzlich nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, weil sie den Wettbewerb in den Wirtschaftszweigen, in denen sie gewährt werden, grundsätzlich verfälschen, ohne dabei ihrer Natur nach geeignet zu sein, die in den genannten Ausnahmebestimmungen festgesetzten Zwecke zu erreichen.<sup>22</sup>

Im Beschluss vom 18.12.2013 hat sich die Kommission auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob die angenommenen Beihilfen mit den Regeln des Binnenmarktes im Hinblick auf Art. 107 Abs. 3 AEUV ausnahmsweise vereinbar sind.<sup>23</sup> Sie hat Zweifel angemeldet und darüber hinaus die Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich aufgefordert, Gründe für die Vereinbarkeit der Sonderregeln für die stromintensiven Unternehmen mit den Beihilferegeln vorzutragen.

Für den Ausgang beider Verfahren wird es wesentlich darauf ankommen, ob die von der ständigen Rechtsprechung des EuGH geforderten Voraussetzungen für Fördermaßnahmen, mit denen unterschiedliche Belastungen der betroffenen

Unternehmen verbunden sind, dargetan werden können. Eine positive Konformitätsprognose lässt sich nach dieser Rechtsprechung vor allem dann abgeben, wenn die „Differenzierung durch die Natur und den inneren Aufbau des fraglichen Abgabensystems tatsächlich gerechtfertigt ist“.<sup>24</sup>

Das Verfahren vom 6.3.2013 betrifft die Netzentgeltbefreiung gem. der Rechtslage nach § 19 Abs. 2 Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) a.F. zugrunde zu legen ist, nach dem eine Netzentgeltreduzierung noch unabhängig von der Benutzungsstundenzahl des jeweiligen Letztverbrauchers zu berechnen war. Nach Eröffnung des Verfahrens hat der Ordnungsgeber eine geänderte Fassung des § 19 Abs. 2 StromNEV eingeführt; diese sieht eine gestaffelte Netzentgeltreduzierung in Abhängigkeit von der Benutzungsstundenzahl des jeweiligen Letztverbrauchers vor, § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV. Mit der Neuregelung wollte der Gesetzgeber gewährleisten, dass bei der Bemessung der Höhe des reduzierten Netzentgelts die Auswirkungen des Abnahmeverhaltens auf das Netz und damit die netzdienliche beziehungsweise -stabilisierende Wirkung des Letztverbrauchers bei der Höhe der Reduzierung zu berücksichtigen sind.<sup>25</sup>

Diese Begründung der geänderten StromNEV zielt darauf, dass im Interesse der Netzstabilität konstante Stromlieferungen über einen Zeitraum hinweg (so genannte Bänder) zur Verfügung gestellt werden, die eine bestimmte Höchst- oder Mindestmenge nicht über- beziehungsweise unterschreiten. Da der Übertragungsnetzbetreiber zur Sicherstellung der notwendigen Netzstabilität erforderlichenfalls (kostspielige) Zusatzmengen erwerben muss, leistet die Neuregelung des § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV einen ob-

<sup>20</sup> Das am 06.03.2013 eröffnete Verfahren betrifft die Rechtslage ab dem Inkrafttreten der Entscheidung der BNetzA vom 14.12.2011 gemäß der am 04.08.2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV (StromNEV a.F.); ABl. v. 4.5.2013, C 128/43. Das am 18.12.2013 eröffnete Verfahren betrifft die Verringerung der EG-Umlage für stromintensive Unternehmen gem. §§ 40 ff. EEG; ABl. v. 7.2.2014 C 37/73.

<sup>21</sup> Europäische Kommission 2013.

<sup>22</sup> EuG 1995; EuG 2010.

<sup>23</sup> Europäische Kommission 2014a.

<sup>24</sup> EuGH 2011; EuGH 2004; EuGH 2006.

<sup>25</sup> Bundesrat 2013.



jektiven und von der Bundesregierung als Verordnungsgeber auch intendierten Beitrag zur Netzstabilität. Ob dieser Beitrag ausreicht, die europarechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung der Belastungsunterschiede zugunsten der stromintensiven Unternehmen zu erfüllen, kann an dieser Stelle nicht bewertet werden. Rechtsverbindliche Klarheit wird darüber letztlich erst mit dem Ausgang der anhängigen Verfahren gewonnen werden.

Im Ergebnis bleibt es auch nach der Neufassung der StromNEV angesichts der anhängigen Verfahren vorläufig dabei, dass die Privilegierung stromintensiver Unternehmen bei der Inanspruchnahme zur Zahlung von Netzentgelten wegen der Reichweite des Adressatenkreises erheblichen Bedenken hinsichtlich der Konformität der entsprechenden Regelungen mit den unionsrechtlichen Beihilferegeln ausgesetzt ist.

Die Besondere Ausgleichsregelung zugunsten stromintensiver Unternehmen in der geltenden Gesetzesfassung der §§ 40 ff. EEG ist aus der Sicht des europäischen Beihilferechts nicht weniger erheblichen Konformitätsbedenken ausgesetzt und Gegenstand des am 18.12.2013 eröffneten Beihilfeverfahrens. Der Beihilfecharakter dieser Regelungen dürfte angesichts der neuesten Rechtsprechung des EuGH – wie gezeigt – kaum noch mit Erfolg in Zweifel zu ziehen sein. Hinzu kommt, dass die Umweltschutzleitlinien schon in der geltenden Fassung keine geeignete Grundlage darstellen, die Vereinbarkeit der Besonderen Ausgleichsregelung mit dem Binnenmarkt zu begründen; die Ausnahmeregelungen für die stromintensiven Unternehmen dienen primär wirtschaftspolitischen Zielen und nicht dem Umweltschutz. Die Rechtfertigung gem. Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV ist jedenfalls solange mehr als zweifelhaft, als nicht gewährleistet ist, dass mit der Besonderen Ausgleichsregelung tatsäch-

lich notwendige und verhältnismäßige Ausnahmeregelungen geschaffen werden.<sup>26</sup>

Eine Sonderbehandlung stromintensiver Unternehmen bei EE-Förderung stellt unabhängig von dem gewählten Fördermodell wegen der damit verbundenen Kostenlast im Interesse insbesondere der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen eine Kernfrage und ein Grundanliegen eines sachgerechten EE-Fördermodells dar. Sie ist deswegen ausweislich der Ausnahmetatbestände des Art. 107 Abs. 3 AEUV auch nicht schlechthin ausgeschlossen. Bisher ist noch kein Fördermodell bekannt geworden, das stromintensive Unternehmen ausnahms- und einschränkungslos an den EE-Förderkosten beteiligt. Im Hinblick auf das europäische Beihilferecht sind die in Deutschland wegen der erheblichen Kosten der EE-Förderung laut gewordenen Stimmen zugunsten einer Sonderbehandlung stromintensiver Unternehmen im EEG zu Recht vor allem solche, die zugleich eine Reform des Adressatenkreises der privilegierten Unternehmen befürworten. Ohne eine wirksame Begrenzung der Ausnahmeregeln auf solche stromintensiven Unternehmen, die auf wettbewerbsfähige Strompreise im internationalen Wettbewerb tatsächlich angewiesen sind, wird eine europarechtskonforme Reform der Sonderbehandlung der stromintensiven Unternehmen bei der EE-Förderung nicht gelingen.

Bei einer Reform des EEG ist der Gesetzgeber deshalb gut beraten, die im Hinblick auf das europäische Beihilferecht bestehenden Konformitätsbedenken der geltenden Ausnahmeregelungen zugunsten stromintensiver Unternehmen zu berücksichtigen. Dabei ist die gebotene Neuregelung insbesondere unter Berücksichtigung der im Veränderungsprozess befindlichen Leitlinien zu gestalten.

<sup>26</sup> Zuletzt Ismer und Karch 2013, S. 526 ff.

Eine solche beihilferechtskonforme Reform der Sonderregeln für stromintensive Unternehmen erscheint nicht zuletzt deswegen geradezu geboten, um andernfalls geradezu unvermeidliche langandauernde administrative und forensische Auseinandersetzungen um die Europarechtskonformität der Privilegierung stromintensiver Unternehmen legislativ zu vermeiden.

