

EEG-Ausgleichsmechanismus, stromintensive Unternehmen und das Europarecht

*Felix Ekardt / Larissa Steffenhagen** (JbUTR 2011, 319 ff.)

Übersicht

- I. Das EEG 2009 und der Ausgleichsmechanismus
 1. Grundstrukturen des EEG-Ausgleichsmechanismus
 2. Grundstrukturen des besonderen Ausgleichs für stromintensive Unternehmen
- II. Zur Vereinbarkeit des besonderen Ausgleichs für stromintensive Unternehmen mit dem europäischen Unionsrecht
 1. Zur Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht – liegt überhaupt eine Beihilfe vor?
 - a) Gewährter Vorteil
 - b) Selektivität
 - c) „Staatlichkeit“ des Finanzflusses beim Ausgleichsmechanismus?
 - (1) Grundsatz: unmittelbare und mittelbare staatliche Finanzierung ist eine Beihilfe
 - (2) Staatliche Zurechenbarkeit des Finanzflusses
 - d) Andere Beurteilung der „Staatlichkeit“ wegen Vorliegens einer parafiskalischen Abgabe in Gestalt der EEG-Umlage selbst?
 - (1) Auffassung des EuGH
 - (2) Auffassung der Kommission
 - e) Andere Beurteilung von „Vorteil“/ „Selektivität“/ „Staatlichkeit“ wegen Vorliegens einer parafiskalischen Abgabe in Gestalt des besonderen Ausgleichs?
 - f) Hilfsweise: Rechtfertigung einer etwaigen Beihilfe

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Umweltrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock und leitet die Forschungsgruppe Nachhaltigkeit und Klimapolitik (www.sustainability-justice-climate.eu), in der Dipl.-Jur. Larissa Steffenhagen bei ihm zum Emissionshandel promoviert. Dipl.-Jur. Bettina Hennig ist für Diskussionen und wichtige Anmerkungen zu danken.

2. Vereinbarkeit des besonderen Ausgleichsmechanismus für stromintensive Unternehmen mit der Warenverkehrsfreiheit?
 - a) Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit
 - b) Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit
 - (1) Bestehen eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit?
 - (2) Hilfsweise: Rechtfertigung eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit
 - c) Exkurs: Vereinbarkeit mit Art. 30 AEUV bzw. Art. 110 AEUV

Am 27.05.2009 beschloss das Bundeskabinett eine Verordnung zur Konkretisierung der §§ 40 ff. des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG), welcher sodann der Bundestag am 02.07.2009 zugestimmt hat. §§ 40 ff. EEG und die AusglMechV regeln einen besonderen Ausgleichsmechanismus, mit dem stromintensiven Unternehmen wirtschaftliche Nachteile im internationalen Wettbewerb erspart werden sollen, welche durch die klimapolitisch motivierte Erneuerbare-Energien-Förderung vielleicht entstehen könnten. Der vorliegende Beitrag analysiert, inwieweit eine solche Regelung mit dem Unionsrecht – konkret mit dem Beihilfenregime sowie der Warenverkehrsfreiheit – vereinbar ist. Im Ergebnis werden sich dabei keine Verstöße ergeben. Fraglich ist bereits, ob überhaupt der Tatbestand der unionsrechtlichen Normen beeinträchtigt ist; jedenfalls eine Rechtfertigung des besonderen Ausgleichs wird sich unionsrechtlich aber als möglich erweisen. Ebenso werden sich gegen die neu gestaltete EEG-Umlage als solche keinen unionsrechtlichen Bedenken ergeben.

I. Das EEG 2009 und der Ausgleichsmechanismus

1. Grundstrukturen des EEG-Ausgleichsmechanismus

Aus existenziellen, friedenspolitischen und ökonomischen Gründen wird eine entschlossene Klimapolitik mehr und mehr zu einem zentralen Anliegen.¹ Da der Klimawandel primär durch eine Übernutzung fossiler Brenn-

¹ Vgl. zur grundsätzlichen Debatte *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und

stoffe in allen Lebensbereichen verursacht wird, sind mehr Energieeffizienz, Suffizienz und ein massiver Ausbau erneuerbarer Energien – bei gleichzeitiger Zurückdrängung der fossile Brennstoffe durch einschneidende Treibhausgasreduktionsziele – wesentliche politische Leitlinien. Speziell die Erneuerbare-Energien-Förderung im Strombereich durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) war in Deutschland bislang sehr erfolgreich. Mit Novellierung des EEG, die Anfang 2009 in Kraft trat, wird nunmehr das Ziel verfolgt, den Anteil erneuerbarer Energien (EE) an der Stromversorgung bis zum Jahr 2020 auf mindestens 30 % zu erhöhen.² Dazu enthält das EEG eine Abnahme-, Festvergütungs- und Weiterleitungspflicht für Strom aus EE. Gleichzeitig soll freilich eine Abwanderung stromintensiver Unternehmen ins Ausland verhindert werden. Die optimale Lösung zur Ausgestaltung dieses Interessenausgleichs wäre an sich (a) entweder ein umfassendes globales Klimaabkommen oder (b) eine (durchaus auch energischere) europäische Klimapolitik plus Border Adjustment („Ökozoll“) für Im- und Exporte an den EU-Außengrenzen, um die EE-bedingte (und ggf. auch die sonstige klimapolitisch bedingte) Stromkostendifferenz zu Ländern mit schwächerer Klimapolitik auszugleichen. So wäre das Wettbewerbsfähigkeitsproblem gelöst, ohne klimapolitische Kompromisse hinzunehmen.³ Zwar macht das EEG einen solchen Kompromiss nicht hinsichtlich der EE-Förderung; diese wird schlicht anstelle der stromintensiven Unternehmen von anderen, nämlich von der Gesamtheit der Verbraucher, bezahlt. Die darin liegende Prämierung einer stromintensiven Tätigkeit beseitigt jedoch einen klimapolitisch interessanten Nebeneffekt des EEG: die (wenn auch nicht starke) Verteuerung des EE-Stroms für solche Unternehmen, die als Verhaltensanreiz zugunsten einer sparsameren und effizienteren Energieeinsatzes wirken kann.

In Ermangelung eines europäischen⁴ Border Adjustments hat der deutsche Gesetzgeber – ebenso wie in einigen anderen EU-Mitgliedstaaten⁵ – bisher

Welthandel, 2011; *Ekardt*, Cool Down: 50 Irrtümer über unsere Klima-Zukunft – Klimaschutz neu denken, 2009.

² Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 18.02.2008, (BT-Drs. 116/8148, S. 1).

³ Zur Ausgestaltung und zur WTO-rechtlichen Zulässigkeit vgl. *Ekardt/Schmeichel*, Critical Issues in Environmental Taxation 2009, S. 737 ff.

⁴ Zölle fallen grundsätzlich in die unionsrechtliche, nicht in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit.

⁵ Streng genommen ist die rechtlich handelnde Entität meist die EG; in Anlehnung an

einen anderen Weg beschritten. Zur Erreichung des angesprochenen Interessenausgleichs zwischen klimapolitischen und wettbewerbsfähigkeitsbezogenen Erwägungen besteht eine besondere Kompensation für stromintensive Unternehmen in §§ 40-44 EEG. Zur Konkretisierung dessen sieht § 64 Abs. 3 EEG die Möglichkeit vor, dass die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestages Rechtsverordnungen in Bezug auf infolge der Umstellung des Wälzungsmechanismus notwendige Änderungen des besonderen Ausgleichs erlassen kann. Dies wurde in der Verordnung der Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus umgesetzt. Bisher wie auch weiterhin unter dem EEG wird der bundesweite Ausgleich für die Kosten für Strom aus erneuerbaren Energien ja geprägt von einer Umverteilung der entstehenden Vergütungskosten im gesamten Bundesgebiet. Dieses Prinzip des bundesweiten Ausgleichs besteht so bereits seit Beginn des EEG. Die nunmehr in §§ 40-44 EEG enthaltene Regelung sollte auf Verordnungsebene klarer geregelt werden. Die Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (im Folgenden AusglMechV) sieht dabei freilich eine zentrale Veränderung bei der physikalischen Weitergabe von dem nach dem EEG vergüteten Strom vor.⁶ Eine derartige Veränderung soll im Bereich der Abnahmeverpflichtungen der Energieversorger (§ 1 AusglMechV) stattfinden. Bisher kam es aufgrund der physikalischen Weiterleitung des Stroms zugleich zu einem Kostenwälzungsprozess für den EEG-Strom Anteil, der geprägt war von kostspieligen Prognosen für die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) im Bereich der EEG-Veredelungen⁷, die auch wirtschaftlichen Unsicherheiten bergen. Weiterhin war der bundesweite Ausgleich nur bedingt durchsichtig für die Verbraucher, was stets zu Unsicherheiten hinsichtlich des Preises führte. Dem soll nun im Wege der Verordnung entgegengewirkt werden, unter gleichzeitiger Garantie einer gerechten gesamtdeutschen Verteilung der Kosten für nach dem EEG vergüteten Strom. Dies legt freilich eine – neue – Prüfung nahe, ob das Regularium insbesondere mit dem europäischen Primärrecht in Ein-

einen sich einbürgernden Sprachgebrauch sprechen wir häufig gleichwohl von EU.

⁶ Dies wird auch hervorgehoben bei *Schütte*, ZUR 2009, S. 338 ff.; *Jarass/Voigt*, EurUP 2009, S. 300 ff.

⁷ Die ÜNB hatten die Aufgabe, die stark schwankende EEG-Einspeisung aufzunehmen, zu einem durchgehenden Monatsband zu „veredeln“ und dieses Band an die Lieferanten zu liefern, die dieses wiederum in ihre monatliche Beschaffung fest einplanen. Dazu wird die aktuell produzierte EEG-Menge zur Basis genommen, wobei bei Abweichung der prognostizierten Menge musste der ÜNB fehlende oder überschüssige Energiemengen an- bzw. verkaufen.

klang steht.

Nach § 16 EEG besteht für die Netzbetreiber eine Abnahmeverpflichtung für Strom aus Erneuerbaren Energien. Die Vergütung des Stroms betrifft die Netzbetreiber unterschiedlich; denn je nach den Standortvorteilen besteht eine unterschiedliche Rentabilität und damit eine unterschiedliche Häufung von EE-Anlagen. Deshalb sieht das EEG einen bundesweiten Ausgleich jener EEG-Stromkosten auf alle Stromvertriebsunternehmen gleichermaßen vor. Diesen bisher fünfstufigen Ausgleich konkretisiert und – dies ist wichtig – modifiziert die AusglMechV. Beibehalten wird dabei, dass das Grundverhältnis schuldrechtlicher Art ist.⁸ Auf der *ersten Stufe* – als Grundvoraussetzung – befindet sich eine Anschlusspflicht der Anlage für den Netzbetreiber (§ 5 Abs. 1 EEG), verbunden mit gleichzeitiger Abnahmeverpflichtung für den gesamten Strom jener Anlage (§ 8 EEG), was zugleich eine entsprechende Vergütungspflicht des Netzbetreibers auslöst (§§ 16 ff., 23 ff. EEG). Die jeweilige Vergütungshöhe steht in Abhängigkeit der Art und der Leistung der Anlage (§ 18 Abs. 1 EEG). Der Netzbetreiber ist auf der *zweiten Stufe* wiederum nach § 34 EEG verpflichtet, dem jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) der entsprechenden Regelzone den Strom zu übertragen. Im Gegenzug erhält der Netzbetreiber gegenüber dem ÜNB einen Entschädigungsanspruch nach § 35 EEG, sodass dem Netzbetreiber seine Kosten durch eine entsprechende Vergütung ersetzt werden. Diesen Prozess bezeichnet man als Aufwärtswälzung der Kosten. Auf der darauf folgenden *dritten Stufe* erfolgt bisher ein horizontaler Ausgleich, wonach die vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber ihre Abnahme und ihre Kosten für EEG-Strom vergleichen und ein Ausgleichsanspruch eingeräumt wird, sodass letztlich jeder der Übertragungsnetzbetreiber nahezu den gleichen Anteil von EE-Strom aufgenommen und damit auch vergütet hat.⁹ Auf *vierter Stufe* erfolgt eine Abwärtswälzung der Kosten. Die Übertragungsnetzbetreiber übertragen nämlich gemäß § 36 Abs. 4 EEG den Strom an die jeweils regional zuständigen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) gegen entsprechende Vergütung, welche den Anteil für EEG-Strom beinhaltet (§ 37 EEG). Zuletzt erfolgt die Weitergabe des EE-Stroms und damit auch die angefallenen Kosten an die Letztverbraucher durch die EVU. Deren Vermarktungswege richten sich dabei letztlich nach individuellen

⁸ Darauf hinweisend *Oschmann*, NJW 2009, S. 263 (264).

⁹ *Oschmann*, ZNER 2006, S. 304 (305); *Oschmann*, NJW 2009, S. 263 (264); *Oschmann*, NVwZ 2004, S. 910 (914).

Stromlieferverträgen.¹⁰

Bisher waren sehr kostspielige EEG-Veredelungsprozesse auf der dritten Stufe erforderlich, damit die ÜNB den EEG-Strom in einer EEG-Pauschale darstellen können. Die Erstellung der dabei erforderlichen so genannten Monatsbänder implizierte einerseits eine erhebliche Kostenbelastungen für die ÜNB, was letztlich auch den Gesamtpreis für die Netzentgelte steigen ließ, und andererseits Berechnungsprobleme, da die zu verkaufenden Monatsbänder stets auf Prognosen vom Vorjahr basierten, was zugleich einen hohen Mangel an Transparenz beinhaltete.¹¹ Die AusglMechV schafft diesen aufwendigen und undurchsichtigen Wälzungsprozess insoweit (die reine EEG-Regelung modifizierend) ab. Künftig sollen die weiterhin abnahmeverpflichteten ÜNB den EEG-Strom selbst am Spotmarkt einer Strombörse (z.B. an der European Energy Exchange/ EEX) veräußern (§ 2 Abs. 1 und 2 AusglMechV), sodass die Abwärtswälzung nicht mehr in ihrer bisherigen Form stattfindet. Die ÜNB können entweder durch Gründung einer allein auf die Vermarktung des Stroms gerichtete gemeinsamen Gesellschaft oder auch alleine den Strom am Spotmarkt vermarkten. Dabei besteht keine Bindung an genau *eine* Strombörse; lediglich die Teilnahme am vortäglichen (Day-ahead-Handel) oder untertäglichen (intra-day-Handel) ist als Spotmarkt vorgegeben (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 AusglMechV).¹² An der Börse würde insoweit kein gesonderter EE-Strom gehandelt werden, sondern ein „Strommix“ – so wie er faktisch in den Leitungen vorhanden ist. Es soll folglich keine physikalische Weiterleitung des nach dem EEG vergüteten Stroms mehr stattfinden. Allerdings ist zu erwarten, dass der Verkaufserlös am Spotmarkt *unter* den durchschnittlich gezahlten Vergütungen gegenüber den Anlagenbetreibern liegt; gerade deshalb gibt es ja das EEG-System der Festvergütungen für EE. Diese für den ÜNB nachteiligen Preisdifferenzen kann, er wiederum anteilig von den EVU, welche weiterhin den Strom an die Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern, in Form einer EEG-Umlage nach § 3 AusglMechV erstattet verlangen. Dabei beruht diese

¹⁰ BAFA, IV.2, Zusatzinformation zum Prinzip der EEG-Umlage Rahmenbedingungen und Funktionsweise der besonderen Ausgleichsregelung nach §§ 40 ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009, 19.03.2009, S. 3, siehe http://www.bafa.de/bafa/de/energie/besondere_ausgleichsregelung_eeg/merkblaetter/zusatzinformation_iv_2.pdf.