#### 2.4 Zeitliche Perspektive der EEG-Reform aus beihilferechtlicher Sicht

Das europäische Beihilferecht setzt für die EE-Förderung die genannten rechtlichen Rahmenbedingungen und schafft zugleich einen Anlass für die Reform des EEG. Dies erfolgt in einer Situation, in der das europäische Beihilferecht insbesondere ausweislich der im Entwurf vorliegenden neuen Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen selbst in einem Reformprozess begriffen ist. Als Mitgliedstaat der EU wird Deutschland an diesem Reformprozess des europäischen Beihilferechts mitwirken. Ob es ihn maßgeblich beeinflussen kann, wird die Zeit weisen. Jedenfalls wird am Ende des Prozesses ein auch in Deutschland verbindliches europäisches Beihilferecht entstehen.

Vor diesem Hintergrund sind die Verantwortlichen bei der anstehenden Reform des EEG gut beraten, diesen europäischen Reformprozess nicht nur mit zu verfolgen und im Rahmen der Möglichkeiten zu beeinflussen; die Ergebnisse der Reform des europäischen Beihilferechts werden auch der Maßstab sein, an dem sich die EE-Förderung messen lassen muss. Die maßstabhaften (künftigen) Inhalte des europäischen Beihilferechts sollten auch bei der Gestaltung des Reformprozesses in Deutschland in zeitlicher Hinsicht nicht unbeachtet bleiben. Die Reform des nationalen Rechts vor der Reform des maßgeblichen europäischen Rechts birgt die Gefahr

von Konformitätsdefiziten. Der deutsche Reformgesetzgeber ist deshalb gut beraten, die (künftige) EE-Förderung in sachlicher und zeitlicher Kohärenz mit dem künftigen europäischen Beihilferecht zu entwickeln. Die zeitliche Perspektive des Reformprozesses in Deutschland sollte in einer Weise konzipiert werden, die eine Berücksichtigung des europäischen Reformprozesses gewährleistet.

Die am 22.01.2014 vom Bundeskabinett abgesehenen Eckpunkte sehen sowohl signifikante Abstriche bei der Förderung von Ökostrom als auch Einschränkungen der EEG-Umlagebefreiungen energieintensiver Industrieunternehmen (EIU) vor. Die Kommission spricht im Eröffnungsbeschluss unmissverständlich aus, dass durch die noch geltenden massiven Umlagebefreiungen den begünstigten EIU ein selektiver Vorteil „aus staatlichen Mitteln“ im Sinne des Beihilfetatbestandes nach Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt werde, der den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt „wahrscheinlich“ verfälsche, und der von den derzeit geltenden EU-Umweltbeihilfeleitlinien im Umfang der massiven Umlagebefreiungen nicht vorgesehen ist. Daher wird man von den nach § 41 Abs. 3 EEG gestaffelten Befreiungssätzen – für die EIU sehr schmerzhaft – Abstriche machen müssen.

Die Eckpunkte für die EEG-Reform kommen bereits an vielen beihilferechtlichen Sollbruchstellen den Angriffspunkten der Kommission entgegen. So sollen ab 2017 die Förderhöhen über Ausschreibungen ermittelt werden, zur besseren Marktintegration der erneuerbaren Energien eine verpflichtende Direktvermarktung eingeführt und alle Stromverbraucher, auch die EIU, „angemessen“ an den Kosten beteiligt werden. Ein wichtiger, dem Binnenmarktprinzip geschuldeter Reformansatz der Eckpunkte zeichnet sich in der Einführung einer verpflichtenden Direktvermarktung ab. Danach sollen große EE-Anlagenbetreiber ihren Strom

direkt vermarkten (ab 2015: für alle Neuanlagen mit einer Mindestleistung von 500 Kilowatt, ab 2016: 250 Kilowatt und ab 2017: 100 Kilowatt). Beihilferechtlich einsichtig zeigen sich die Verfasser des Eckpunktepapiers für die EEG-Reform zudem, wenn das Grünstromprivileg „in allen bisherigen Varianten gestrichen“ werden soll, das bisher einen stark verringerten EEG-Umlagesatz vorsieht, wenn das EVU 50 Prozent seines Stromportfolios von inländischen Erzeugern von grünem Strom bezogen hat. Gegen das Grünstromprivileg hat die EU-Kommission erhebliche Bedenken im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung „vereinbarer Beihilfen“ nach Art. 107 Abs. 3 lit. b und c AEUV, weil es auf eine diskriminierende Förderung des deutschen Grünstroms ausgerichtet ist.

Die guten Reformansätze der Eckpunkte für die EEG-Reform sollte Deutschland aber nicht dadurch schmälern, indem weiter auf die Konfrontation mit der EU-Kommission durch Bestreiten des Beihilfetatbestandes, also der selektiven Begünstigungseffekte zugunsten der EIU, gebaut wird. Diese deutsche, in den Eckpunkten noch hochgehaltene Verteidigungslinie widerspricht nicht nur der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu staatlich dirigierten Umlagenfördersystemen (vergleiche nur EuGH 2008), die Konfrontation verbrennt vor allem wertvolle Zeit und behindert eine kooperative Lösung mit der EU-Kommission zur Rechtfertigung von „vereinbarten Beihilfen“ wie solchen zu „angemessenen“ Umlagebefreiungen zwecks Schutz der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der EIU.



### 3. Vertrauensschutz für Altanlagen

Eine weitere entscheidende Frage, die sich bei einer gesetzlichen Neugestaltung des Fördersystems für Erneuerbare Energien stellt, ist die nach dem Vertrauensschutz der Eigentümer von Altanlagen, die unter dem geltenden Förderregime des EEG errichtet wurden. Dieses schreibt neben einer Anschluss- und Abnahmepflicht für 20 Jahre bestimmte, der Höhe nach bezifferte Vergütungssätze (§§ 16 ff. EEG) fest. Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD hat sich darauf verständigt, bestehenden Vertrauensschutz zu beachten (S. 50), was einerseits selbstverständlich ist, soweit es nur um die ohnehin geltenden verfassungsrechtlichen Bindungen der Gesetzgebung geht, andererseits aber nicht die Frage beantwortet, *inwieweit* überhaupt verfassungsrechtlich Vertrauensschutz besteht. Hierzu ist Folgendes anzumerken:

#### 3.1 Vertrauenstatbestand

Mit dem Erlass des EEG, das gerade als Investitionsanreiz konkrete Vergütungssätze für einen fixen Zeitraum fest schreibt, hat der Gesetzgeber einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Eine Veränderung der Vergütungssätze zum Nachteil der Stromerzeuger würde dieses Vertrauen enttäuschen, weshalb entsprechende

Maßnahmen jedenfalls an der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG)) in Verbindung mit dem rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz zu messen wären.

Darüber hinaus ist aber auch der Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu berücksichtigen. Konkrete, dem Einzelnen zur privaten Verfügung zuzuordnende vermögenswerte Gegenstände genießen Eigentumsschutz als Substanzschutz. Eigentum soll gerade gegenüber wechselnden politischen Mehrheiten in seinem Bestand geschützt sein. Etwas anderes gilt indes für die gerade nicht unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fallenden bloßen Chancen und ökonomischen Erwartungen. Hierzu gehört prinzipiell auch das Kalkül mit dem unveränderten Fortbestand der allgemeinen Rechtslage, soweit diese allgemeiner Rahmen des marktbezogenen Handelns ist. Wer etwa seine Preise langfristig vertraglich bindet, weil er auf eine Konstanz der Steuersätze vertraut, ist nicht in seinem Eigentum betroffen, wenn sich diese erhöhen. Allerdings geht es bei der Vergütungsregelung um mehr als um eine beliebige Marktchance, weil in Energiegewinnungsanlagen gerade aufgrund eines Regelungskomplexes investiert wurde, der gezielt Investitionsanreize gesetzt

#### Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG)

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

#### Art. 14 Abs. 1-2 Grundgesetz (GG)

- (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.
- (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

hat, was dem Staat zurechenbar ist. Die Vergütungshöhe ist insoweit kraft Inhaltsbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als eine dem Eigentum zuzuordnende konkrete Nutzungsmöglichkeit zu qualifizieren. Auch insoweit ist das Vertrauen in den Fortbestand zunächst einmal geschützt.