¹¹ Vgl. Referentenentwurf für die Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV-Referentenentwurf), 20.05.2009, Begründung zu § 1, S. 19.

¹² Kritsch bzgl. der Novellierung und der reinen Börsenvermarktung: Jarass/Voigt, EurUP 2009, S. 300 (302 f.).

EEG-Umlage einerseits auf den prognostizierten Einnahmen und Ausgaben für das kommende Kalenderjahr (§ 3 Abs. 2 Nr.1 AusglMechV) und andererseits auf der Differenz der Einnahmen und Ausgaben des letzten Jahres zum Zeitpunkt der Berechnung. Im Interesse hoher Transparenz bestehen besondere Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten nach § 7 AusglMechV, der vollumfänglich auf die §§ 45 ff. EEG verweist.¹³ Da die EEG-Umlage jedoch bundesweit einheitlich hoch sein soll, besteht die Möglichkeit, dass die ÜNB die Bilanzierung gemeinsam durchführen, oder dass die Bundesnetzagentur eine gemeinsame Bilanz auf Basis der nach § 7 Abs. 4 AusglMechV veröffentlichten Daten der ÜNB zur Ermittlung der EEG-Umlage nach § 10 Abs. 1 erstellt (§ 10 Abs. 2 AusglMechV). Zum Ersatz der Differenz zwischen zu vergüteten EE-Strom nach § 16 ff. und §§ 23 ff. EEG und dem Börsenerlös, besteht für die ÜNB ein Anspruch auf die EEG-Umlage gegenüber den EVU (§ 3 Abs. 1 AusglMechV). Insoweit besteht im Gegensatz zu der physikalischen Weiterleitung des EEG-Stroms nach den §§ 34 ff. EEG dann nur noch ein finanzieller Ausgleichsanspruch, der den ÜNB zukommen soll.¹⁴ Die ÜNB können weiterhin nachgeschaltet Ausgleichsansprüche untereinander geltend machen nach § 3 Abs. 6 S. 3 AusglMechV i.V.m. § 36 Abs. 1-3 EEG. Damit findet ein Horizontalausgleich wie zuvor statt, sofern die ÜNB nicht ohnehin beim Stromverkauf zusammen als Vermarktungsgesellschaft agiert haben. Die Kosten für die Vergütung des EE-Stroms soll also künftig in Form einer EEG-Umlage bundesweit verteilt werden, indem alle EVU letztlich die zu zahlende EEG-Umlage den ÜNB zu erstatten haben, sie aber zugleich auf den Strompreis als solchen beim Endkunden geltend machen können.¹⁵

2. Grundstrukturen des besonderen Ausgleichs für stromintensive Unternehmen

Von alledem ist der besondere Ausgleich für stromintensive Unternehmen zu unterscheiden. Die steigenden, wenngleich nach wie vor geringen EEG-Kosten im Strompreis¹⁶ führten bereits im EEG 2000 – noch unter dem

¹³ Vgl. AusglMechV-Referentenentwurf, S. 23. Insofern wird auch jeder ÜNB verpflichtet, seine EEG-Umlage im Internet bis zum 15.10. jeden Jahres zu veröffentlichen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 AusglMechV).

¹⁴ <http://www.blogspan.net/presse/verordnung-sorgt-fur-mehr-effizienz-und-transparenz/mitteilung/76897/>

¹⁵ Vgl. Schütte, ZUR 2009, S. 339; Jarass/Voigt, EurUP 2009, S. 300 (301).

¹⁶ Infolge der Abnahme-, Vergütungs- und Weiterleitungsverpflichtung haben die EVU

Begriff der Härtefallregelung – zu einer Privilegierung solcher Unternehmen aus Gründen der internationalen Wettbewerbsfähigkeit.¹⁷ Nach § 11a EEG 2000 konnten besonders stromintensive Gewerbe eine Begrenzung des Anteils für den nach dem EEG vergüteten Stroms erlangen, sofern sie einen Mindeststrombezug von mehr als 100 GW aufwiesen und Stromkosten mehr als 20 % der Bruttowertschöpfung des Unternehmens ausmachten. Darüber hinaus mussten sie eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit infolge der Stromkostenbelastung nachweisen. Sodann wurden jene Gewerbe mit hohem Stromverbrauch von dem Wälzmechanismus des EEG ausgespart. Diese „Rabatte“ wurden dann von den EVU auf die sonstigen nichtprivilegierten Endverbraucher umgelegt (da die Vergütungen der EE-Anlagenbetreiber ja refinanziert werden mussten). Mit der Novellierung des EEG 2004 wurde der Tatbestand dahingehend erweitert, dass bereits Unternehmen bei einem Stromverbrauch von mehr als 10 GW und Stromkosten von mehr als 15 % ihrer Bruttowertschöpfung eine Begrenzung geltend machen konnten. Dabei mussten diese Unternehmen nur 10 % Selbstbehalt an dem EEG-Stromanteil zahlen. Im Jahre 2006 erfolgte eine zusätzliche Ausweitung, indem die Deckelregelung ersatzlos entfiel: Diese Regelung sah ursprünglich vor, dass die Nichtprivilegierten derart geschützt wurden, dass die Gesamtentlastung nicht mehr als 10 % der Gesamtverteilungsmenge ausmachen durfte.

Die jetzigen §§ 40-44 EEG sehen gleichartige Begrenzungsbestimmungen für stromintensives Gewerbe vor, wonach Unternehmen des produzierendes Gewerbes mit hohem Stromverbrauch oder Schienenbahnen die Möglichkeit erhalten, nur begrenzte Mengen des EEG-Stroms kostenmäßig zu tragen. Mittels eines Antrages beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) kann der Anteil des nach § 37 EEG zu vergütenden Stroms gegenüber den EVU auf 0,05 ct/kWh begrenzt werden (§§ 40 Abs. 2, 41 EEG¹⁸ i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AusglMechV). Selbige Begrenzung wird den Schienenbahnen gemäß § 42 EEG zuteil. Dieser privilegierte Kreis konnte

ihre Endkunden im Jahre 2000 ca. 3 % mit EEG-Strom versorgt, welchen sie wiederum von den Übertragungsnetzbetreibern abnehmen mussten. Diese Zahlen stiegen jährlich fast um ein Prozent, sodass die Durchschnittsvergütung von ursprünglich 8,50 ct/kWh 2000 bereits 2005 bei 10,50 % Anteil mit 9,53 ct/kWh bemessen werden konnte, vgl. *Brodowski*, Der Belastungsausgleich im EEG und KWKG im Rechtsvergleich, 2007, S. 153.

¹⁷ Siehe ausdrücklich BT-Drs. 16/8148, S. 65.

¹⁸ BT-Drs. 16/8148, S. 64; *Salje*, EEG – Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, 5. Aufl. 2009, § 40 Rn. 1.

früher seinen Strombedarf noch zu einem größeren Teil – im Vergleich zu den nicht von §§ 40 ff. EEG erfassten Unternehmen. – aus den konventionellen Energiequellen aufgrund der physikalischen Wälzungsprozesse ziehen¹⁹, wobei dann der damit nicht weitergereichte EEG-Strom und auch Vergütungsanteil auf die übrigen Endabnehmer verteilt wurde.²⁰ Da die AusglMechV die Vergütung für EE-Strom nach § 37 EEG entfallen lässt, erfolgt nun die Kostenweiterreichung über eine reine EEG-Umlage. Demzufolge kann keine anteilige Begrenzung der Strommenge nach § 37 EEG vorliegen, sondern nur die Höhe der EEG-Umlage kann auf Antrag hin gemäß § 6 Abs. 1 Nr.1 AusglMechV auf 0,05 ct/kWh begrenzt werden. Dies bedeutet zugleich mehr Planungssicherheit, da nicht mehr ein Richtwert, der für das jeweilige Unternehmen auf Grundlage einer Prognose seitens des BAFA bestimmt wurde und mithin schwanken konnte, die Belastungsreduktion bestimmt.²¹ Eine andere Frage ist, wie sich diese Änderung unionsrechtlich auswirkt.

Der Vollständigkeit halber seien die Antragsvoraussetzungen für stromintensive Unternehmen kurz zusammengefasst. Die erforderlichen Voraussetzungen stehen und fallen zunächst mit einem fristgerechten Antrag bis zum 30.06. jeden Jahres bei dem BAFA (welches übrigens ohne Ermessensspielraum tätig wird²²). Ansonsten muss ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes (oder ein Schienenunternehmen) vorliegen; solche Gewerbe sind unter Hinweis auf das Gesetz über die Statistik im produzierenden Gewerbe (ProdGewStatG) den Bergbau, die Gewinnung von Steinen und Erden, das verarbeitende Gewerbe sowie die Energie- und Wasserversorgung als auch das Baugewerbe; ausgenommen sind demnach Handelsunternehmen, Handwerksbetriebe und handwerksähnliche Unternehmen.²³ Voraussetzung für den besonderen Ausgleich ist ferner, dass die Mindestverbrauchsstrom-

¹⁹ *Spnrath/Joseph*, BB 2008, S. 1518 (1518); *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Information zur Anwendung von § 16 EEG, Stand: 04.01.2007, S. 3-6.

²⁰ BT-Drs. 16/8148, S. 64; *BAFA*, IV.2., S. 3.

²¹ AusglMechV-Referentenentwurf, S. 29.

²² Vgl. *Spnrath/Joseph*, BB 2008, S. 1518 (1518).

²³ *BAFA*, II A. Merkblatt für Unternehmen des produzierenden Gewerbes Darlegung der gesetzlichen Regelungen nach §§ 40 ff. Erneuerbare-Energien-Gesetz 2009 für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, S. 4, http://www.bafa.de/bafa/de/energie/besondere_ausgleichsregelung_eeg/merkblaetter/merkblatt_ii_a.pdf. Erfasst sind auch selbständige Unternehmensteile, aber keine Unternehmenskooperationen; vgl. *Brodowski*, Belastungsausgleich, S. 157 f.; *Salje*, EEG-Kommentar, § 40 Rn. 8.

menge an *einer* Abnahmestelle bezogen wurde. Ferner müssen die vom Unternehmen bezogenen Mindeststromabnahmen von einem EVU mindestens 10 GW an *einer* Abnahmestelle vorweisen, wobei folglich Strommengen aus eigener Erzeugung bzw. aus dem Bilanzkreis eines Dritten nicht angerechnet werden können.²⁴ Weitere Voraussetzung zur Gewähr der Reduktion der EEG-Umlage, ist dass die Stromkosten 15-20 % der Bruttowertschöpfung des Unternehmens ausmachen. Dazu werden die Stromkosten des Unternehmens in Verhältnis zu der Bruttowertschöpfung²⁵ für das vergangene Kalenderjahr gesetzt, vgl. § 41 Abs. 1 Nr. 2 EEG. Nach der Gesetzesbegründung können unter Stromkosten „sämtliche für den Strombezug des Unternehmens entrichteten Kosten“²⁶ gefasst werden, wobei die Umsatzsteuer unberücksichtigt bleibt. Zur Vermeidung von missbräuchlicher Gewährung des besonderen Ausgleichs bestehen neben den besonderen Nachweispflichten allerdings Zertifizierungsverpflichtungen; § 41 Abs. 1 Nr. 4 EEG schreibt vor, dass Einsparpotenziale beim Betrieb des Unternehmens ausgeschöpft werden müssen, um einerseits das Augenmerk auf die unnötigen Kosten zu lenken andererseits auch um einen möglichen Missbrauch des Ausgleichs zu verhindern.²⁷

²⁴ BT-Drs. 16/8148, S. 65; BAFA, II A., S. 6; Salje, EEG-Kommentar, § 40 Rn. 7 und § 41 Rn. 15; gegenteilige Auffassung: Brodowski, Belastungsausgleich, S. 159. Neben der eigenen Abnahmeverpflichtung wird ebenso auch nur der Eigenverbrauch angerechnet (§§ 40 Abs. 2, 41 Abs.1 Nr. 1 EEG i.V.m. der AusglMechV). Als erforderliche Tatsachen zur Prognose der Vergütungssätze durch das BAFA werden genaue Aufstellungen des Stromverbrauchs des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres gefordert, wobei die ausgestellte Stromrechnung genügt, sofern sie die Form einer Wirtschaftsprüfer-Bescheinigung vorweist; vgl. Salje, EEG-Kommentar, § 41 Rn. 17. – Für neu gegründete Unternehmen besteht der Vorteil, dass sie sich die Regelung des § 43 EEG zunutze machen können, indem sich bei der Festsetzung eines Geschäftsjahres dem Turnus von dem EEG anpassen, um einen genauen und damit vermutlich höheren Stromverbrauch nachweisen zu können.

²⁵ BT-Drs. 16/8148, zu § 41 Abs. 1 Nr. 2, S. 65. Nach der Gesetzesbegründung wird zur Bestimmung des Begriffs Bruttowertschöpfung, der vom Statistischen Bundesamt in volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen verwendeten Begriff herangezogen. Folglich wird als Bruttowertschöpfung der Gesamtwert der im Produktionsprozess erzeugten Waren und Dienstleistungen am Markt (sog. Produktionswert), abzüglich des Wertes der Vorleistungen, also im Produktionsprozess verbrauchte, verarbeitete oder umgewandelte Waren und Dienstleistungen verstanden. Sofern die Stromkosten verhältnismäßig zu dem Bruttowertschöpfungsgehalt im vergangenen Geschäftsjahr überschritten, kann das Unternehmen eine Reduktion der EEG-Umlagekosten erlangen.