### 3.2 Grenzen des Vertrauensschutzes

Vertrauensschutz bildet keine absolute Sperre gegen Veränderungen. Kognitives Vertrauen in den Fortbestand einer Regelung ist, auch wenn Grundrechte im Schutzbereich betroffen sind, nicht unbegrenzt geschützt; vielmehr muss es sich um Vertrauen handeln, das (1) normativ schutzwürdig ist und (2) auch nicht durch höherrangige konkurrierende Belange überwunden werden kann, was eine Gesamtwertung im Einzelfall erfordert:

Da eine Änderung des EEG-Regimes nur praktikabel erscheint, soweit es um die Anpassung künftig fällig werdender Vergütungen geht, handelt es sich allenfalls um eine Störung des Vertrauens, die einer *unechten Rückwirkung* entspricht. Die mit der bereits in der Vergangenheit liegenden Investition verbundenen Erwartungen werden enttäuscht, weil sich künftig die Rechtslage ändert. Eine solche unechte Rückwirkung ist aber ganz allgemein im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig.

Vertrauen genießt je höheren Schutz, desto stärker eine geschützte Eigentumsposition der Freiheitsentfaltung im persönlichen Bereich dient, was namentlich für das Eigentum im Rahmen von Art. 14 Abs. 1-2 GG anerkannt ist. Die wirtschaftliche Rentabilität (hier der getätigten Investitionen) genießt gemessen hieran – über den von Änderungen des EEG von vornherein unangetasteten Bestand der Anlagen hinaus – auf der gleitenden Skala der Verhältnismäßigkeit einen vergleichsweise eher niedrig zu veranschlagenden Schutz.

Der Vertrauensschutz dürfte zudem bereits durch die Regelungsstruktur des EEG reduziert sein. Bei der Abnahme- und Vergütungspflicht handelt es sich um eine vertragsgestaltende Regelung. Privatrechtliche Schuldverhältnisse stehen aber von vornherein unter dem Vorbehalt sich verändernder rechtlicher Rahmenbedingungen, schon weil der das Privatrecht regelnde Staat alle Vertragsparteien und deren Interessen bei einer fairen und ausgewogenen Marktintervention zu berücksichtigen hat. Das kognitive Vertrauen darauf, das „Rentabilitätsversprechen“ des bei der Investition geltenden Rechts werde vorbehaltlos und ohne Rücksichtnahme auf Folgen für Dritte (etwa die privaten Stromverbraucher und die belasteten Unternehmen) eingelöst, ist schon aufgrund seiner strukturellen Asymmetrie nicht (qualifiziert) geschützt. Vielmehr muss in multipolaren Interessenlagen stets damit gerechnet werden, dass der Gesetzgeber namentlich auf Fehlentwicklungen oder Fehlbewertungen nachträglich durch Anpassungen reagiert.

Dies gilt namentlich für die sozialen Verteilungsfolgen des Fördermodells des EEG: Gerade Privathaushalte können als Stromkunden den steigenden Verbrauchskosten praktisch kaum ausweichen, während die Erlöse letztlich privaten Investoren zufließen, die entsprechende Mittel für ökologisch gewünschte Investitionen zur Verfügung haben. So finanziert zum Beispiel eine mehrköpfige Familie mit niedrigem Einkommen, die in einer Sozialwohnung wohnt und das Familieneinkommen weitgehend konsumieren muss, die Solaranlage auf dem Eigenheim eines Akademikers mit, der sein Geld – gerade bei niedrigem Zinsniveau auf den Kapitalmärkten – zu einer vergleichsweise hohen Rendite sicher anlegen will.

Vertrauensschutz steht allgemein unter dem Vorbehalt, dass es nicht zu nachträglichen strukturellen Änderungen

der flankierenden Rechts- oder Tatsachenlage kommt beziehungsweise erheblich überwiegende Gemeinwohlbelange eine verhältnismäßige Korrektur erzwingen. Dies unterstreicht bereits die verfassungskonforme Regelung des § 49 Abs. 2 Nr. 3-5 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), der den Bestand von Einzelfallentscheidungen betrifft, bei denen durch Konkretisierung und Individualisierung der Vertrauensschutz sogar höher zu bewerten ist als bei abstrakt-generellen Gesetzen. Zudem ist das Vertrauen in den Fortbestand privatrechtlicher Abnahme- und Preisregelungen von vornherein nicht weiter geschützt als das Vertrauen in den Fortbestand hoheitlicher Positionen. Grundlegende anderweitige Veränderungen des rechtlichen Rahmens, die eine Anpassung des Förderregimes – vor allem mit Rücksicht auf höher- respektive vorrangiges Recht – notwendig machen, können also auch dem Vertrauensschutz die „Geschäftsgrundlage“ entziehen. Dies würde insbesondere dann gelten, wenn sich das Ausnahmeregime für energieintensive Industriezweige (§§ 40 ff. EEG) als unionsrechtswidrig erweisen sollte (vergleiche Kap. 2). Die dann notwendig werdende Neujustierung des gesamten EEG kann auch dazu führen, dass die gesetzlichen Vergütungsansprüche abgesenkt werden.

Vertrauensschutz steht in einem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Demokratie ist stets nur Herrschaft auf Zeit, zeichnet sich also gerade durch die fortwährende grundsätzliche Revisibilität und Revidierbarkeit rechtsförmlich getroffener Entscheidungen aus. Mit dieser Prämisse geraten grundsätzlich solche Regelungen in Konflikt, die den Fortbestand einer bestimmten Rechtslage über die jeweilige Legislaturperiode hinaus besonders zusichern, wodurch künftigen Gesetzgebern (gezielt oder jedenfalls als mittelbare Folge) eine Rechtsänderung erschwert oder sogar unmöglich ge-

#### § 49 Abs. 2 Nr. 3-5 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

3. wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
4. wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
5. um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

macht wird. Würde man unbegrenzt jede marktrelevante gesetzliche Regelung durch Gewährung verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes verstetigen, könnte jede aktuelle parlamentarische Mehrheit einer spezifischen Gruppe dauerhafte Vorteile durch schlichte Variation der Regelungstechnik sicherstellen. Statt beispielsweise eine Steuervergünstigung schlicht durch Änderungsgesetz zu gewähren, könnte diese zeitlich bis ins Jahr 2150 „befristet“ werden, um Klientelinteressen auf unabsehbare Zeit Sicherheit zu verschaffen.

#### Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz (GG)

Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

Vertrauensschutz bedarf daher von vornherein einer demokratischen Relativierung:

- Weitreichend geschützt ist das Vertrauen in den unveränderten Fortbestand der Rechtslage nur für eine laufende Legislaturperiode.
- Für künftige Legislaturperioden nimmt der Schutz des Vertrauens relational zum Zeitablauf ab. Spätestens ab der wirtschaftlichen Amortisation einer Investition kann redlicherweise nicht mehr darauf vertraut werden, dass künftige parlamentarische Mehrheiten die Rahmenbedingungen nicht zum Nachteil der Betroffenen verändern. Anders gewendet: Auch der Investor muss die demokratische Verfasstheit des jeweiligen Gemeinwesens „einpreisen“.
- Gesetzliche Versprechen des Fortbestandes einer Rechtslage über den demokratischen Verfügungsrahmen der jeweiligen Legislaturperiode hinaus führen grundsätzlich nicht zu zusätzlichem Vertrauensschutz, der auch ansonsten besteht, wenn eine Regelung ohne besondere temporale Komponente auf Dauer erlassen wird.
- Wirtschaftliche Rentabilitätsersparungen, die sich auf die bereits qua Demokratieprinzip nicht zu gewährleistende Stabilität eines verfügbaren Rechtsrahmens stützen, sind verfassungsrechtlich nicht qualifiziert geschützt. Aussichten auf Gewinn können daher nachträglich wieder entfallen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das EEG letztlich nur bestimmte Marktchancen gesetzlich stabilisiert.