²⁶ BT-Drs. 16/8148, zu § 41 Abs. 1 Nr. 2, S. 65.

²⁷ Salje, EEG-Kommentar § 41 Rn. 53. Dieser Nachweis kann einerseits Beteiligung an

Im Ergebnis entfällt wie dargestellt die physikalische Stromweiterleitung zugunsten eines rein finanziellen Ausgleichs. Danach findet § 41 Abs. 1 Nr. 3 EEG keine Anwendung mehr, da keine Strommenge mehr nach § 37 Abs. 1 anteilig weitergeleitet und bezogen wird.²⁸ Stattdessen gilt nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 AusglMechV die Voraussetzung nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 des EEG als erfüllt, wenn das Unternehmen die EEG-Umlage anteilig an sein EVU gezahlt hat. Demzufolge besteht eine gesetzliche Fiktion, sofern das Unternehmen die EEG-Umlage gegenüber dem EVU erbracht hat, wobei zum Nachweis weiterhin § 41 Abs. 2 EEG heranzuziehen ist. Im Kontrast zu § 41 Abs. 1 Nr. 3 EEG besteht nach der AusglMechV auch keine anteilige Bezahlung mehr, da anstelle des bisherigen Prognosewertes von 0,05 ct/kWh nun nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AusglMechV die EEG-Umlage tatsächlich auf 0,05 ct/kWh begrenzt wird.

II. Zur Vereinbarkeit des besonderen Ausgleichs für stromintensive Unternehmen mit dem europäischen Unionsrecht

Fraglich ist nun, ob der besondere Ausgleich zugunsten stromintensiver Unternehmen mit dem europäischen Unionsrecht vereinbar ist. Die Reduktion der Stromkosten für die einschlägigen Unternehmen erfolgt zunächst einmal auf Kosten von Privaten, nämlich der Endkunden, indem der nicht gezahlte EE-Stromkostenanteil auf alle umgelegt wird. Jedoch trifft eine staatliche Stelle, nämlich das BAFA, die Entscheidung, ob das jeweilige Unternehmen in den Anwendungsbereich von §§ 40 ff. EEG fällt. Daher ist zu prüfen, ob diese Entscheidung wie eine womöglich gemäß Art. 107 AEUV (früher Art. 87 EG) verbotene Beihilfe wirken könnte bzw. ob eine Kollision mit der Warenverkehrsfreiheit vorliegt. Denn der besondere Ausgleich könnte eventuell einen wirtschaftlichen Vorteil für bestimmte deut-

einem freiwilligen Umweltmanagement im Rahmen einer EMAS-Registrierung oder auch durch Vorlage eines gültigen ISO 14001-Zertifikats erfolgen; vgl. *BAFA*, II A1. Unternehmensmerkblatt zur Zertifizierung des Energieverbrauchs und der Energieverbrauchsminderungspotenziale vom 27.03.2009, S. 7, Download unter: http://www.bafa.de/bafa/de/energie/besondere_ausgleichsregelung_ee/merkblaetter/untermerkblatt_ii_a_1.pdf; zu den Möglichkeiten des EMAS bzw. Öko-Audits vgl. *Ekardt*, Steuerungsdefizite im Umweltrecht, 2001, § 6.

²⁸ AusglMechV-Referentenentwurf, S. 28.

sche Unternehmen gegenüber EG-ausländischen stromintensiven Unternehmen herbeiführen.

1. Zur Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht – liegt überhaupt eine Beihilfe vor?

Hinter dem Beihilfenregime steht wie bei den Grundfreiheiten die Vorstellung, dass ein freier Markt Vorteile für Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen (Wohlstand) mit sich bringt (wenngleich dies nur im Falle hinreichend klarer Rahmenseetzungen so zutrifft²⁹). Das Beihilfenregime übernimmt, wie auch die Warenverkehrsfreiheit, durch Ausnahme- und Abwägungstatbestände die Aufgabe, einerseits die Vorteile eines freien Markts herbeizuführen, gleichzeitig aber Abwägungen, solange diese noch nicht auf europäischer Ebene sekundärrechtlich ausbuchstabiert wurden, mit bestimmten nationalstaatlichen Regelungen im Interesse anderer Rechtsgüter wie der Freiheitsvoraussetzung Umweltschutz zuzulassen. Die Kommission ist in jedem Fall der Ansicht³⁰, dass die Aufgabe der Beihilfenkontrolle bei umweltpolitischen Maßnahmen speziell darin liegt, sicherzustellen, dass eine staatliche Beihilfe zu Umweltbelastungen führt, die ohne die Beihilfe nicht eintreten würden und nicht die negativen Folgen, das heißt die Wettbewerbsverzerrungen, überwiegen. Beihilfen sind im Umweltsektor damit keinesfalls per se unerwünscht. Dies zeigt sich überaus deutlich daran, dass die Kommission bisher noch keine einzige Unvereinbarkeitsentscheidung getroffen hat. Die vorliegend speziell zu betonende Frage ist indes, ob mit §§ 40 ff. EEG und der AusgIMechV *überhaupt* der Tatbestand einer Beihilfe gegeben ist (erst dann würde sich die Rechtfertigungsfrage näher stellen).

Jedenfalls ist die Prüfung des Beihilfenregimes nicht durch eine abschließende – und dann als *lex specialis* vorrangige – Regelung des EG-Sekundärrechts ausgeschlossen. Hätte nämlich das Sekundärrecht die Abwägung etwa zwischen Wirtschaftsförderung und Umweltschutz bereits ausgestaltet, wäre für das allgemeine Beihilfen- oder auch Warenverkehrsfreiheitsregime

²⁹ Näher dazu *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Globalisierung und soziale Ungleichheit. Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009.

³⁰ Information der Kommission v. 01.04.2008, Leitlinien der Gemeinschaft für staatlichen Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2008, C 82/1, S. 1, Nr. 6; vgl. *Scheel*, DÖV 2009, S. 529 ff.

kein Raum mehr.³¹ In der EE-Richtlinie von 2001 sowie in der im Frühjahr 2009 verabschiedeten – noch nicht in nationales Recht umgesetzten – neuen EE-Richtlinie sind beispielsweise Förderinstrumente seitens der Mitgliedstaaten zur Erreichung einer intensiveren EE-Nutzung ausdrücklich erwähnt. Art. 4 EE-RL a.F. beispielsweise stellt indes ausdrücklich klar, dass weiterhin eine Beihilfenkontrolle der Mitgliedstaaten seitens der Kommission stattfinden wird; und es fehlt auch an einer abschließenden Harmonisierung der Förderregime durch das Richtlinienrecht.³² Insoweit sind EE-Förderinstrumente wie das EEG grundsätzlich einer Beihilfenkontrolle unterworfen.

Das grundsätzliche – für gerechtfertigte Ausnahmen offene – Beihilfenverbot nach Art. 107 AEUV stellt ein unbedingtes und unmittelbares Verbot gegenüber den Mitgliedstaaten auf. Der ständigen EuGH-Rechtsprechung³³ ist zu entnehmen, dass der Begriff der Beihilfe weiter ist als der der Subvention. Es werden nicht nur positive Leistungen, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form auftreten können, berücksichtigt, sofern sie eine Belastung, die ein Unternehmen grundsätzlich zu tragen hat vermindern.³⁴ Der Beihilfebegriff erfordert das Vorliegen vier Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen. Es muss (a) ein finanzieller Vorteil gewährt werden (b) durch eine selektive Maßnahme, die Finanzierung dieser Maßnahme muss (c) durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln erfolgen und (d) eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten auslösen, besonders durch das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung für die Privilegierung.³⁵

³¹ Näher dazu *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (179 ff. und 204).

³² Vgl. *Rusche*, ZNER 2007, S. 143 (143); *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (179 ff.).

³³ Rechtsprechung ist zwar nicht per se richtig, sondern entscheidet zunächst einmal nur den konkreten Rechtsfall (und auch dies kann bereits „falsch“ sein). Konkret der Beihilfenrechtsprechung wird im vorliegenden Beitrag gefolgt, da deren Grundstrukturen insoweit überzeugen; dazu sowie zu der generellen Reichweite von Rechtsprechung *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff. passim; *Ekardt/Beckmann*, VerwArch 2008, S. 241 ff.; grundlegend *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991.

³⁴ Vgl. EuGH, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Slg. I-2001, 8365, Rn. 38; *EuGH*, Rs. 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde*, Slg. 1961, 3 (43); *EuGH*, Rs. C-387/92, *Banco Exterior de España*, EuZW 1994, 346, Rn. 13; *EuGH*, verb. Rs. C-95/07 und C-96/07, *Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907 Rn. 34; siehe auch *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 87 Rn. 9.

³⁵ Vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 87 Rn. 9.

a) *Gewährter Vorteil*

Dass die EEG-Umlage als solche den EE-Anlagenbetreibern einen finanziellen Vorteil gewährt, liegt auf der Hand. Schwieriger ist die Beurteilung des besonderen Ausgleichs. Indem die stromintensiven Unternehmen durch §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV von einem geringeren Strompreis als andere Unternehmen zahlen müssen, besteht zwar vordergründig zweifelsfrei ein finanzieller Vorteil in den Produktionskosten gegenüber stromintensiven Unternehmen der gleichen Branche aus dem EG-Ausland. Damit wäre die erste generelle Voraussetzung für das Vorliegen einer Beihilfe erfüllt. Allerdings könnte man bereits hier Zweifel formulieren. Denn ausländische Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat produzieren, erhalten zwar keine Vergünstigung nach §§ 40 ff. EEG – aber sie müssen umgekehrt ohnehin keine allgemeine EEG-Umlage, von der man sie „entlasten“ könnte, bezahlen. Einen „Vorteil“ haben deutsche stromintensive Unternehmen nur dann, wenn man eine von zwei Varianten unterstellt: (a) Entweder gibt es im jeweiligen ausländischen Mitgliedstaat ebenfalls ein EEG-ähnliches Gesetz mit Umlage, nur ohne besondere Vergünstigung für stromintensive Unternehmen; (b) oder man betrachtet einfach gar nicht das gesamte EEG, sondern lediglich den besonderen Ausgleich. Verneint man beides, dürfte die Prüfung bereits hier zu Ende sein. Wir untersuchen diesen Punkt unten näher; denn es erscheint nicht abschließend klar, ob er unter den „Vorteil“ oder unter die „Staatlichkeit“ zu fassen ist.

Freilich könnte der Vorteil auch so verstanden werden, dass es nicht auf den Vorteil gegenüber ausländischen stromintensiven Unternehmen ankommt, sondern auf den Vorteil gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern im Inland. Daran gemessen ergäbe der besondere Ausgleichsmechanismus zweifelsfrei einen Vorteil. Im EuGH-Urteil „Adria-Wien“ zu einer Art besonderem Ausgleichsmechanismus in Österreich von 2001³⁶ wird – ohne jede Begründung und ohne explizite Klarstellung – ein solches Beihilfenverständnis vorausgesetzt. Allerdings erscheint dies insofern als wenig einsichtig, als die Stoßrichtung des Europarechts stets der Gemeinsame Markt und nicht der Schutz des inländischen Wettbewerbs ist.

b) *Selektivität*

Weiterhin müsste eine selektive Wirkung vorliegen. Diese ist für die EEG-

³⁶ Vgl. EuGH, C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Slg. I-2001, 8365.

Förderung als solche zweifelsfrei gegeben, einerlei ob man die deutschen EE-Anlagenbetreiber mit ausländischen EE-Anlagenbetreibern oder mit anderen deutschen Energieproduzenten vergleicht. Die Frage ist jedoch, ob der besondere Ausgleichsmechanismus ebenfalls eine selektive Wirkung entfalten. Vorliegend können Unternehmen, die einen besonders hohen Stromverbrauch aufweisen (über 10 GWh, was 15 % ihrer Kosten der Bruttowertschöpfung ausmacht; vgl. §§ 40 ff. EEG i.V.m. AusglMechV), eine Reduktion der EEG-Umlage in Höhe von 0,05 ct/kWh erlangen – oder sogar eine vollständige Befreiung, wenn der Verbrauch über 100 GWh liegt und 20 % der Stromkosten ausmacht. Maßgeblich ist bei der Selektivität, ob „eine staatliche Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, bestimmte (...) Unternehmen oder Produktionszweige im Sinne des Art. 87 EG [jetzt Art. 107 AEUV] gegenüber anderen Unternehmen [zu begünstigen], die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation befinden.“³⁷ Dies wäre nicht der Fall, sofern zwar ein Vorteil für den Begünstigten gewährt wird, jener aber „durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist“³⁸. Je nachdem, ob man hier als Vergleichsgruppe andere nationale Unternehmen heranzieht oder vielmehr ausländische stromintensive Unternehmen, kann sich hier wie schon beim „gewährten Vorteil“ erneut ein unterschiedliches Resultat ergeben.

c) *„Staatlichkeit“ des Finanzflusses beim Ausgleichsmechanismus?*

(1) Grundsatz: unmittelbare und mittelbare staatliche Finanzierung ist eine Beihilfe

Das bekannteste Problem des Beihilfenbegriffs liegt darin, ob eine „staatliche“ Finanzierung vorliegt. Grundsätzlich wird bei staatlichen Beihilfen gemäß Art. 107 Abs.1 AEUV dahingehend unterschieden, ob der Staat die Förderung selbst veranlasst hat oder die Beihilfen aus staatlichen Mitteln

³⁷ EuGH, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Slg. I-2001, 8365, Rn. 41; EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. I-3671, Rn. 28 bis 31.

³⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Slg. I-2001, 8365, Rn. 42; EuGH, Rs. 173/73, *Italien/Kommission*, Slg. 1974, 709, Rn. 33.

erfolgen, das heißt der Staat müsste die *Mittel zur Verfügung* stellen.³⁹ Da die Wirkung die gleiche ist, wird diese Differenzierung freilich nur vorgenommen, um beides zu erfassen.⁴⁰ Nun betont zwar der EuGH, dass infolge des weiten Begriffs „aus staatlichen Mitteln“ auch Mittel aus staatlich eingesetzten Stellen erfassen zu können.⁴¹ Indes mangelt es bis dato an einer Definition oder Kriterien⁴²; nach der bisherigen Rechtsprechung ist die Zurechenbarkeit der Einrichtung zum Staat letztlich gegeben, wenn eine Zwischeninstanz einen erheblichen Grad an organisatorischer Verfestigung aufweist und als öffentliche Stelle Dispositions- und Verwaltungsbefugnis bezüglich der Mittel innehat.

Nach dem Wortsinn von „staatlich“ ist es ausreichend, wenn die Leistung von einer durch den Staat errichteten privaten oder öffentlichen Einrichtung gewährt wird und die konkrete Zuwendung dem Staat zurechenbar ist. Erforderlich ist somit eine Zurechenbarkeit. Das für die Unternehmens-Anträge auf Teilnahme am besonderen Ausgleich zuständige BAFA handelt nun als staatliche Behörde, indem das Amt entscheidet, ob das jeweilige Unternehmen die Voraussetzungen erfüllt, um privilegiert zu werden. Diese EEG-Umlage, von der dann befreit wird, setzt sich aus der Differenz zwischen den von den ÜNB gezahlten Vergütungen an die EE-Anlagen Betreiber und dem erzielten Börsenpreis zusammen. Sie wird entrichtet von dem EVU, welche sie wiederum auf die Rechnung der übrigen Verbraucher aufschlägt – mit Ausnahme jener stromintensiven Unternehmen. Doch dies ist dies „staatlich“?

(2) Staatliche Zurechenbarkeit des Finanzflusses

Löst also der besondere Ausgleich im EEG einen staatlich zurechenbaren Finanzfluss aus? Zweifellos ist die EE-Förderung eine „öffentliche“ Aufgabe (was immer darunter genau zu verstehen ist).⁴³ Doch dies ist nicht

³⁹ Vgl. Ehricke, in: Immenga/Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht EG, Bd. 1 (2. Teil), 4. Aufl. 2007, Art. 87 EG Rn. 63.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58; siehe auch EuGH, Rs. 82/77, Van Tiggele, Slg. 1978, 25, Rn. 24 f.; EuGH, Rs. C-189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Rn. 16; EuGH, C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735, Rn. 35; Ehricke, IStR 2002, S. 677 (677).

⁴¹ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59; EuGH, Rs. 213 bis 215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, Slg. 1982, 3583, Rn. 22.

⁴² Hierzu und zum Folgenden Koenig/Kühling, NVwZ 2001, S. 768 (770).

⁴³ Zu den Bedeutungsebenen von „öffentlich“ – und kritisch zum Begriff öffentliches Interesse bzw. Gemeinwohl – Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl.

gemeint. Die anfallende EEG-Umlage, die die EVU den ÜNB zum Ausgleich der Differenz zwischen EEG-Vergütung nach §§ 16 ff., §§ 23 ff. EEG und erzielttem Börsenpreis überwiesen wird, ist ebenso zivilrechtlich strukturiert wie das Vergütungssystem insgesamt, weswegen das frühere StrEG bekanntlich keine Beihilfe konstituierte („PreussenElektra“).⁴⁴ Dabei musste es nach der EuGH-Rechtsprechung für eine staatlich zurechenbare Förderung zu irgendeiner Belastung des Staatshaushaltes kommen.⁴⁵ Allerdings geht der EuGH in seiner Judikatur davon aus, dass, selbst wenn eine Maßnahmen von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht wurde respektive eine staatliche Kontrolle die Mittelvergabe beeinflussen konnte, eine staatliche Zurechenbarkeit bestehen kann; eine Fallkonstellation, in welcher die Mitgliedstaaten einen Fonds durch Zwangsbeiträge einrichten, um diese zugunsten bestimmter Unternehmen nutzen zu können, wäre dem Staat zurechenbar.⁴⁶ Danach könnte die BAFA als staatliche Stelle, die über die EEG-Umlagebefreiung für stromintensive Unternehmen entscheidet, das Vorliegen einer Beihilfe konstituieren. Beim besonderen Ausgleich nach dem EEG ist die Konstellation freilich sehr komplex, zumal vorliegend eigentlich nicht nach der Rechtsnatur der EEG-Umlage als solcher, sondern nach der Rechtsnatur des besonderen Ausgleichs gefragt ist.

Beim besonderen Ausgleich entscheidet das BAFA – ohne Ermessensspielraum – über die Begrenzung der EEG-Umlage. Doch ist dies eine staatliche Finanzierung? Der EuGH nahm in „PreussenElektra“ an, dass „die Aufteilung der sich für die privaten EVU aus der Abnahmepflicht ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel“⁴⁷ darstelle. Im Umkehrschluss könnte dann eigentlich auch die Genehmigung von Privilegierungen zugunsten der stromintensiven Unternehmen *keine* dem Staat zuzurechnenden Mittel betreffen, zumal das Beihilfenrecht nicht mit einer Art allgemeinem Diskriminierungsverbot verwechselt werden darf (dann wäre es etwa von der Warenverkehrsfreiheit auch nur noch schwer

2009, § 1 E.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 69; zur kritischen Prüfung und (weiterhin gegebenen) Rechtfertigung des Urteils siehe *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff.

⁴⁵ So die ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-37/92, Vanacker und Lesage, Slg. 1993, I-4947, Rn. 19; EuGH, verb. Rs. C-52/97 und C-54/97, Viscido, Slg. 1998, I-2629, Rn. 14 ff.; *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (207).

⁴⁶ *Ehricke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 EG Rn. 69.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 60.

unterscheidbar).⁴⁸ Dennoch ist der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass zum Vorliegen einer Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV gerade nicht als erforderlich angesehen wird, dass es zu einem konkret staatlichen Mittelfluss kam.⁴⁹ Es genügt nach Auffassung des EuGH insoweit „wenn die festsetzende Stelle unter der Kontrolle und nach Richtlinien der öffentlichen Gewalt handelt (...) und diese anders als ein normaler Wirtschaftsteilnehmer ihre Macht dafür einsetzt, den Energieverbrauchern dadurch einen finanziellen Vorteil zukommen zu lassen“.⁵⁰ Es muss jedoch stets eine Zurechenbarkeit der Mittel vorliegen. Sofern die Mittel irgendwie in der Verfügungsgewalt des Staates stehen, könnte auch die Möglichkeit einer Beihilfepwirkung vorliegen. Dabei werden unter „zur Verfügung stehende Mittel“ im Sinne von allen Geldmitteln verstanden, auf „die der öffentliche Sektor tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören.“⁵¹

Der EuGH betrachtete in derart gelagerten Fällen immer die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die jeweiligen unterstützten Unternehmen, wobei von einer Beihilfe nur bei beherrschendem Einfluss des Staates auf die Unternehmen durch eine Mittelkontrolle ausgegangen wurde. So orientierte sich der EuGH beispielsweise in der Nichtigkeitsklage Frankreichs gegen das Stardust-Urteil maßgeblich an der Bestimmung der Zurechenbarkeit der staatlichen Einflussnahme auf die privilegierte Unternehmen (vorliegend durch Vergabe von Bürgschaften und Darlehen) und an den dem Staat zustehenden Stimmrechten sowie Aktien des gewährenden staatlichen Stelle.⁵² Vorliegend ist zu beachten, dass dies nicht der Fall ist bei der EEG-Umlage als solche (da ja Verbraucherfinanziert ohne staatliche Einflussmöglichkeit respektive Mittelkontrolle), aber auch der besondere Ausgleich steht nicht allein durch die Zwischenschaltung des BAFA nicht zu einer konkreten Mittelflusskontrolle. Zwar besteht eine Einflussmöglichkeit der

⁴⁸ Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (207); Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 EG Rn. 70.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-387/92, Banco Exterior de España, EuZW 1994, 346, Rn. 14; EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission der EG, Slg. I 2002, 4397, Rn. 36.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Slg. I-2001, 8365, Rn. 39 f.; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 28.

⁵¹ EuGH, Rs. C-482/99, Marine Stardust, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37.

⁵² EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission der EG, Slg. I 2002, 4397, Rn. 49.

BAFA insoweit, ob ein Unternehmen möglicherweise in den Vorzug des besonderen Ausgleichs kommen kann, dies hat aber keinen weiteren Einfluss auf die Unternehmensstruktur, und insbesondere kann die BAFA, ohne jemals selbst Zugriff auf die Mittel zu erhalten, nur unter Orientierung an ihrem konkreten Voraussetzungskatalog eine Positiv-Entscheidung treffen – insoweit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die BAFA eine hinreichende Kontrolle über die Verwendung der EEG-Umlage als solche zugunsten bestimmter Unternehmen aufweist. Dies war in den gerügten Beihilfefällen jedoch immer der Fall.

Eine ähnlich gelagerte Situation trat bereits 1988 in der Entscheidung des EuGH „van der Kooy“⁵³ auf, in welcher die niederländische Regierung einen Tarif für eine Energiequelle zu einem niedrigeren Niveau als üblich für Unternehmer, die den Gartenbau in Warmhäusern betrieben, geschaffen hatte. Diese besondere Reduktionsmöglichkeit für besondere belastete Unternehmenszweige gleicht dem vorliegend zu betrachtenden besonderen Ausgleich. Hingegen ist es ein besonderer Unterschied, dass in der „van der Kooy“ Konstellation der Staat auf einen möglichen Gewinn verzichtet. Mit der Reduktion des EEG-Umlageanteils für das besonders stromintensive Gewerbe entfällt aber gerade keine mögliche Einnahmequelle des Staates, da die EEG-Umlage als solche gerade nicht staatlicher Natur ist. Die Reduktion führt letztlich nicht zu einer Belastung des öffentlichen Haushaltes, sondern allein des Privaten.

In neueren Entscheidungen der Kommission, die zunächst weniger an „PreussenElektra“ orientiert schienen, war freilich zu vermerken, dass eine Ausweitung der Wertungen jener Rechtsprechung auf ÜNB stattfand, die eben nicht allein im Privateigentum, sondern mit öffentlichen Anteilen bestanden.⁵⁴ So könnte man nach einer weiten Auffassung vom Verständnis der staatlichen Zurechnung, eine Staatshaushaltsbelastung konstruieren, indem man sagt, dass durch Verteilung der Mehrkosten auf alle Verbraucher, der Staat durch Abwälzung auf Private, der Staat letztlich Aufwendungen erspart habe, wodurch grundsätzlich das gleiche Geld wie bei einer

⁵³ EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988.

⁵⁴ Entscheidung KOM v. 22.05.2002, Beihilfe-Nr. NN 27, 2000, Abl. C 164/5 v. 10.07.2000 und Entscheidung KOM v. 22.05.2000, Beihilfe-Nr. NN68/200, Abl. C164/5 v. 10.07.2000 (Deutschland); Entscheidung KOM v. 24.04.2002, Beihilfe-Nr. N 149/2000, Abl. C 222/2 v. 18.09.2002 (Belgien); Entscheidung KOM v. 16.03.2004, Beihilfe-Nr. N 342/2003, Abl. 250/10 v. 08.20.2005 (Dänemark); Entscheidung KOM v. 19.05.2004, Beihilfe-Nr. N 618/03, Abl. C 250/11 v. 08.10.2005.

direkten Subvention verteilt wird.⁵⁵ Unter Besinnung auf die „PreussenElektra“-Rechtsprechung sowie der Wortlaut, sowie in den folgenden Rechtssachen „Steinike und Weinlig“ oder „Norddeutsches Vieh- und Fischkontor“⁵⁶ hält der EuGH indes an dem Erfordernis der Zurechenbarkeit in Form einer staatshaushaltsmäßigen Belastung fest. Zeitweilig wich der EuGH hiervon zwar scheinbar ab, insoweit als plötzlich eine Beihilfe darin gesehen wurde, dass ein autorisiertes öffentliches Unternehmen gesammelte Betriebsüberschüsse, also private Spareinlagen, als Solidarleistungen an französische Landwirte vergab.⁵⁷ Die Literatur sah in jener Rechtsprechung bereits eine Aufgabe des Kriteriums „Belastung öffentlicher Mittel“ – letztlich waren die Folgen dieser Rechtsprechung heftig umstritten.⁵⁸ In der Entscheidung „Sloman Neptun“ wurden diese Unklarheiten durch den Gerichtshof beseitigt, es wurde wieder die Auffassung aus „Van Tiggele“ und „Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor“ bestätigt, wonach gerade eine „Belastung öffentlicher Mittel“ maßgeblich für das Merkmal der Beihilfe ist.⁵⁹ Diese enge Auffassung knüpft direkt an einem staatlichen Finanzmittel an, welches vorliegend nicht eingesetzt wurde. Danach bedarf es weiterhin im Sinne von „PreussenElektra“ einer Zurechnung infolge von staatlichem Mittelfluss, sodass eine aktuelle oder potenzielle Mittelbelastung vom öffentlichen staatlichen Haushalt, aber auch hoheitlich benannter Einrichtungen vorliegen müsste.⁶⁰ Somit scheidet es letztlich wieder an der Zurechenbarkeit der Zahlung. Unter Zugrundelegung der „Viscido“-Rechtsprechung des EuGH, wonach zwar ausdrücklich mittelbare Beihilfen als verboten gelten, bedarf es einer staatsbezogenen Belastung. Daher müsste auch zwingend der Vorteil aus unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen

⁵⁵ Vgl. *Schmid-Kühnhöfer*, Die Staatlichkeit von Beihilfen, Mittel- und Transferzurechnung nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, 2004, S. 116.

⁵⁶ EuGH, Rs. 213/81, Norddeutsches Vieh- und Fischkontor Herbert Will u.a./Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Slg. 1982, 3583, Rn. 22.

⁵⁷ EuGH, Rs. 290/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1993, I-887 = NJW 1985, S. 2889 (2890).

⁵⁸ *Soltész*, EuZW 1998, 747 (749); *Schmid-Kühnhöfer*, Staatlichkeit, S. 117.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-72/91, Sloman Neptun, NZA 1993, S. 799, Rn. 21; *Soltész*, EuZW 1998, S. 747 (749); *Schmid-Kühnhöfer*, Die Staatlichkeit von Beihilfen, S. 117.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-72/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887; EuGH, Rs. 189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185; EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo u.a./Ente Poste Italiane, Slg. 1998, I-2629, Rn. 13; EuGH, verb. Rs. C-95/07 und C-96/07, Ecotrader SpA/Agenzia delle Entrate - Ufficio di Genova, Slg. 1998, I-7907 Rn. 35; EuGH, Rs. C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735; EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099; *Schmid-Kühnhöfer*, Die Staatlichkeit von Beihilfen, S. 119.