Damit muss auch die zugesagte Vergütungshöhe nach EEG nicht für den gesamten gesetzlich vorgesehenen Zeitraum für Altanlagen konstant bleiben. Schon die lange Gewährleistung von 20 Jahren (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EEG), also für einen Zeitraum von fünf Legislaturperioden des Deutschen Bundestages, würde zu einer unverhältnismäßigen Einengung der legislativen Gestaltungsmöglichkeiten auf der Zeitachse führen.

#### § 21 Abs. 2 Satz 1 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)

Die Vergütungen sind jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres zu zahlen.

Es mag sein, dass bestimmte Investitionen nur (oder nur im gewünschten Umfang) getätigt werden, wenn die Unveränderbarkeit der normativen Marktkoordinaten sichergestellt ist. Dieser Wunsch der Marktteilnehmer lässt sich in einer Demokratie aber schlichtweg nicht erfüllen; wenn anders gewendet die Fluidität demokratischer Gesetzgebung nicht als Notwendigkeit einer freiheitlichen Rechtsordnung akzeptiert, sondern als schlichtes Investitionsrisiko hemmend wahrgenommen wird, eignen sich möglicherweise bestimmte Regelungsmodelle der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien nicht. Dann muss gegebenenfalls auf andere Regelungstechniken (etwa direkte Subventionierung) umgesattelt werden.

Zusammenfassend: Mehr als das durch typisierende Betrachtung zu ermittelnde Amortisationsinteresse der jeweiligen Investitionssumme ist verfassungsrechtlich nicht geschützt. Sofern keine außergewöhnlichen Umstände hinzutreten, ist eine Amortisation aber auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten. Darüber hinaus wäre der Gesetzgeber jedoch frei, die Vergütungsregelungen (beziehungsweise akzessorisch die Abnahmeverpflichtung) auch zum Nachteil einzelner Betreiber oder Betreibergruppen neu zu strukturieren.

#### Exkurs: Vertrauensschutz bei Verfassungswidrigkeit?

Hier nicht abschließend entschieden werden soll die Frage, ob bereits das geltende EEG als solches verfassungswidrig ist, weil es als eine unzulässige Sonderabgabe

zu qualifizieren ist oder jedenfalls – zur Vermeidung von Umgehungen – an den verfassungsrechtlichen Einschränkungen zu messen ist, die für solche Abgaben gelten.<sup>27</sup> Die Intensivierung der staatlichen Kontrolle der Finanzströme, nicht zuletzt über den detaillierten Ausgleichsmechanismus, lässt jedenfalls heute eine Zurechnung der Belastung zum Staat näherliegend erscheinen als noch bei früheren Fassungen oder dem StrEG. Die Hauptargumente der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Schutzfunktion der Finanzverfassung vor außerbudgetären Finanzierungsmechanismen, Schutz der Bürger vor einer nicht besonders gerechtfertigten Inanspruchnahme für Gemeinwohlaufgaben in Konkurrenz zur Steuer (Art. 3 Abs. 1 GG) – sprächen jedenfalls für eine Übertragung. In diesem Fall würde das EEG-Regime den Anforderungen an eine homogene Gruppenbildung und die gruppennützige Aufkommensverwendung ersichtlich nicht genügen. Wäre das EEG insoweit verfassungswidrig, könnte es grundsätzlich auch durch gänzlich andere Regelungskonzepte ersetzt werden. Allerdings würde das BVerfG wohl dem faktischen Vertrauensschutz durch geeignete Übergangsregelungen (im Zweifel gestützt auf § 35 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG)) Rechnung tragen; entsprechend müsste auch der Gesetzgeber verhältnismäßige Überleitungsregelungen schaffen, um das durchaus schutzwürdige Vertrauen in den Fortbestand einer verfassungswidrigen Rechtslage nicht völlig zu entwerten.

---

<sup>27</sup> Hierfür eingehend Stockhausen 2007.

## 4. Die internationale Dimension

Die Rahmenbedingungen der Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland und ihre zukünftige Gestaltung sind nicht nur am deutschen und europäischen Recht zu messen, sondern auch an Vorgaben des internationalen Rechts gebunden. In den Blick kommt hier zunächst das internationale Investitionsrecht. Weit weniger bekannt, aber noch naheliegender ist, dass die Förderung erneuerbarer Energien auch das Subventionsrecht der Welthandelsorganisation (WTO) berühren kann. Daraus können sich für das bestehende System der Förderung erneuerbarer Energien Risiken und für die Neuordnung dieses Systems Rahmenbedingungen ergeben, die hier an erster Stelle erläutert werden sollen. Zweitens stellt sich die Frage, ob das internationale Investitionsrecht einer Änderung des bestehenden Systems Schranken setzt und ob sich daraus im Hinblick auf zukünftige Investitionen sogar Vorgaben für eine Neuordnung ergeben.

### 4.1 Vorgaben des Subventionsrechts der WTO

Das WTO-Recht sieht für den Bereich des Warenhandels Regeln für Subventionen vor.<sup>28</sup> Das insoweit einschlägige WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (Agreement

on Subsidies and Countervailing Duties, SCM-Übereinkommen) definiert die Zulässigkeit von Subventionen und räumt den Mitgliedern im Falle unzulässiger Subventionen das Recht ein, Gegenmaßnahmen zu ergreifen und die Streitschlichtung der WTO anzurufen. Ob und inwieweit Einspeisevergütungen nach dem EEG oder die jetzt vorgesehenen anderen Gestaltungen damit vereinbar sind, ist bisher nur vereinzelt untersucht worden.<sup>29</sup>

Allerdings waren Regelungen zur Förderung erneuerbarer Energien durchaus schon Gegenstand von Streitschlichtungsverfahren, wobei insoweit ein Verfahren gegen eine Einspeiseregulierung der kanadischen Provinz Ontario wesentliche Bedeutung hat.<sup>30</sup> Die Beschwerden von Japan und der Europäischen Union bezogen sich jedoch maßgeblich auf eine industriepolitisch motivierte Local-Content-Regelung, nach der nur solche Anbieter in den Genuss der Einspeisevergütung kommen, deren Anlagen beziehungsweise Ausrüstungen einen bestimmten inländischen Wertschöpfungsanteil aufweisen. Diese Regelung ist als unzulässig angesehen worden, ohne dass es am Ende auf die Vereinbarkeit mit den subventionsrechtlichen Regelungen ankam.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Für den Dienstleistungshandel spricht Art. XV des insoweit einschlägigen Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen zwar die Problematik der Subventionen an, enthält allerdings nur einen bisher noch nicht wahrgenommenen Regelungsauftrag. Mangels konkreter Regelungen sind Subventionen daher bisher nur an dem Grundsatz der Inländerbehandlung zu messen, der allerdings nur dann Geltung beansprucht, wenn ein WTO-Mitglied entsprechende Marktzugangszugeständnisse gemacht hat, WTO 1999 Art. XVII GATS.

<sup>29</sup> Wilke 2011.

<sup>30</sup> WTO 2012 und WTO 2013.

<sup>31</sup> Da die Regelung an die Verwendung einheimischer gegenüber ausländischer Waren anknüpfte, haben der Streitschlichtungsausschuss (Panel) ebenso wie die Überprüfungsinstanz (Appellate Body) einen Verstoß gegen Art. 2.1 des WTO-Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte von Investitionsmaßnahmen und gegen Art. III:2 des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) angenommen, siehe WTO 2012, Ziff. 7.166 und WTO 2013, Ziff. 6.1 (b) v.