Mitteln erfolgen – wobei eine Stoffidentität zwischen Begünstigung und Belastung kann hingegen nicht gefordert werden.⁶¹ Denn es sollen gerade nicht alle von einem Staat gewährten Vorteile durch die Differenzierung zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Mitteln als Beihilfen erfasst werden, sondern sie müssen zum Vorliegen einer Beihilfe auch unmittelbar vom Staat gewährte Vorteile oder über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt worden sein.⁶² Bei dem besonderen Ausgleich wird jedoch keine staatliche Belastung durch Private weitergereicht – eine staatshaushaltsbezogene Belastung liegt eben nicht vor. Es soll dabei zu keiner Umgehung der Beihilfenkontrolle kommen, andernfalls könnte jeder gesetzgeberischen Gestaltung sofort der Beihilfevorwurf gegenüberstehen. Danach läge für das EEG 2009 auch jetzt, nach Schaffung der AusglMechV, weiterhin keine Beihilfe vor.

Man könnte jetzt fragen, ob sich an diesem Ergebnis durch einen „Private Investor Test“ etwas ändert, der nach Ansicht der Kommission stets durchzuführen ist.⁶³ Dabei muss geprüft werden, ob ein privater Unternehmer in vergleichbarer Größe und auch Umständen bei zukunftsorientierter Betrachtung ebenso in der Höhe Kapital zugeführt hätte; dann entfällt eine Begünstigungswirkung.⁶⁴ Danach müsste die Förderung nicht dem Verhalten eines umsichtigen marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“ entsprechen, um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV darstellen zu können.⁶⁵ Diese Konstellation meint jedoch Fälle, in denen Darlehens- oder Bürgschaftssituation auftreten. Darum geht es vorliegend nicht. Ebenso

⁶¹ EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo u.a./Ente Poste Italiane, EuZW 1998, S. 473, Rn. 13; *Hagen*, Der Unternehmensverbund im Beihilfenrecht der Art. 87 ff. EG, 2007, S. 113; *Koenig/Sander*, EuR 2000, S. 743 (763 f.).

⁶² EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, *Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo* u.a./Ente Poste Italiane, EuZW 1998, S. 473, Rn. 13.

⁶³ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 13.11. 1993 über die Anwendung der Art. 92 und 93 EG (n.F. 86ff EG) und des Art. 5 der Kommissionsrichtlinie 80/723/EWG über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABl. 1993 Nr. C 307 S. 3.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission der EG, Rn. 70; EuGH, Rs. C-261/89, Italien/Kommission, Slg. 1991, I-4437, Rn. 8; EuGH, Rs. C-278/92, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103, Rn. 21; EuGH, Rs. 42/93, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4175, Rn. 13; *Ehricke*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 Rn. 73.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-482/99, Französische Republik/Kommission, EuZW 2002, S. 468 ff., Rn. 30; EuG, Rs. T-123/97, Salomon/Kommission, Slg. 1999, II-2925, Rn. 68 u. 69.

wenig liegt eine Beihilfe in Form einer Quersubventionierung vor. Gemeint sind damit Zahlungen innerhalb von verbundenen Unternehmen (etwa zwischen Stromsparte und öffentlichem Personennahverkehr).⁶⁶ Auch darum geht es vorliegend nicht.

In der Literatur wird die Sichtweise des EuGH in Anbetracht des *effet utile* zum Teil kritisch wahrgenommen. Jene kritische Ansicht favorisiert eine teleologische Auslegung der Art. 107 ff. AEUV zur strikteren Vermeidung von Handelsbeeinflussungen und Wettbewerbsverfälschungen.⁶⁷ Die Handelsbeschränkung könne nicht formalistisch von der genauen Ausgestaltung nationaler Regelungen abhängig gemacht werden. Jedoch muss der Wortlaut beachtet werden, der ausdrücklich „staatliche Mittel“ nennt, da ansonsten die Normengrenze verwischt würden (zumal es als Auffangregelung immer noch die Warenverkehrsfreiheit gibt), was letztlich auch in Rechtsunsicherheit münden würde.⁶⁸ Auch der Hinweis auf eine Treuepflicht aus Art. 4 Abs. 3 AEUV (früher Art. 10 EG) ändert an alledem wenig, da Art. 107 AEUV insoweit erkennbar *lex specialis* ist.⁶⁹

d) *Andere Beurteilung der „Staatlichkeit“ wegen Vorliegens einer parafiskalischen Abgabe in Gestalt der EEG-Umlage selbst?*

Auch bei Nichtvorliegen einer unmittelbaren staatlichen Beihilfe könnte in der EEG-Umlage seit der AusglMechV – anders als bisher – ein parafiskalisches Abgabenmodell zu sehen sein, welches in den Anwendungsbereich des Beihilfenverbots aus Art. 107 AEUV fallen würde (was es demgegenüber mit dem besonderen Ausgleich für sich genommen auf sich hat, wird unten geprüft). Dem gilt es jetzt näher nachzugehen; von der gedanklichen Abfolge geht es dabei (wohl – der EuGH ist insoweit nicht sehr deutlich) um die Frage nach der „Staatlichkeit“ der etwaigen Beihilfe – anders als später für den besonderen Ausgleich selbst, wo zugleich der „Vorteil“ und die „Selektivität“ aufgerufen sind. Im vorliegenden Abschnitt geht es dabei

⁶⁶ Hagen, Unternehmensverbund, S. 109.

⁶⁷ Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (749); Schröder, JuS 2004, S. 180 ff.; im Hintergrund dessen stets Schlussanträge GA Mengozzi zu EuGH, Rs. C-206/06, Rn. 97.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn 65; EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Slg. I-9607, Rn. 16; EuGH, Rs. C-72/91 und 73/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Rn. 21; Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2005, Rn. 162; Kruse, ZHR 2001, S. 576 ff.

⁶⁹ Koenig/Sander, EuR 2000, S. 743 (744); Ekardt/Schmeichel, ZEuS 2009, S. 171 (209), Ehrlicke, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG, Art. 87 EG Rn. 69 ff.

um die EEG-Umlage als solche; um den besonderen Ausgleichsmechanismus speziell für stromintensive Unternehmen geht es demgegenüber im anschließenden Abschnitt 5 (wogegen bis hierher in der vorliegenden Untersuchung beide Fragenkreise parallel behandelt wurden).

(1) Auffassung des EuGH

Parafiskalische Abgaben sind solche, die von ausländischen wie inländischen Händlern oder Anbietern erhoben werden, deren Ertrag dann zur Förderung des betroffenen Wirtschaftszweigs verwendet wird. Insoweit stellte der EuGH u.a. in der Rechtssache „Cellulose Beira Industrial Sa“ klar, dass die Verwendung des Aufkommens aus einer unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbaren parafiskalischen Abgabe zur Finanzierung von Vorteilen, die ausschließlich inländischen Erzeugnissen zugute kommen, indem sie die auf diesen ruhende Belastung vollständig ausgleicht, eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe vorliegt, wenn die Voraussetzungen des Art. 107 AEUV erfüllt sind.⁷⁰ Dies wirft zunächst das Problem auf, ob man im Rahmen des neuen EEG-Umlagesystems von einer solchen gleichmäßigen Belastung in- und ausländischer Erzeugnisse sprechen kann (die dann – in der Tat – ausschließlich den deutschen EE-Anlagenbetreibern zugute kommt). Eine solche gleichmäßige Belastung läge beispielsweise dann vor, wenn auch Kunden, die ausländischen Strom beziehen, zur EEG-Umlage herangezogen würden. Dies ist indes wohl kaum der Fall, da die Umlage ja auf Letztverbraucher als Vertragspartner deutscher Stromunternehmen Bezug nimmt. Insofern ist bereits fraglich, ob im Sinne der zitierten Judikatur das erste Merkmal vorliegt. Verneint man dies, wäre hier festzustellen, dass auch das EEG 2009 i.V.m. der AusglMechV bei der Umlage keine Beihilfe darstellt.

Nähme man an, dass es darauf nicht ankommt, wäre weiter die Frage, ob die neue EEG-Umlage wirklich staatlich zurechenbar ist. Dies ist aufgrund der vielfältigen, z.T. inkonsistent wirkenden Judikatur nicht einfach zu beurteilen. Mit Vorliegen einer parafiskalischen Abgabe ging der EuGH in der Vergangenheit ebenso wie mit einer Beihilfe um, wenn die Finanzierung infolge einer zwingenden staatlichen Anordnung erfolgte und dann von einer separaten Einrichtung angetrieben wurde.⁷¹ Insoweit erfolgt eine

⁷⁰ EuGH, Rs. C-266/91, Cellulose Beira Industrial Sa gegen Fazenda Publica, Slg. 1993, I-4337, Rn. 2.

⁷¹ EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487 (489, 495); EuGH, Rs. 173/73, Familienzusagen im Textilsektor Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.);

weite Auslegung vom Begriff der „öffentliche Mittel“. Dies widerspricht auch nicht den Ausführungen in „Sloman Neptun“, da eine Beihilfe, die aus Zwangsabgaben finanziert und dabei von einer vom Staat beauftragten Einrichtung verwaltet wird, wie die Gewährung eines Vorteils aus staatlichen Mitteln wirkt.⁷² Ein Unterschied liegt mithin nicht in der Wirkung, sondern allein in der Bezugsmethode und muss daher gleich behandelt werden. Daher wird Art. 107 AEUV grundsätzlich so ausgelegt, dass *alle Geldmittel* erfasst werden, die eine öffentliche Stelle einsetzt, um ein Unternehmen tatsächlich zu unterstützen. Dabei ist es irrelevant, ob diese Mittel zur dauerhaften Verfügung der Behörde stehen oder nur temporär, da es nicht auf das öffentliche Eigentum ankommt. Dies widerspricht auch nicht der Auffassung von „PreussenElektra“, da es nun um staatliche *Mittelverfügungen* geht. Diese Auffassung erstreckt sich sogar soweit, dass auch die jeweiligen Maßnahmen auf Grundlage von Beiträgen finanziert werden, die nicht dem Staat gehören, letztlich dem Staat zugerechnet werden können; dies setzt dann aber zwingend eine ständige staatliche Kontrolle der Mittel voraus, sodass sie jener Stelle auch zur Verfügung stehen.⁷³ Eine Beihilfe soll jedenfalls dann vorliegen, wenn die Finanzierung infolge einer staatlichen Anordnung erfolgte und dann von einer separaten Einrichtung eingetrieben wurde.⁷⁴ Dabei soll es irrelevant sein, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder mittelbar durch öffentliche oder private Einrichtungen gewährt wird.⁷⁵ Jedoch wird neuerdings vom EuGH ein zwingender Verwendungszusammenhang zwischen Abgabe und Beihilfe gefordert, sodass „das Abgabenaufkommen notwendig für die Finanzierung der Beihilfe verwendet“ werden muss.⁷⁶ Zudem muss der Fonds einer spezifischen

EuGH, Rs. 78-76, Steinike u. Weinlig/Deutschland, Slg. 1977, 595 (613); EuGH, Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393 (4418); vgl. ferner EuGH, Rs. C-114/91, Claeys, Slg. I 1992, 6566 (6574); Entscheidung KOM v. 11.03.1989, Kohlepfennig ABIEG 1989 Nr. L 116, S. 52.

⁷² Vgl. auch *Soltész*, EuZW 1998, S. 747 (752).

⁷³ EuGH, Rs. C-83/98, Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271, Rn. 50.

⁷⁴ EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487 (489, 495); EuGH, Rs. 173/73, Familienzusagen im Textilsektor, Italien/Kommission, Slg. 1974, 709 (719 f.); EuGH, Rs. 78-76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595 (613); EuGH, Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393 (4418); vgl. ferner EuGH, Rs. C-114/91, Claeys, Slg. I 1992, 6566 (6574); Entscheidung KOM v. 11.03.1989- Kohlepfennig, ABl. Nr. L 116, S. 52.

⁷⁵ EuGH, Rs. 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595, Rn. 4-6.

⁷⁶ EuGH, Rs. C 174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën, Slg. I 2005, 114, Rn. 26 unter Hinweis auf EuGH, Rs. 47/69 Frankreich/

Gruppe zugute kommen.⁷⁷ So liegt eine parafiskalische Abgabe immer vor, wenn ein Fonds vom Staat errichtet oder verwaltet wird⁷⁸, ergo die Beiträge vom Staat auferlegt werden, um damit die Begünstigung spezifischer Unternehmen bezweckt werden soll.⁷⁹ Wesentlich bleibt aber stets auch, dass eine Vergünstigung unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wurde.⁸⁰ Insoweit gelten die bereits in puncto Staatlichkeit dargestellten Kriterien erneut.

Die Schaffung einer EEG-Umlage in ihrer seit 2009 bestehenden Form könnte – anders als bisher das StrEG und das EEG ohne AusglMechV (dazu andernorts⁸¹) – insoweit eine parafiskalische Abgabe darstellen. Anknüpfungspunkt könnte eine Mittelverfügung seitens der BAFA sein, insoweit als das BAFA Unternehmen von der EEG-Umlage befreien kann. Dabei hat die BAFA freilich weder Ermessen in der Art der jeweiligen Förderung, noch trägt es etwaige Kosten (z.B. Steuerverluste) der Begünstigung; zudem betrifft dies eigentlich weniger die EEG-Umlage als solche (die den EE-Anlagenbetreibern zugute kommt) als vielmehr die Vergünstigung für

Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 und 21.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-174/02, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën, Slg. 2005, I-85; unter Verweis auf EuGH, Rs. 47/69, Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487, Rn. 17, 20 f.; *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (214).

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

⁷⁹ Die parafiskalischen Einrichtungen unterliegen der Beihilfeaufsicht; vgl. Entscheidung KOM v. 18.07.1969, französische Textilindustrie, ABl. Nr. L 220 v. 1.9.1969, S. 1; Entscheidung KOM v. 30.11.1988, belgische Fonds zur Förderung des Absatzes von Agrarerzeugnissen, ABl. Nr. L 85 v. 30.3.1989, S. 45, und v. 17.5.1989, ABl. Nr. L 179 v. 12.7.1990, S. 38; Entscheidung KOM v. 07.05.1991, Ausfuhrbeihilfen in Form von Befreiungen und Rückerstattungen, ABl. Nr. L 47 v. 22.2.1992, S. 19; Entscheidung KOM v. 19.06.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2003, Abl., C 148/12 v. 25.06.3004, S. 12; so auch darauf in; Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN162/A/2003 und N 317/A/2006 und NN 162/B/2003 und N 317/B/2006, ABl., C 221/8 und ABl. C 221/9 vom 14.09.2006.