Das Verfahren hat aber Aufschluss in einer Reihe von wichtigen Vorfragen erbracht. Dazu gehört erstens, dass elektrische Energie als Ware anzusehen ist und damit den WTO-Regelungen über den Warenhandel einschließlich des SCM-Übereinkommens unterliegt. Der Streitschlichtungsausschuss ist hiervon ohne Weiteres ausgegangen, da die Parteivorträge der Europäischen Union als Beschwerdeführerin und Kanadas als Beschwerdegegner davon umstandslos ausgegangen sind.<sup>32</sup> Zweitens ist die Frage, ob die kanadische Regelung sich unter eine der nach Art. 1 des SCM-Übereinkommens vorgesehenen Erbringungsformen einer Subvention subsumieren lässt und als weitere Voraussetzung den Begünstigten einen Vorteil verschafft, umfangreich geprüft worden.<sup>33</sup>

Das Verfahren ist nicht mehr zu der letzten Voraussetzung des WTO-rechtlichen Subventionsbegriffes, der sogenannten Spezifität vorgedrungen. Im Falle eines Subventionsverbotes nach Art. 3 des SCM-Übereinkommens wird die Spezifität vermutet. Ein solches Subventionsverbot gilt unter anderem in dem Fall, dass eine Subvention rechtlich oder faktisch an die Verwendung inländischer Güter gegenüber importierten Gütern gebunden ist. Bei Einspiseregulungen ist deshalb sorgfältig zu prüfen, ob der im Inland erzeugte Strom aus erneuerbaren Energien eine solche Bevorzugung erfährt.

Liegt kein Verbot vor, so ist damit das Regelungsprogramm des SCM-

#### Art. 1.1 Agreement on Subsidies and Countervailing Duties

For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:

- (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government"), i.e. where:
  - (i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees);
  - (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits);
  - (iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;
  - (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments;
- or
- (a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT1994;
- and
- (b) a benefit is thereby conferred.

\* In accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.

<sup>32</sup> WTO 2012, Ziff. 7.11, Fußnote 46 mit dem zusätzlichen Hinweis darauf, dass sich in der internationalen Zolltarifklassifikation auch eine Rubrik „electrical energy“ findet.

<sup>33</sup> Art. 1.1. (b) des SCM-Übereinkommens. Siehe WTO 2012, Ziff. 7.250 und WTO 2013, Ziff. 5.5.2. Insoweit stand in Rede, ob es sich im vorliegenden Fall um einen direkten Transfer von Geldern nach Art. 1.1 (a)(1)(i), um den Kauf von Waren durch die Regierung nach Art. 1.1 (a)(1)(iii) oder um eine Einkommens- oder Preisstützung nach Art. 1.1 (a)(2) des SCM-Übereinkommens handele. Der Streitschlichtungsausschuss hat Letzteres am Ende offen gelassen, Ziff. 7.249. Die Überprüfungsinstanz hat diese Ausführungen in maßgeblichen Teilen verworfen, siehe oben, a.a.O.

Übereinkommens noch nicht abgeschlossen. Mit dem Auslaufen der ursprünglich vorgesehenen Kategorie erlaubter Subventionen<sup>34</sup> fallen alle nicht verbotenen Subventionen in die Kategorie der

<sup>34</sup> Art. 8 des SCM-Übereinkommens enthält Regeln über nicht anfechtbare Subventionen. Die Vorschrift war jedoch nach Art. 31 nur für fünf Jahre anwendbar. Für die nach S. 2 der Vorschrift mögliche Anordnung der Weitergeltung fand sich keine ausreichende Zustimmung.

„anfechtbaren“ Subventionen. Handelt es sich um eine spezifische Subvention, was hier im Einzelnen zu prüfen wäre, so gilt die Verpflichtung, bei der Subventionierung nachteilige Auswirkungen zu lasten anderer Mitglieder zu vermeiden. Im Hinblick auf die Einhaltung dieser Verpflichtung können andere Mitglieder der WTO ein Streitschlichtungsverfahren einleiten.

Insgesamt ergibt sich, dass die Subventionsregelungen der WTO im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen können und deswegen bestehende und zukünftige Maßnahmen in dieser Hinsicht eine kritische Überprüfung erfordern.

#### 4.2 Investitionsschutzrecht

Überlegungen zur Umgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien müssen Verpflichtungen berücksichtigen, die die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf den Schutz ausländischer Investitionen übernommen hat. Deutschland hat mit mehr als 180 anderen Staaten bilaterale Übereinkommen zum Schutz von ausländischen Investitionen (BIT) abgeschlossen.<sup>35</sup> Wesentliche Bedeutung haben neben den zahlreichen bilateralen Investitionsschutzverträgen auch die multilateralen Verpflichtungen Deutschlands, vor allem aus dem Energiecharta-Vertrag von 1994, der 1998 in Kraft getreten ist und dem 53 Mitglieder – überwiegend aber nicht ausschließlich – aus dem europäischen Raum angehören und der Regelungen zum Schutz ausländischer Investitionen enthält. Aufgrund dieses Übereinkommens ist Deutschland verpflichtet, Investitionen von Angehörigen der anderen Vertragsparteien zu schützen und Enteignungen nur unter engen Voraussetzungen vorzunehmen und

angemessen zu entschädigen.<sup>36</sup> Ferner ist ebenfalls mit der Folge einer möglichen Entschädigung die Verpflichtung vorgesehen, solche Investitionen fair und gerecht zu behandeln (*fair and equitable treatment*). Überwiegend sehen die Vereinbarungen vor, dass ausländische Investoren wegen der Verletzung ihrer Rechte aus diesen Verträgen besondere internationale Investitionsschiedsgerichte anrufen können, deren Entscheidungen verbindlich sind. Für die Auslegung der oft gleichlautenden oder ähnlich formulierten Regelungen der unterschiedlichen Übereinkommen haben diese Schiedssprüche große Bedeutung.

#### 4.3 Schutz bestehender Investition

Der Investitionsschutz greift ein, wenn es sich um die Investition eines Investors aus einer anderen Vertragspartei handelt. Die genannten Übereinkommen schützen verschiedene Arten von Eigentumsrechten: Neben dem Grund- und Sacheigentum werden auch gesellschaftsrechtliche Beteiligungen und mögliche Kapitalanteile explizit erwähnt.

Im klassischen Sinne bezieht sich der Enteignungsschutz zunächst auf die Verfügung und Kontrolle über die Investition einschließlich des Betriebes.<sup>37</sup> Im Hinblick auf die Förderung erneuerbarer Energien steht weder der Entzug von Eigentumsrechten noch die Beschränkung oder Untersagung des Betriebes von Anlagen in Rede.

Das internationale Investitionsrecht schützt aber unter bestimmten Umständen auch Gewinnerwartungen, sofern sie sich als vorhersehbare und legitime Nutzung der Investition darstellen. Allerdings sind dabei die Anforderungen hoch: Eine

<sup>35</sup> Siehe UNCTAD 2013.

<sup>36</sup> Siehe zum Beispiel BMWi 2008, Art. 4; ECHVertr 1997.

<sup>37</sup> Siehe UNCITRAL 2000, ICSID 2007a und ICSID 2007b.



Schmälerung von Gewinnerwartungen wird erst dann berücksichtigt, wenn sie sich als De-facto-Enteignung darstellt und damit die vorhersehbare oder zu erwartende Eigentumsnutzung dauerhaft ausgeschlossen ist.<sup>38</sup> Auch wenn eine staatliche Maßnahme diese hoch angesetzte Schwelle übersteigt, ist damit nicht automatisch ein Verstoß anzunehmen. Auch eine solche Schmälerung der Gewinnerwartungen kann zulässig sein, wenn sie sich als Ausübung der sogenannten Police Power, also der Kompetenz der Staaten zur Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung darstellt, wie sie im internationalen Investitionsrecht zum Teil ausdrücklich geregelt oder nach ständiger Schiedspraxis implizit anerkannt ist. Danach ist auch eine gewichtige Beschränkung der Gewinnerwartungen zulässig, wenn mit ihr ein der Police Power entsprechender öffentlicher Zweck verfolgt wird und die Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt sind.<sup>39</sup> Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zu berücksichtigen, inwieweit es dem Investor gelungen ist oder noch gelingen kann, seine Investition zu amortisieren.

#### 4.4 Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung

Unter dem Grundsatz der fairen und gerechten Behandlung werden im internationalen Investitionsrecht auch legitime Erwartungen geschützt. Allerdings ist dieser Schutz eng begrenzt. Er besteht nur dann, wenn sich die Erwartungen auf ausdrückliche und rechtsverbindliche Versprechen oder Garantien des Gaststaates gegenüber einem Investor gründen. Die Einspeisevergütung ergibt sich aber aus dem EEG und damit aus einem allgemeinen Gesetz, das nicht in gleicher Weise eine Vertrauensgrundlage schafft. Darüber hinaus ist der Schutz legitimer Erwartungen im

Investitionsrecht nicht absolut. Änderungen der Rahmenbedingungen sind zulässig, wenn sie öffentlichen Zwecken dienen, verhältnismäßig sind und in einem fairen Verfahren unter Achtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung vorgenommen werden. In diesem Sinne wies das Schiedsgericht in *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary* Beschwerden eines Investors gegen die Wiedereinführung einer Strompreisregulierung ab.

Insgesamt ergibt sich aus diesem Überblick, dass das internationale Investitionsrecht dem nationalen Gesetzgeber einen weiten Spielraum setzt, die Rahmenbedingungen der Förderung der erneuerbaren Energien auch in Anbetracht bestehender Investitionen und unter Schmälerung der damit verbundenen Gewinnerwartungen zu ändern.

#### 4.5 Schutz zukünftiger Investitionen

Im Sinne einer Pre-investment Protection (Schutz im Vorfeld der Investition) schützen bestimmte Investitionsschutzabkommen auch die Rechte von Investoren aus anderen Vertragsstaaten im Vorfeld einer Investition. Die von Deutschland abgeschlossenen Übereinkommen sehen einen derartigen Schutz bisher nicht vor. Aber auch in der Sache ergeben sich daraus keine hier bedeutsamen Einschränkungen. Die Pre-investment Protection sieht wesentlich einen Schutz vor Diskriminierungen bei der Zulassung von Investitionen vor.<sup>40</sup> Dies wäre bei einer Neuordnung der Förderung erneuerbarer Energien zu beachten, stünde ihr aber nicht entgegen.

<sup>38</sup> ICSID 2003a, 2006, 2012 und UNCITRAL 2001, 2007a.

<sup>39</sup> ICSID 2011 und UNCITRAL 2006, 2007b.

<sup>40</sup> ICSID 2003b.

## Fazit

1. Die nationalrechtlich ausgerichteten Fördersysteme für EE behindern entgegen der Warenverkehrsfreiheit den Wettbewerb auf dem Strommarkt der Union. Die zukünftige Ausgestaltung des EEG muss deshalb zu einem ausgewogenen Ausgleich ökologischer und wettbewerblicher Belange führen.
2. Das Unionsrecht nimmt die Energiewirtschaft nicht von der Geltung des Wettbewerbs einschließlich der beihilferechtlichen Regelung aus. Der deutsche Gesetzgeber ist deshalb gehalten, die Förderung der EE unter strikter Beachtung der Vorgaben des unionalen Beihilferechts zu gestalten.
3. Im Hinblick auf die durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze zur Kontrolle von EE-Fördermaßnahmen ist festzustellen, dass nach dem derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung die Konformität des EEG-Fördermodells mit dem unionalen Beihilferecht nicht gesichert ist.
4. Ein staatsfernes, vorwiegend auf marktorientierte Instrumente setzendes Modell ist am ehesten mit dem Beihilferecht der EU vereinbar. Die Leitlinien der Kommission 2013 zeigen, dass die EE-Förderung weiterhin gerechtfertigt, aber zukünftig nach dem Subsidiaritäts-, Flexibilitäts- und Substitutionsprinzip zu gestalten ist; Einspeisungstarife sollten so gestaltet werden, dass Erzeuger auf Marktpreise reagieren müssen.
5. Hinsichtlich der Befreiungstatbestände für stromintensive Unternehmen ist der Gesetzgeber für die ausstehende Reform des EEG gut beraten, die von der Europäischen Kommission geltend gemachten Konformitätsbedenken in Bezug auf die Ausnahmetatbestände zu berücksichtigen. Eine beihilfekonforme Lösung ist nach den Leitsätzen der Kommission (siehe Ls. 4) möglich.
6. Die im EEG derzeit gesetzlich festgelegten konkreten Einspeisungsvergütungen sind nicht änderungsresistent für den Reformgesetzgeber. Der rechtsstaatlich und grundrechtlich gebotene Vertrauensschutz ist unter anderem auch demokratisch relativiert; die Schutzintensität nimmt für Regelungen, die normativ explizit für mehrere Legislaturperioden gelten sollen, relational zum Zeitablauf ab.
7. Verfassungsrechtlich zwingend muss der Änderungsgesetzgeber allerdings die Grenze der wirtschaftlichen Amortisierung der Anlage beachten.
8. Die nach dem EEG zugesagte Vergütungshöhe muss indes nicht für den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum für Altanlagen konstant bleiben. Schon die lange Gewährleistung von 20 Jahren – also für einen Zeitraum von fünf Legislaturperioden – würde zu einer unverhältnismäßigen Einengung der legislativen Gestaltungsmöglichkeiten auf der Zeitachse führen.
9. Bei der Reform des EEG müssen auch die Subventionsregelungen der WTO beachtet werden, um etwaige Konflikte zu vermeiden.
10. Ebenso müssen, soweit ausländische Unternehmen in Anlagen zur Erzeugung von EE investiert haben, die Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland im Blick gehalten werden, ob nämlich ein Investor kraft solcher Abkommen eigentumsrechtlich besseren Schutz genießt als völkervertragsrechtlich nicht geschützte Investoren im Inland.

## Addendum

Am 8. April 2014 wurden der Gesetzesentwurf des novellierten EEG und die Anlagenregisterverordnung vom Kabinett beschlossen. Am 9. April 2014 verabschiedete die Europäische Kommission die neuen Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen, welche im Gesetzesentwurf bereits berücksichtigt werden. Die enge Abstimmung von europäischer Kommission und Bundesregierung hat zu einer Kompromisslösung geführt, deren Umsetzung nun ausgestaltet wird. Daraus ergeben sich möglicherweise Vorteile bei der Neuregelung der Ausnahmen für energieintensive Unternehmen. Eine abschließende Bewertung kann allerdings zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht verlässlich abgegeben werden (Stand: 22.4.2014).

Auch wenn damit ein Grundstein dafür gelegt wurde, die Förderung der erneuerbaren Energien in Deutschland mit dem unionalen Beihilferecht in Einklang zu bringen, verbleiben weiterhin Unsicherheiten. Nach derzeitigem Rechtsstand bleibt ungeklärt, wie die beiden gegen Deutschland eröffneten Beihilfeverfahren beschlossen werden. Ebenfalls ungeklärt bleibt die Frage, ob der Gerichtshof (EuGH) in der noch offenen Rechtssache „Ålands Vindkraft“ (C-573/12) den Schlussanträgen des Generalanwalts folgen wird.

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass der Gesetzesentwurf des novellierten EEG keinerlei Handlungsspielraum aufzeigt, bekommt die im dritten Kapitel erläuterte Thematik des Vertrauensschutzes eine zusätzliche Bedeutung. Entgegen allseitigen Bekun-

dungen verbleibt dem Gesetzgeber ein bedeutender Spielraum, um die auf 20 Jahre garantierten Einspeisevergütungen anzupassen. Die Existenz dieser Freiheit stellt eine Kernaussage dieser Analyse dar und wird detailliert begründet.

Darüber hinaus bleibt auch nach Verabschiedung des Gesetzesentwurfs die Relevanz der internationalen Dimension des Rechtsrahmens bestehen. Es ist bisher nicht hinreichend geklärt, welche zusätzlichen Ansprüche sich sowohl aus den Subventionsregelungen der WTO als auch aus Investitionsabkommen der Bundesrepublik ergeben. Unter Berücksichtigung der beihilferechtlichen Entwicklungen auf europäischer Ebene gilt es auch hier, frühzeitig für eine Anpassung der rechtlichen Rahmenbedingungen zu sorgen.