⁸⁰ EuGH, Rs C-72/91, Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887; EuGH, Rs. 189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185; EuGH, verb. Rs. C-52/97, C-53/97 u. C-54/97, Epifanio Viscido, Mauro Scandella u.a. und Massimiliano Terragnolo u.a./Ente Poste Italiane, Slg. 1998, I-2629, Rn. 13; EuGH, verb. Rs. C-95/07 und C-96/07, Ecotrade SpA/Agenzia delle Entrate - Ufficio di Genova, Slg. 1998, I-7907 Rn. 35; EuGH, Rs. C-295/97, Piaggio, Slg. 1999, I-3735; EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099.

⁸¹ Vgl. dazu *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff.

stromintensive Unternehmen. Dass die EEG-Umlage bestimmte Unternehmen begünstigt, nämlich EE-Anlagenbetreiber, ist dagegen offenkundig. Eine unmittelbare Belastung des Staatshaushaltes kann zunächst nicht vorliegen, da die EEG-Umlage nicht vom Staat direkt erhoben wird. Vorliegend werden allein die nichtprivilegierten Stromabnehmer durch Zahlung einer um die Befreiung der stromintensiven Unternehmen erhöhten EEG-Umlage belastet, sodass fraglich ist, ob ein mittelbarer staatlicher Mitteleinsatz vorliegt (Achtung: Es geht hier aber weiterhin um die EE-Umlage selbst, noch nicht um den besonderen Ausgleichsmechanismus). Dabei soll die Wirkung der Maßnahme maßgeblich sein, sodass eine Abgabe vorliegt, wenn ihr Ziel und Zweck der Schaffung eines Vorteils dient, der letztlich auf irgendeine Art den Staatshaushalt belasten könnte.⁸² Vom EuGH wird indes teilweise auch allein auf die Verfügungsgewalt der staatlichen Einrichtung über die erhobenen Beiträge abgestellt und dies unabhängig von dem Organ, was letztlich den Vorteil gewährt.⁸³ Erforderlich sei dabei noch ein gewisser Einfluss der staatlichen Behörden, wobei die staatliche Kontrolle der verfügenden Stelle genügen kann.⁸⁴ Davon wird grundsätzlich ausgegangen, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals inne hat oder über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt bzw. mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs- und Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestellen kann.⁸⁵ Dagegen liegt keine staatliche Qualität im Handeln, wenn sich über die staatliche Anordnung hinaus keine weiteren Anknüpfungspunkte zum Staat ergeben.⁸⁶ Der EuGH sah somit keine Eigenmittel, auch nicht *vorübergehend*, wenn die Abgabe mit einer strikten Zweckwidmung verbunden war und folglich niemals der Behörde zur Verfügung stand.⁸⁷ So machte der EuGH in dem

⁸² EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy u.a./Kommission, Slg. 1988, 219, Rn. 28; EuGH, Rs. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rn. 39; EuGH, Rs C-72/91, *Slo-man Neptun, NZA 1993*, S. 799, Rn. 19.

⁸³ EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Slg. I-2004, 7164, Rn. 34.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-482/99, *Französische Republik/Kommission der EG - Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rn. 37; *Jaeger*, *EuZW 2004*, 558 (559).

⁸⁵ Art. 2 Abs. 2 RL 80/723/EWG in der Fassung der RL 2005/81/EG, *ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005*, S. 47.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Slg. I-2004, 7164, Rn. 36.

⁸⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Slg. I-2004, 7164, Rn. 36.

„Pearle“-Urteil deutlich, dass es an dem Bezugspunkt zum Staat beispielsweise fehlt, wenn allein die Anordnung einer Zwangsabgabe für einen öffentlichen Berufsverband zugunsten von Werbekampagnen angeordnet wurde. Diese aufgewandten Mittel waren durch einen konkreten Mitteleinsatz gekennzeichnet und bestimmt, sodass es an der Staatlichkeit aufgrund mangelnden Einflusses fehlte.

Es ist im Falle des EEG 2009 – trotz der neuen AusglMechV – wie schon in der Vergangenheit fraglich, ob es sich bei dieser Gewährung auch um ein Mittel handelte, welche den „staatlichen Stellen zur Verfügung belassen wurden“.⁸⁸ Knüpft man an die Befreiungsentscheidungen der BAFA an, müsste die BAFA zu einem gewissen Zeitpunkt frei über die Mittel verfügen können. Das BAFA gewährt jenem einschlägigen Gewerbe, sofern es die erforderlichen Angaben und Anträge vor der Ausschlussfrist darlegt, eine Genehmigung oder genauer gesagt eine Befreiung zum Bezug von Strom unter verringerter EEG-Umlage. Die BAFA hat im Rahmen der Reduktionsrate kein Ermessen – es ist nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AusglMechV nur eine Reduktion auf 0,05 ct/kWh möglich – und auch im Rahmen der Prüfung besteht nur in Bezug auf die Prognose der Stromkosten für das kommende Jahr Ermessen – allerdings nicht im Bereich der generellen Gewähr. Insbesondere gelangt die BAFA nicht allgemein an die EEG-Umlage.

Jedoch genügt es nach der Rechtsprechung des EuGH in anderen Fällen wiederum, wenn Maßnahmen von einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung abhängig gemacht werden oder eine ständige staatliche Kontrolle besteht.⁸⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Fonds, die „nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden und (...) gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, als staatliche Mittel (...) zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut“⁹⁰ werden und dem Staat infolge allein durch die Kontrolle zurechenbar sind. In Bezug auf die EEG-Umlage liegt dies durch-

⁸⁸ EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Slg. I-2004, 7164, Rn. 36.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-290/83, *CNCA*, Slg. 1985, 439, R. 5, 14 f.; EuGH, Rs. C-83/98, *Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission*, Slg. 2000, I-3271; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, *van der Kooy u.a./Kommission*, Slg. 1988, 219, Rn. 36 f.; EuGH, Rs. C-303/88, *Italien/Kommission, ENI-Lanerossi*, Slg. 1991, I-1433 Rn. 14; *Ehricke*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG*, Art. 87 EG Rn. 69.

⁹⁰ EuGH, Rs. 173/73, *Familienzusagen im Textilsektor Italien/Kommission*, Slg. 1974, 709 (719 f.), Rn. 35.

aus nahe. Dies führt, wie bereits anklang, zu einem recht inkonsistenten Bild in der EuGH-Judikatur. So wurde im Urteil „Steinike und Weinlig“⁹¹ als auch im Fall „DEFI“⁹² einfach schon deshalb von einer Beihilfe ausgegangen, weil die Verwendung der erhobenen parafiskalischen Abgaben der „Umsetzung einer vom Staat festgelegten Politik“⁹³ gedient hätten. Anders als beim EEG waren dort allerdings verfügende und staatlich kontrollierte Stelle identisch, was gerade eine andere Beurteilung beim EEG nahe legt. Interessant sind insoweit auch die Ausführungen des EuGH beim „Pearle“-Urteil, wonach die Beitragsverwendung zur Werbekampagne des Berufsverbandes eben „in keinerlei Weise Teil einer von den niederländischen Behörden definierten Politik war.“⁹⁴ So könnte man davon ausgehen, dass der EuGH im gleichen Sinne entschieden hätte, wenn es sich bei dem Optikerverband um eine staatliche Stelle gehandelt hätte.⁹⁵ Nach dieser Auffassung könnte unter Hinweis auf das öffentlich-rechtliche Genehmigungsverfahren bzw. staatlicher Kontrolle⁹⁶ durch das BAFA, eine Zurechenbarkeit infolge von einer steuernden Einflussnahme des Staats bestehen. Je nachdem, welche Linie man betont, kommt man dazu, die generelle EEG-Umlage (!) als parafiskalische Abgabe zu sehen – oder eben nicht; sowohl die fehlende staatliche Finanzbelastung als auch die fehlende Begünstigung nationaler Unternehmen auf Kosten ausländischer Zahler gab jedenfalls Anlass, eine Beihilfe eher zu verneinen.

(2) Auffassung der Kommission

Die Lage wird dadurch noch etwas komplizierter, dass die für die Notifizierung von Beihilfen zunächst einmal zuständige Kommission – auch – bei parafiskalischen Abgaben eher eine etwas strengere Linie als der EuGH, auch nach „PreussenElektra“, wiederum im Sinne eines eher „teleologisch weiten“ Verständnisses von Beihilfen. Die staatliche Anordnung der Abgabe und Festsetzung der Höhe genügt nach Auffassung der Kommission, um eine hinreichende Kontrolle für eine Zurechenbarkeit zum Staat zu

⁹¹ EuGH, Rs. 78-76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595.

⁹² EuGH, Rs. 259/85, DEFI, Slg. 1987, 4394.

⁹³ EuGH, Rs. 259/85, DEFI, Slg. 1987, 4394. Rn. 11.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-345/02, Pearle BV u.a./Hoofdbedrijfschap Ambachten, Slg. I 2004, 7164, Rn. 37.

⁹⁵ Vgl. Heidenhain, EuZW 2005, S. 6.

⁹⁶ EuGH, Rs. 290/83, CNCA, Slg. 1985, 439, Rn. 5, 14 f.; EuGH, Rs. C-83/98 P, Ladbrooke Racing, Slg. 2000, I-3271; EuGH, Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, van der Kooy, Slg. 1988, 219, Rn. 36 f.

begründen. Dies gelte insbesondere, wenn eine solche Abgabe im Gegensatz zu „PreussenElektra“ für Verluste erhalten soll, die durch staatliches Handeln entstehen.⁹⁷ Die Kommission sieht deshalb aktuell beim österreichischem Ausgleichsmechanismus, der einen Teil der Einspeisevergütung durch die Anschlussgebühren deckt und einen anderen Teil durch die Stromeinkäufer, die der Abnahmeverpflichtung unterliegen, eine Beihilfe in Form einer parafiskalischen Abgabe. Danach ging die Kommission bei den ÜNB vor allem von einem starken staatlichen Einfluss aus, da die anfallenden Vergütungspflichten gegenüber den EE-Anlagenbetreibern Leistungen seien, die im Unterschied zu dem „PreussenElektra“-Urteil als staatlich zu sehen seien, weil diese Zwischenschaltung des Staates der Abgabenteil qualifiziere⁹⁸, sodass er auch nach den „Stardust“-Kriterien selbst zu öffentliche Mittel gezählt werden müsste.⁹⁹ Ein starrer Vergleich zum zuletzt bzw. gegenwärtig kontroversen österreichischen oder luxemburgischen EE-Ausgleichssystem¹⁰⁰ ist bei alledem nicht blind zu ziehen, da in jenen Fällen der staatliche Einfluss stärker ausgeprägt ist.¹⁰¹ Der entscheidende Unterschied zum deutschen Ausgleichsmechanismus ist, dass das österreichische EVU in überwiegend staatlicher Hand ist, womit das Prinzip des EE-Ausgleichs auch eindeutig staatlich geprägt ist.

Dergleichen wurde die Verbraucherabgabe als staatlich angesehen, da sie einerseits fiskalische Merkmale infolge der allgemeinen Verbindlichkeit aufweise andererseits von einer öffentliche Stelle angeordnet bzw. beaufsichtigt wurde, sodass diese Abgaben vor der Weiterleitung an die EE-Anlagenbetreiber ebenso staatliche Bezüge ausweisen. Insbesondere weist die Kommission zur Begrenzung auf die Kriterien der „Pearle“-Rechtsprechung hin, wonach bei strikter Zweckbindung auch Zahlungen aufgrund von öffentlich rechtlichen Satzungen privater Natur sein können. Allerdings überzeugt dies nur bedingt. So werden rein private Förderungen zugunsten be-

⁹⁷ Entscheidung KOM v. 02.03.2005, Beihilfe-Nr. NN 80/2004 (wird zu C 7/2005), Abl. C 63/2 vom 15.03.2005.

⁹⁸ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

⁹⁹ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹⁰⁰ Vgl. EuGH, C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten, Slg. I-2001, 8365; Entscheidung KOM. v. 23.10.2001, Beihilfe-Nr C 43/2002 (ex NN 75/2001) – Ausgleichsfonds für die Stromwirtschaft, Abl. 2002, C 255/15 f.

¹⁰¹ *Schneider*, ZNER 2003, S. 93 (98).

stimmter Unternehmen eindeutig nicht einer Beihilfe zugeordnet, auch wenn sie nur bestimmten Unternehmen dienen. Die Kommission sah bisher in Kostenwälzregelungen der Mitgliedstaaten, die (anders als das EEG) eine staatliche Anordnung und Verwaltung aufwiesen, infolge der EE-Abnahmeverpflichtung eine parafiskalische Abgabe, die mit dem gemeinsamen Markt als vereinbar erachtet wurden. Mangels ausschließlichen Eigennutzes wurden die Fördermaßnahmen als klimaschutzdienlich eingeordnet und waren somit zulässig.¹⁰² Die EEG-Umlage an sich dient zunächst zur Deckung der erhöhten Einspeisetarife für die Netzbetreiber. Unabhängig davon, ob jene Fonds durch eine haushaltsgebundene Anschlussgebühren (so in den Niederlanden¹⁰³, Österreich¹⁰⁴) oder über eine verbrauchsabhängige Abgabe (Luxemburg¹⁰⁵, Österreich¹⁰⁶) gespeist werden, die durch den Elektrizitätsversorger oder Netzbetreiber¹⁰⁷ oder durch den Verwalter des Fonds¹⁰⁸ erhoben wurden, hat die Kommission jene parafiskalischen Abgabensysteme genehmigt. Diese Art der Fonds dienen eben nicht einer allgemeinen staatlichen Mittelgenerierung o.ä., sondern direkt den Betreibern von EE-Anlagen, die so eine Vergütungsgarantie gegenüber den ÜNB haben.¹⁰⁹ Die Kommission stellte zwar fest, dass „dieser Finanzierungsmechanismus zur Benachteiligung von importiertem Ökostrom“ führen könnte, „da dieser ebenfalls zur Finanzierung des nationalen Förderschemas herangezogen wurde, ohne selbst förderfähig zu sein“. Es läge daher eventuell ein Verstoß gegen Artikel 30 und 110 AEUV (früher Art. 25 und 90 EG) vor, wonach gerade die Ein- und Ausfuhrzölle zwischen den Mitgliedstaaten sowie Abgaben verboten sind, welche den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten benachteiligen könnten. Dies stellt letztlich eine Dis-

¹⁰² Z.B. Entscheidung KOM v. 24.4.2007, Beihilfe-Nr. C-7/2005 (Slowenien), L-219/9 2007; Entscheidung der KOM v. 28.01.2009, Beihilfe-Nr. NN 75/01 (wurde zu C-43/02), 20.06.2009, ABl. L-159/11; vgl. *Scheel*, DÖV 2009, S. 529 ff.