Die Reform der Förderung der erneuerbaren Energien in Deutschland kann sinnvoller Weise nur als ein kontinuierlicher Prozess angesehen werden, der eine stetige Neubetrachtung der vielen Facetten des Energiesystems notwendig macht. In dieser Situation des stetigen Wandels einen Ausgleich zwischen Verlässlichkeit und Verhältnismäßigkeit herzustellen, wird eine zentrale Herausforderung des Energierechts der kommenden Jahre darstellen. Diese Analyse versucht dazu einen Beitrag zu leisten.

## Literaturverzeichnis

### **BDEW 2014**

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft:  
„Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten,  
Grafiken (2014)“. 2014, S. 45, Abb. 24.

### **Betzüge 2013**

Betzüge, M.O.: „Zwischen Europa und Re-Regulierung –  
welcher Ordnungsrahmen für die ‚Energiewende‘?“.  
In: Löwer (Hrsg.): Veranlassung und Verantwortung  
bei der Energiewende, Bonner Gespräch zum Energie-  
recht, Band 7, 2013.

### **Büdenbender 2013**

Büdenbender, U.: „Energiewende 2011 und Wettbewerb in  
der Elektrizitätswirtschaft – zugleich ein Beitrag zur  
europarechtlichen Zulässigkeit“. In: Reiff, P. (Hrsg.)  
Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2013, Um-  
welt- und Technikrecht, Band 120, 2013, S. 67-99.

### **Große Koalition 2013**

Große Koalition zwischen CDU/CSU und SPD: „Deutsch-  
lands Zukunft gestalten“. Koalitionsvertrag zwischen  
CDU, CSU und SPD zur 18. Legislaturperiode, 2013.

### **Haucap und Kühling 2012**

Haucap, J. und Kühling, J.: „Zeit für eine grundlegende Re-  
form der EEG Förderung – das Quotenmodell“. DICE  
Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 33, 2012.

### **Ismer und Karch 2013**

Ismer, R. und Karch, A.: „Das EEG im Konflikt mit dem  
Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven  
Industrie als unzulässige Beihilfe“. ZUR 2013, 526.

### **Schwarze 2011**

Schwarze, J.: „Soft Law im Recht der Europäischen Union“.  
In: Europarecht (EuR), Heft 1, 2012, S. 1, 17.

### **Stockhausen, C. von 2007**

Stockhausen, C. von: „Gesetzliche Preisintervention zur  
Finanzierung öffentlicher Aufgaben“. Schriften zum  
öffentlichen Recht, Band 1060, 2007.

### **UNCTAD 2013**

United Nations Conference on Trade and Development  
(UNCTAD): Liste der bilateralen Investitionsabkom-  
men Deutschlands vom 01. Juni 2013. [http://unctad.org/Sections/dite\\_pccb/docs/bits\\_germany.pdf](http://unctad.org/Sections/dite_pccb/docs/bits_germany.pdf)  
(Stand: 05.02.2014).

### **ÜNB 2014**

Übertragungsnetzbetreiber: Informationsplattform Netz-  
transparenz, 2014. [www.netztransparenz.de](http://www.netztransparenz.de) (Stand:  
21.03.2014).

### **Wilke 2011**

Wilke, M.: Feed-In Tariffs for Renewable Energy and WTO  
Subsidy Rules, International Centre for Trade and  
Sustainable Development (ICTSD) Issue Paper Nr. 4,  
November 2011.

## Zitierte Gesetze, Richtlinien und Entscheidungen

### **AEUV**

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV): Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 115 vom 09.05.2008.

### **BMWi 2008**

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie:  
Deutsches Modellübereinkommen für bilateralen Investitionsschutz, German Model BIT von 2008, <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (Stand: 05.02.2014).

### **Bundesrat 2013**

Bundesrat: Empfehlungen der Ausschüsse, Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts. Bundesrats-Drucksache 447/13 vom 24.06.2013, S. 27 zu Art. 2.

### **ECHVertr 1997**

Vertrag über die Energiecharta (ECHVertr): Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1997 II S. 5, Art. 13, 1997.

### **EuG 1995**

EuG, Rs. T-459/93, Slg. 1995, II-1675, Rn. 48 – Siemens SA/Kommission.

### **EuG 2008**

EuG, Rs. T-73/04, Slg. 2008, II-2661, Rn. 70 – Carbone-Lorraine/Kommission.

### **EuG 2010**

EuG, Rs. T-396/08, Slg. 2010, II-141, Rn. 46-48 – Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt/Kommission.

### **EuGH 2001**

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

### **EuGH 2003**

EuGH, Rs. C-261/01, Slg. 2003, I-12272 – Van Calster u.a.

### **EuGH 2004**

EuGH, Rs. C-159/01, Slg. 2004, I-4461, Rn. 43 – Niederlande/Kommission.

### **EuGH 2006**

EuGH, Rs. C-88/03, Slg. 2006, I-7115, Rn. 80 – Portugal/Kommission.

### **EuGH 2008**

EuGH, Rs. C-206/06, Slg. 2008, I-5497 ff. – Essent Netzwerk Noord BV.

### **EuGH 2011**

EuGH, Rs. C-279/08 P, Slg. 2011, I-7671, Rn. 62 – Kommission/Niederlande.

### **EuGH 2013a**

EuGH, Rs. C-677/11 – Doux Élevage. Urteil vom 30.05.2013.

### **EuGH 2013b**

EuGH, Rs. C-284/12 – Deutsche Lufthansa/Ryanair. Urteil vom 21.11.2013.

### **EuGH 2013c**

EuGH, Rs. C-262/12 – Vent De Colère. Urteil vom 19.12.2013.

### **Europäische Kommission 2008**

Europäische Kommission: Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) Nr. C 82/1 vom 01.04.2008.

### **Europäische Kommission 2013**

Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission – Verfahren bezüglich der Durchführung der Wettbewerbspolitik – Staatliche Beihilfe SA.34045 (2012/C) (ex 2012/NN) – Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen (§19 StromNEV), Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) Nr. C 128 vom 4.5.2013.

### **Europäische Kommission 2014a**

Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission – Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, Nr. C (2013) 4424 final vom 18.12.2013, Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) Nr. C 37/37 vom 07.02.2014.

### **Europäische Kommission 2014b**

Europäische Kommission: Arbeitspapier der Dienststellen der GD Wettbewerb – Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020. [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_state\\_aid\\_environment/draft\\_guidelines\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/draft_guidelines_de.pdf) (Stand: 05.02.2014).

### **EUV**

Verträge über die Europäische Union (EUV), Konsolidierte Fassung, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C 83 vom 30.03.2010.

**ICSID 2003a**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States, ICSID ARB (AF)/00/2, 29.5.2003, Ziff. 116, 2003.

**ICSID 2003b**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Final Award, 16.09.2003, Ziff. 8.6, 2003.

**ICSID 2006**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): LG&E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic, ICSID No. ARB/02/01, Decision on Liability, 3.10.2006, Ziff. 188, 2006.

**ICSID 2007a**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Semptra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28.09.2007, Ziff. 284, 2007.

**ICSID 2007b**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19.01.2007, Ziff.278, 2007.

**ICSID 2011**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31.10.2011, Ziff.237-240, 2011.

**ICSID 2012**

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi [II], ICSID Case No. ARB/01/2, Award, 21.06.2012, Ziff. 194, 2012.

**Richtlinie 2009/28/EG**

Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 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, Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) Nr. L 140/16 vom 05.06.2009.

**Richtlinie 2009/72/EG**

Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) Nr. L 211 vom 13.07.2009.

**StromNEV**

Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) V. v. 25.07.2005: BGBl. I S. 2225; zuletzt geändert durch Artikel 2 V. v. 14.08.2013 BGBl. I S. 3250.

**UNCITRAL 2000**

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 26.06.2000, Ziff. 100, 2000.

**UNCITRAL 2001**

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 03.09.2001, Ziff. 200, 2001.

**UNCITRAL 2006**

Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006, Ziff. 254-255, 2006.

**UNCITRAL 2007a**

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): BG Group Plc. v. Republic of Argentina, UNCITRAL, 24.12.2007, Ziff. 267, 2007.