¹⁰³ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

¹⁰⁴ Entscheidung KOM v. 19.5.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹⁰⁵ Entscheidung KOM v. 05.06.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002.

¹⁰⁶ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹⁰⁷ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

¹⁰⁸ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹⁰⁹ Entscheidung KOM v. 5.6.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002.

tanzierung vom „PreussenElektra“-Urteil dar.¹¹⁰ Vor diesem gesamten Hintergrund ist die gesamte Diskussion zwar stets vielschichtig, ebenso wie die EuGH-Judikatur¹¹¹; die besseren Argumente sprechen jedoch dagegen, die EEG-Umlage als Beihilfe einzustufen.

- e) *Andere Beurteilung von „Vorteil“/ „Selektivität“/ „Staatlichkeit“ wegen Vorliegens einer parafiskalischen Abgabe in Gestalt des besonderen Ausgleichs?*

All dies betraf die EEG-Umlage (und die EE-Förderung) als solche. Doch wie wirkt sich dies auf die Beihilfenqualität des besonderen Ausgleichs zugunsten stromintensiver Unternehmen aus? Diese Frage richtet sich, wie bereits anklang, nicht allein auf die Frage der Staatlichkeit, sondern auch auf die Frage nach Vorteil und Selektivität als weiteren Merkmalen des Beihilfentatbestandes. Der besondere Ausgleich „fördert“ anders als die EEG-Umlage ja nicht die EE-Anlagenbetreiber, sondern entlastet im Gegenzug stromintensive Unternehmen. Ob im einen Fall und im anderen Fall eine Beihilfe vorliegt, sind letzten Endes zwei ganz verschiedene Fragen. Dennoch scheint die Kommission umstandslos davon auszugehen, dass beispielsweise der eben beschriebene österreichische EE-Fördermechanismus sowohl hinsichtlich der EE-Anlagenförderung als auch hinsichtlich der Entlastung stromintensiver Unternehmen gleichermaßen eine Beihilfe darstellt (die Kommission hält lediglich bei der Rechtfertigung eine Differenzierung zwischen beiden Mechanismen für nötig). Dies erscheint freilich wenig einsichtig, da völlig unterschiedliche Entitäten – und dies in völlig unterschiedlicher Weise – begünstigt werden. Der EuGH hat demgegenüber zunächst einmal – soweit ersichtlich – das Verhältnis von EE-Umlage und Entlastung einzelner Unternehmen bisher zwar nicht thematisiert, allerdings auch keine Gleichsetzung vorgenommen.

Explizit erklärt der EuGH sodann zu Befreiungen von Unternehmen im Falle Österreichs (wie dies die Kommission bereits gegenüber der deutschen Ökosteuern 1999 durchgesetzt hatte), dass keine Beihilfe vorläge,

¹¹⁰ So Schlussanträge GA *Mengozi* zu EuGH, Rs. C-206/06, *Essent*, noch nicht in aml. Slg.; so auch *Ekarde/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (215); Kritik dazu: *Schneider*, ZNER 2003, S. 93 (98).

¹¹¹ Wichtig ist zudem: Wenn der neue Wälzungsmechanismus des EEG 2009 zugunsten der EEG-Anlagebetreiber von der Kommission notifiziert wurde, musste die gesamte Finanzierungsweise dargelegt worden sein. Letzter ausdrücklicher Hinweis in: EuGH, verb. Rs. C-261/01 und C-262/01, Belgiens *Eugene van Calster* u.a., EuZW 2004, S. 87 ff., Rn. 50 ff.

wenn schlicht alle nationale Unternehmen von den Kosten der EE-Förderung befreit würden. Dagegen werden vom EuGH der „Vorteil“ und die „Selektivität“ umstandslos bejaht, sofern bestimmte Unternehmenstypen (in Deutschland eben: stromintensive Unternehmen) gegenüber anderen nationalen (!) Unternehmen vorgezogen würden. Dieses Vorziehen im innerstaatlichen Vergleich ist natürlich kaum von der Hand zu weisen; die Frage ist nur, ob nicht vielmehr ein Vergleich mit konkurrierenden ausländischen stromintensiven Unternehmen angezeigt wäre. Die EuGH-Position erscheint insofern verwunderlich, als die Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes, die von einer solchen Totalbefreiung ausginge, zweifelsfrei größer ist als bei der (teilweisen) Befreiung lediglich der stromintensiven Unternehmen. Dass sich aus der EuGH-Judikatur die „Staatlichkeit“ von Fondsmodellen für einen besonderen Ausgleich – wie sie in allerdings divergierender Form in Deutschland und Österreich anzutreffen sind – bejahen, vielleicht aber auch verneinen lässt, wurde eben bei der EEG-Umlage bereits deutlich, indem auf die Rolle der BAFA als staatliche Stelle abgestellt wurde.¹¹² Zum Vorteil und zur Selektivität erscheint die Gegenposition jedoch erneut als nicht eindeutig, sondern mit vielleicht besseren Argumenten gegen die dargestellte EuGH-Position entwickelbar:

Zieht man diesen letztgenannten Vergleich, dann sollte konkret gefragt werden, welche ausländischen Unternehmen gegenüber welchen inländischen Unternehmen (die im Gemeinsamen Markt mit ähnlichen Produkten miteinander konkurrieren) durch §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV in eine nachteilige Position geraten – oder eben gerade nicht. Ist das nicht der Fall, fehlt es entweder – wie oben bereits anklang – an der Gewährung eines Vorteils oder an der Selektivität der Förderung. Wenn man einmal die nationalen stromintensiven Unternehmen mit den ausländischen stromintensiven Unternehmen vergleicht, ließe sich argumentieren, dass die nationalen gerade nicht gegenüber den ausländischen Unternehmen besser gestellt werden. Denn mit der Reduktion der EEG-Umlage auf 0,05 ct/kWh per besonderen Ausgleich tragen jene Unternehmen immer noch einen Teil der EE-Stromkosten – wenn auch stark reduziert. Hingegen besteht für die ausländischen Unternehmen eine solche EEG-Umlage nicht (denn sie sind mangels Anwesenheit in Deutschland keine Letztverbraucher im Sinne des EEG), wodurch auch keine entsprechende Verpflichtung besteht. Indem also keine Zahlungsverpflichtung der ausländischen Unternehmen vorliegt,

¹¹² EuGH, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Slg. I-2001, 8365.

kann die fehlende Befreiung von einer derartigen Belastung eigentlich auch nicht als Nachteil erlebt werden. Vielmehr stehen die ausländischen stromintensiven Unternehmen, wenn man das EEG als Ganzes betrachtet, u.U. sogar besser da als inländische Unternehmen. Die inländischen Unternehmen sind zunächst einmal durch die Zahlung der EEG-Umlage belastet, wenngleich sie trotz der Reduktion per Saldo EEG-Anteil über ihre Stromrechnung leisten. Die ausländischen Unternehmen zahlen dagegen gar nichts. Die inländischen Unternehmen stehen also de facto zunächst schlechter als die ausländischen.

Man kann dies wie folgt zuspitzen: Für die ausländischen Unternehmen ist aufgrund des eben Gesagten die Welt (a) „EEG mit besonderem Ausgleich“ eine günstigere Welt, als wenn (b) einfach das EEG in Gänze gestrichen würde. Im Falle b) gäbe es zwar keine Stromintensitäts-Erstattung mehr, aber es gäbe dann auch keine (den besonderen Ausgleich übersteigende) EEG-Umlage mehr. Nur wenn man ein EEG per se als existent voraussetzt, dann ist eine Welt „ohne besonderen Ausgleich“ für ausländische stromintensive Unternehmen günstiger. Und wenn Deutschland das EEG schlimmstenfalls auch einfach gänzlich aufheben könnte und genau dies ausländischen Wettbewerbern stromintensiver Unternehmen eher schaden als nützen würde, so erscheint es als zweifelhaft, die Existenz von §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV für ein Beihilfenproblem zu halten. Folglich könnte lediglich von einer Besserstellung der stromintensiven Unternehmen gegenüber dem inländischen nicht-stromintensiven Unternehmen die Rede sein. Diese letztgenannte Besserstellung ist jedoch kein unionsrechtliches Problem, sondern eher ein Problem für den allgemeinen Gleichheitsrecht des nationalen Verfassungsrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Gleichwohl könnte sich der Tatbestand einer Beihilfe dadurch ergeben, dass man sagt: Gesetze wie das EEG gibt es in diversen EU-Ländern, aber ohne besonderen Ausgleichsmechanismus – folglich haben stromintensive Unternehmen in anderen Ländern die Kosten der dortigen EEG-Umlage, sie haben aber nicht wie deutsche Unternehmen den Vorteil des besonderen Ausgleichs. Dabei ist zu bedenken, dass die neue EE-RL die Existenz eines nationalen Fördermechanismus auch ausdrücklich nahe legt, in dem die EE-RL nationale EE-Ausbauziele bis zum Jahr 2020 formuliert. Allerdings läge eine Beihilfe dann nur zum Nachteil von Unternehmen aus Mitgliedstaaten „ohne EE-Fördergesetz mit Ausgleichsmechanismus“ vor. Insgesamt ist nach alledem festzuhalten, dass gute Argumente bestehen, den Tatbestand einer Beihilfe zu verneinen – sowohl für die EE-Umlage als auch für den

besonderen Ausgleich als solchen –, dass allerdings auch Ansatzpunkte dafür gegeben sein könnten, eine gegenteilige Auffassung zu vertreten.¹¹³

f) *Hilfsweise: Rechtfertigung einer etwaigen Beihilfe*

Nimmt man an, dass eine Beihilfe vorliegt (am letzten Merkmal, der Wettbewerbsverzerrung, würde es, wenn man davor die Merkmale bejaht, wohl nicht scheitern – oder man verortet die eben vorgetragene Argumentation zu Vorteil/ Selektivität/ Staatlichkeit bei genau dem Punkt „Wettbewerbsverzerrung“), wäre nach der Rechtfertigung der Beihilfe zu fragen. Hier ergibt sich folgendes Bild: Unabhängig davon, ob die Fonds einer parafiskalischen Abgabe durch eine haushaltsgebundene Anschlussgebühren (so in den Niederlanden¹¹⁴ und Österreich¹¹⁵) oder über eine verbrauchsabhängige Abgabe (Luxemburg¹¹⁶, Österreich¹¹⁷) gespeist werden, die durch den Elektrizitätsversorger oder Netzbetreiber¹¹⁸ oder durch den Verwalter des Fonds¹¹⁹ erhoben wurden, hat die Kommission jene Abgabensysteme stets genehmigt, auch wenn sie den Tatbestand einer Beihilfe wohl durchgängig als gegeben angesehen hat. Mangels ausschließlichen Eigennutz wurden die Fördermaßnahmen Klimaschutzes als dienlich eingeordnet und waren somit zulässig.¹²⁰ Hintergrund dessen ist, dass die Kommission bereits 2001 einen Gemeinschaftsrahmen über staatliche Umweltschutzbeihilfen erlassen hat. Dieser sah unter anderem auch Regelungen vor, die es einem Mitgliedstaat

¹¹³ Diese europarechtlichen Risiken sind – neben den ökologischen Erwägungen aus der Einleitung – ggf. ein Argument dafür, die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit künftig weniger über Ausnahmen für bestimmte Industriezweige zu suchen, sondern vielmehr über ein System von Border Adjustments, wie sie einleitend angesprochen wurden; vgl. nochmals *Ekardt/Schmeichel*, *Critical Issues in Environmental Taxation* 2009, S. 737 ff.

¹¹⁴ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

¹¹⁵ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹¹⁶ Entscheidung KOM v. 05.06.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), C-255/15 2002.

¹¹⁷ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹¹⁸ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und 708/2002 (Niederlande), C-148/2 2003.

¹¹⁹ Entscheidung KOM v. 19.05.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, C-221/8 und C-221/9 2006.

¹²⁰ Vgl. auch Entscheidung KOM v. 24.04.2007, Beihilfe-Nr. C-7/2005 (Slowenien), L-219/9 2007; Entscheidung KOM v. 28.01.2009, Beihilfe-Nr. NN 75/01 (wurde zu C-43/02), 20.06.2009, ABl. L-159/11.

ermöglichte, Befreiungen von neuen Steuern – mit Vorliegen einer parafiskalischen Abgabe ist wohl auch die EEG-Umlage als eine solche zu sehen –, die infolge von Umweltschutzmaßnahme erlassen wurden auszusprechen. Diese Privilegierung muss jedoch infolge der besonderen Belastung der Industrie durch nationale Förderungsprogramme im Rahmen des Einsatzes von erneuerbaren Energien stattfinden.¹²¹ So sah es die Kommission auch im Fall des luxemburgischen Ausgleichsmechanismus zugunsten des besonders belasteten Gewerbes eine gerechtfertigte Beihilfe, weil jene Zahlungen letztlich auch Bestandteil der nationalen EE-Förderprogramme waren. Jene Unternehmen unterlagen selbst Reduktionsvorgaben¹²² sowie anderen zu ergreifenden Umweltschutzmaßnahmen. Zusätzlich zu alledem könnte die obige Infragestellung von Vorteil/ Selektivität/ Staatlichkeit zumindest als Argument für die Rechtfertigung einer eventuell doch tatbestandlich vorliegenden Beihilfe herangezogen werden.