**UNCITRAL 2007b**

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): BG Group Plc. v. Republic of Argentina, UNCITRAL, 24.12.2007, Ziff. 268, 2007.

**WTO 1999**

Welthandelsorganisation (WTO): The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Cambridge University Press, UK, 1999.

**WTO 2012**

Welthandelsorganisation (WTO): Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Entscheidung des Streitschlichtungsausschusses (Panel) vom 19.12.2012, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012.

**WTO 2013**

Welthandelsorganisation (WTO): Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Berichte der Überprüfungsinstanz (Appellate Body) zu den Beschwerden Japans und der EU vom 06.05.2013, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 2013.

## Über das Akademienprojekt

Mit der Initiative „Energiesysteme der Zukunft“ geben acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften, die Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und die Union der deutschen Akademien der Wissenschaften Impulse für eine faktenbasierte Debatte über Herausforderungen und Chancen der Energiewende in Deutschland. Acht Arbeitsgruppen (AGs) bündeln fachliche Kompetenzen und identifizieren relevante Problemstellungen. Interdisziplinär zusammengesetzte Ad-hoc-Gruppen erarbeiten Handlungsoptionen zur Umsetzung einer sicheren, bezahlbaren und nachhaltigen Energiewende.

Auf Basis folgender Grundsätze stellt das Akademienprojekt System- und Orientierungswissen für Entscheidungen im Rahmen des Gemeinschaftswerks Energiewende bereit:

### Die Energieversorgung unseres Landes ist ein komplexes System

Rohstoffe und Ressourcen, Technologien, Ökonomie, Gesellschaft und Recht: Im Energiesystem gibt es vielfältige, sektorübergreifende Wechselwirkungen. Werden sie nicht ausreichend berücksichtigt, können punktuelle Eingriffe paradoxe und unbeabsichtigte Folgen haben. Ein umsichtiger Umbau der Energieversorgung braucht daher Systemverständnis. Dieses muss gemeinschaftlich und mit höchstem wissenschaftlichem Anspruch erarbeitet werden. Den Masterplan für die Energiewende kann es jedoch nicht geben. Die Energiewende bedeutet nämlich die stetige Transformation des Energiesystems in all seiner Dynamik.

### Der Sinn der Energiewende ist Nachhaltigkeit

Daher müssen wir uns darauf verständigen, welche Kriterien für eine nachhaltige Energieversorgung gelten sollen und wie Fortschritte in Richtung Nachhaltigkeit gemessen werden können. Im Energiekonzept der Bundesregierung bilden Versorgungssicherheit, Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit das Zieldreieck einer nachhaltigen Energieversorgung. Sozialverträglichkeit und Gerechtigkeit müssen angemessen berücksichtigt werden. Um festzustellen, ob diese Ziele gleichwertig oder unterschiedlich zu gewichten sind, braucht das Land eine Wertediskussion und gute Verfahren für den Umgang mit Wertekonflikten.

### Wissenschaft erarbeitet Gestaltungsoptionen

Auf Basis wissenschaftlich fundierter Gestaltungsoptionen können Akteure aus Politik, Wirtschaft und Zivilgesellschaft sachlich begründete, ethisch verantwortbare und politisch umsetzbare Entscheidungen treffen. Im Unterschied zu Handlungsempfehlungen, die einen bestimmten Vorschlag in den Mittelpunkt rücken, beschreiben Optionen, mit welchen Konsequenzen zu rechnen ist, wenn man sich für das eine oder andere Vorgehen entscheidet. So kann Wissenschaft aufzeigen, welche Vor- und Nachteile nach dem besten Stand des Wissens mit jeder Lösung verbunden sind. Der Umgang mit Zielkonflikten und der immer verbleibenden Unsicherheit im Entscheidungsprozess aber ist eine politische Aufgabe, die im Dialog mit den gesellschaftlichen Gruppen zu bewältigen ist.



## Mitwirkende des Projekts

### Arbeitsgruppen des Projekts

AG Ausgangssituation	AG Recht	AG Technologien
AG Gesellschaft	AG Ressourcen	AG Umsetzungsoptionen
AG Ökonomie	AG Szenarien	

### Arbeitsgruppe Recht

Die vorliegende Analyse wurde von der Arbeitsgruppe Recht erarbeitet.

em. Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum (AG-Leiter)	Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg
Prof. Dr. Ulrich Büdenbender	Technische Universität Dresden
Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz	Universität Bonn
Prof. Dr. Wolfgang Löwer	Universität Bonn
Prof. Dr. Markus Ludwigs	Universität Würzburg
Prof. Dr. Marian Paschke	Universität Hamburg
Prof. Dr. Peter-Tobias Stoll	Universität Göttingen

### Wissenschaftlicher Referent

Philipp Großkurth	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
-------------------	---

## Institutionen und Gremien

### Beteiligte Institutionen

acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften (federführend)

Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina

Union der deutschen Akademien der Wissenschaften

### Steuerkreis

Der Steuerkreis koordiniert die Arbeit in acht interdisziplinären, thematischen Arbeitsgruppen.

Prof. Dr. Robert Schlögl (Vorsitzender)	Fritz-Haber-Institut der Max-Planck-Gesellschaft und Max-Planck-Gesellschaft für Chemische Energiekonversion
Prof. Dr. Peter Elsner	Fraunhofer-Institut für Chemische Technologie
Prof. Dr. Armin Grunwald	Institut für Technikfolgenabschätzung und Systemanalyse, Karlsruher Institut für Technologie
Prof. Dr. Peter Herzig	Helmholtz-Zentrum für Ozeanforschung Kiel
Prof. Dr. Ortwin Renn	Universität Stuttgart, Institut für Sozialwissenschaften, Abteilung für Technik- und Umweltsoziologie
Prof. Dr. Christoph M. Schmidt	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
Prof. Dr. Ferdi Schüth	Max-Planck-Institut für Kohlenforschung



em. Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum	Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg
Prof. Dr. Eberhard Umbach	Karlsruher Institut für Technologie

### Kuratorium

Das Kuratorium verantwortet die strategische Ausrichtung der Projektarbeit.

Prof. Dr. Reinhard Hüttl (Vorsitzender)	acatech Präsident
Prof. Dr. Jörg Hacker	Präsident Leopoldina
Prof. Dr. Günter Stock	Präsident Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften
Prof. Dr. Bärbel Friedrich	Vizepräsidentin Leopoldina
Prof. Dr. Hanns Hatt	Präsident Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften und der Künste
Prof. Dr. Jürgen Gausemeier	Mitglied acatech Präsidium
Prof. Dr. Andreas Löschel	Leiter Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung und Vorsitzender der Expertenkommission zum Monitoring-Prozess „Energie der Zukunft“
Prof. Dr. Klaus Töpfer	Exekutivdirektor Institute for Advanced Sustainability Studies
Dr. Georg Schütte (Gast)	Staatssekretär Bundesministerium für Bildung und Forschung
Rainer Baake (Gast)	Staatssekretär Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Dr. Ingrid Wüning Tschol (Gast)	Bereichsdirektorin „Gesundheit und Wissenschaft“ Robert-Bosch-Stiftung

### Projektkoordination

Dr. Ulrich Glotzbach	Leiter der Koordinierungsstelle, acatech
----------------------	--

## Rahmendaten

### Projektlaufzeit

04/2013 bis 02/2016

### Finanzierung

Das Projekt wird vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (Förderkennzeichen EDZ 2013) und der Robert-Bosch-Stiftung gefördert.

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium  
für Bildung  
und Forschung

Robert Bosch **Stiftung**





### **Koordinierungsstelle:**

Dr. Ulrich Glotzbach  
Leiter der Koordinierungsstelle Energiesysteme der Zukunft  
Unter den Linden 14, 10117 Berlin  
Tel.: +49 (0)30 206 3096 14  
E-Mail: [glotzbach@acatech.de](mailto:glotzbach@acatech.de)

**Schriftenreihe Energiesysteme der Zukunft**

ISBN: 978-3-9817048-0-8