Ob dies im Falle der §§ 40 ff. EEG i.V.m. dem AusglMechV – in Anbetracht vielfältiger klimaschutzrechtlicher Regulierungen für Unternehmen – ebenfalls so gesehen werden könnte, ist offen, sicherlich gut denkbar, letztlich allerdings wohl nicht abschließend klärungsbedürftig. Denn der Gemeinschaftsrahmen galt nur bis zum 31.12.2008 (vgl. Art. 82). Das novelierte EEG sowie die AusglMechV traten erst danach in Kraft, sodass nunmehr die neuen Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen herangezogen werden müssen. Diese sehen auch weiterhin die Befreiung von besonderen Belastungen infolge von nationalen Förderprogrammen vor, jedoch bestehen nun höhere Anforderungen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit und Transparenz der Maßnahmen (Rn. 57). Ein Gesichtspunkt ist dabei, wie bereits bei der Auffassung der Kommission anklang, dass mit Notifizierung einer Regelung – hier des EEG – der besondere Ausgleich als Bestandteil des Förderungssystems vorgelegt worden sein muss. Der besondere Ausgleich des EEG könnte insoweit akzeptiert werden, wenn die entsprechenden Unternehmen Umweltschutzmaßnahmen ergreifen. Ob dies im Falle des EEG zu einer Rechtfertigung führen würde, wäre offen, da in Luxemburg beispielsweise eigene Reduktionsverpflich-

¹²¹ Art. 51 Abs. 1 Nr. 1 a) Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 2001, C 37/03.

¹²² Entscheidung KOM v. 28.01.2009, Beihilfe-Nr. NN 75/01 (wurde zu C-43/02), 20.06.2009, ABl. L-159/11; die Regelungen des luxemburgischen Fördergesetzes für erneuerbare Energien ließen einen besonderen Ausgleich nur zu, wenn das Unternehmen selbst eine Reduktionsrate von 15 % aufwies bzw. selbst den Einsatz regenerativer Energie besonders fördern.

tungen der Unternehmen vorgesehen waren. Zudem müsste die Befreiung verhältnismäßig sein. Angesichts der Zahl der Antragsteller und eben auch vergleichbaren Regelungen in anderen Mitgliedstaaten erscheint dies bei summarischer Betrachtung so. Zudem tragen die Unternehmen meist weiterhin einen Teil der EEG-Umlage. Bei alledem ist auch zu bedenken, dass der EuGH möglicherweise eine weniger strenge Position als die Kommission einnehmen wird. Somit bestehen im Ergebnis auf mehreren Stufen gute Argumente dafür, keinen Konflikt der §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV mit dem Beihilfenregime anzunehmen.

2. Vereinbarkeit des besonderen Ausgleichsmechanismus für stromintensive Unternehmen mit der Warenverkehrsfreiheit?

Weiterhin stellt sich die Frage, ob der besondere Ausgleichsmechanismus mit der Warenverkehrsfreiheit, die der Schaffung und Sicherung eines freien Warenverkehrs unter normalen Wettbewerbsbedingungen dient, vereinbar ist. Grundsätzlich stellt sich diese Frage auch für die EEG-Umlage als solche. Insoweit dürfte sich durch die AusglMechV freilich keine andere Beurteilung ergeben als für die bisherige EEG-Rechtslage; insoweit kann daher auf die Ausführungen andernorts verwiesen werden.¹²³ Wie aber ist es mit dem besonderen Ausgleich?

a) Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit

Für die Grundfreiheiten ist zunächst immer von Bedeutung, ob aufgrund konkretisierenden und daher vorgehenden Sekundärrecht die Prüfung der Grundfreiheiten bereits ausgeschlossen ist. Sobald ein Bereich des gemeinsamen Marktes harmonisiert ist, können die Mitgliedstaaten nationale Alleingänge nur noch im Rahmen der begrenzten Voraussetzungen von Art. 114 AEUV (früher Art. 95 EG) unternehmen; denn das allgemeine Tatbestand-Rechtfertigungs-Schema z.B. der Warenverkehrsfreiheit regelt die Kollision des Freihandels mit anderen Belangen nur grobmaschig, wogegen eine konkretisierende Regelung diesen Konflikt bereits abschließend ausgestaltet haben kann.¹²⁴ Die als Sekundärrecht in Frage kommende EE-RL

¹²³ Vgl. *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff.

¹²⁴ *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 95 Rn. 6; *Fischer*, in: *Lenz/Borchardt* (Hg.), EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 95 Rn. 7; *Müller/Bitsch*, ZNER 2007, S. 385 ff.; näher zur Begründung *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (179 ff.); siehe aber

hat jedoch die Frage eines besonderen Ausgleichs – oder überhaupt der Gestaltung von EE-Fördersystemen nicht geregelt und somit auch nicht abschließend ausgestaltet. Mithin steht kein Sekundärrecht der Prüfung der Warenverkehrsfreiheit im Wege.

Man könnte weiter fragen, ob die Anwendbarkeit der Art. 30 ff. AEUV (früher Art. 25 ff. EG) dadurch ausgeschlossen ist, dass bereits das Beihilfenregime geprüft wurde. Grundsätzlich muss beim Vorliegen einer Beihilfe in Form einer parafiskalischen Abgabe jedoch auch die Marktvereinbarkeit unter besonderen Verweis auf Art. 30 ff. AEUV und ggf. auch Art. 110 AEUV vorliegen.¹²⁵ Gerade wenn eine Beihilfe gar nicht vorliegt, ist grundsätzlich der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet. Letztendlich verfolgen Beihilfenregime und Warenverkehrsfreiheit „das gemeinsame Ziel, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter unverfälschten Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen“.¹²⁶ Sind beide tatbestandlich einschlägig, muss indes die Rechtfertigungsprüfung durch entsprechende Interpretation harmonisiert werden, um Wertungswidersprüche zu verhindern.

b) Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit

(1) Bestehen eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit?

Die Warenverkehrsfreiheit schützt grundsätzlich den innergemeinschaftlichen Handel, indem jede nachteilige Beeinflussung in Bezug auf das Einfuhrvolumen, die Veränderung der Handelsströme oder auch der Kanalisierung von Importen vermieden werden muss.¹²⁷ Dabei ist voranzuschieken,

auch differenzierend *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht, 2002, S. 113 ff. – Zudem hat im Falle einer Harmonisierung der europäische Gesetzgeber einen Konflikt bereits abschließend abgewogen, wogegen bei der Rechtfertigungsprüfung einer Grundfreiheit zunächst einmal ein Mitgliedstaat die Abwägung vorzunehmen hat (wobei er natürlich die durch das Rechtfertigungsschema gezogenen Abwägungsgrenzen einhalten muss).

¹²⁵ In diesem Sinne EuGH, Rs. 73/79, Kommission/Italien Sovraprezzo, Slg. 1980, 1533, Rn. 15; EuGH, verb. Rs. C-261/01 und C-262/01, *Belgiens Eugene van Calster u.a.*, EuZW 2004, S. 87 ff., Rn. 48.

¹²⁶ EuGH, Rs. 21/88, Du Pont, Slg. 1990, I-889,992; Rn. 20; näher zum Verhältnis des Beihilfenregimes zur Warenverkehrsfreiheit *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff. passim.

¹²⁷ Vgl. *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze (Hg.) Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl., 2009, Bd. 1, Art. 28 EG, Rn. 51.

dass die Grundfreiheiten (die eben vor der echten Harmonisierung ansetzen) keine vollständige Marktgleichheit fordern, sondern lediglich einen freien Marktzugang.¹²⁸ Die Waren des stromintensiven Gewerbes stellen handelbaren Waren dar, die sowohl im nationalen als auch internationalen Rahmen veräußert werden sollen. Insofern könnte also die Warenverkehrsfreiheit zu Lasten von Produkten EG-ausländischer stromintensiver Unternehmen beeinträchtigt sein. Und bei der Warenverkehrsfreiheit geht es – was bei der Beihilfe kontrovers ist – definitiv um den Vergleich mit EG-ausländischen Unternehmen und nicht mit inländischen Unternehmen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit nach der so genannten „Dassonville“-Formel bestimmt. Es bedarf danach zur Qualifikation einer staatlichen Maßnahme in die Warenverkehrsfreiheit keines konkreten Nachweises; vielmehr genügt es, dass eine Maßnahme unmittelbar oder mittelbar sowie tatsächlich oder potenziell geeignet ist den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, ohne dass es auf das spezifische Ziel ankommt.¹²⁹ In Rahmen der Warenverkehrsfreiheit werden – anders als bei der Beihilfe – Maßnahmen, die auf Grundlage von Gesetzen basieren, als staatliche Maßnahmen verstanden, sobald ein hoheitlicher Zwischenakt vorliegt.¹³⁰ Zumindest an der „Staatlichkeit“ besteht für das EEG 2009 i.V.m. der AusglMechV im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit, im Gegensatz zur Beihilfe, also kein Zweifel.

Fraglich ist jedoch, ob eine Beschränkung der EG-ausländischen Unternehmen vorliegt. So könnte eine Beschränkung derart vorliegen, dass durch finanzielle Förderungen an das stromintensive Gewerbe inländische Erzeugnisse eine bessere Behandlung erfahren.¹³¹ Es ist dabei gerade nicht der

¹²⁸ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097; EuGH, Rs. C-369/88, Delattre, Slg. 1991, I-1487; *Pache*, in: Schulze/Zuleeg (Hg.), Europarecht, 2006 S. 322 f., Rn. 12.

¹²⁹ EuGH, Rs. 53/76, Bouhelier, Slg. 1977, 197; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 28 Rn. 37; *Hödl*, Die Beurteilung von verkaufsbehindernde Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 77.

¹³⁰ Z.B. EuGH, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649; EuGH, Rs. 302/86, Pfandflaschen, Slg. 1988, 4607; allgemein zur weiten Auslegung der Grundfreiheiten *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV und EGV, Art. 28 Rn. 51; allgemein auch *Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr. Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art 30 EGV vor und nach dem Urteil „Keck und Mithouard“, 1998; *Keun*, Mitgliedstaatliche Handlungspflichten bei Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs durch Private, 2006.

¹³¹ Ob demgegenüber ein Warenverkehrsfreiheitsproblem mit dem Strom selbst (!) als Ware

Marktzugang der Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer Maßnahme mit Eingriffsqualität, sondern die Wirkung der Maßnahme ist maßgeblich¹³²; die Mitgliedstaaten sollen sich nicht ihrer Verantwortung entziehen können, indem sie handelsbehindernde Maßnahme erlassen, die die Privatindustrie involvieren.¹³³ Dabei kommt es auf die Möglichkeit der Behinderung des freien Warenverkehrs an und nicht auf das mit der Maßnahme verbundene Ziel (welches erst im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung eine Rolle spielt).¹³⁴ Dies ist insbesondere deshalb so weit zu verstehen, weil die versteckte, wirkungsgleiche Beeinträchtigung des Handels durchaus schwerer wiegen kann als ein offensichtlicher Zoll.¹³⁵ Das Problem im Falle der §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV besteht nun erneut darin, ob dadurch einheimische Produzenten wirklich billiger ihre Waren anbieten können als stromintensive EG-ausländische Unternehmen, die nicht in den Genuss des besonderen Ausgleichs kommen. Betrachtet man allein den besonderen Ausgleichsmechanismus und nicht das EEG insgesamt, liegt vor diesem Hintergrund zweifelsfrei ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vor. Wenn nicht, dann nicht – hier wiederholt sich das Problem von der Beihilfe.

In jedem Fall könnte man sagen, wenn man die Beschränkung derart annimmt, dass §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV keine bloße „nationale Verkaufsregelung“ o.ä. im Sinne der „Keck“-Rechtsprechung darstellen – also eine unterschiedslos für alle Unternehmen rahmensetzende Regelung –, würde das einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit dann doch noch ausschließen. Nach der „Keck“-Entscheidung des EuGH¹³⁶ liegt kein Eingriff vor, wenn staatliche Maßnahmen „bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, [die] auf Erzeugnisse aus anderen Mitglied-

festgestellt werden kann, erscheint eher zweifelhaft.

¹³² Schmid-Kühnhöfer, Die Staatlichkeit von Beihilfen, S.42 f.; Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 25 Rn. 8; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 28-30 Rn. 55.

¹³³ EuGH, Rs. 249/81, Buy Irish, Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005, Rn. 13 f.; EuGH, Rs. 22/82, Apple and Pear Development Council gegen K.J. Lewis Ltd u.a., Slg. 198, 4083, Rn. 17 f.; EuGH, Rs. C-325/00, CMA, Kommission/Deutschland, Slg. 2002, I-9993, Rn. 15, 17.

¹³⁴ Lux, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 28 Rn. 27; EuGH, Rs. 53/76, *Bouhelier*, Slg. 1977, 197; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 28-30 Rn. 55.

¹³⁵ Jensch, Die Warenausführungsfreiheit des EG-Vertrages, S. 93 f.; Veelken, EuR 1977, S. 327; EuGH, Rs. 104/75, de Peijper, Slg. 1976, 613, 635; EuGH, Rs. 29/82, van Luipen, Slg. 1983, 151; siehe auch EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Slg. 1974, 837.

¹³⁶ EuGH, verb. Rs. C.145/88 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16.

staaten nicht geeignet [sind], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils „Dassonville“¹³⁷ unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für *alle* betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten *rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise* berühren.¹³⁸ Doch darum geht es bei §§ 40 ff. EEG i.V.m. der AusglMechV nicht.¹³⁹

Noch zweifelhafter erscheint, ob jenseits der mit Strom produzierten Produkte für den Strom selbst als Ware ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch das EEG und die AusglMechV vorliegt. Dass (a) der allgemeine EEG-Fördermechanismus (gemeint ist noch nicht der besondere Ausgleich!) entweder mangels Eingriffs oder aufgrund einer gegebenen Rechtfertigung – auch wenn der Fördermechanismus durch seine Strompreisrelevanz eine gewisse Relevanz für den Warenverkehr aufweist – nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt, wurde andernorts bereits erörtert.¹⁴⁰ Was (b) den besonderen Ausgleichsmechanismus als solchen angeht, so bestehen erstens wieder die eben formulierten Einwände. Zweitens ist unklar, worin eine „zusätzliche“ Beeinträchtigung des Warenverkehrs hinsichtlich der Ware Strom rein aufgrund des besonderen Ausgleichs zu erblicken sein sollte. Denn der besondere Ausgleich regelt letztlich nur die Verteilung der gesamtgesellschaftlichen EE-Ausbaukosten, ohne jedoch den

¹³⁷ EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Slg. 1974, 837.

¹³⁸ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 (H.n.i.O.).

¹³⁹ Man könnte jetzt auf den Gedanken kommen zu fragen, ob die Grundfreiheiten nicht doch auch die Wettbewerbsverhältnisse auf rein nationaler Ebene im Blick haben. Die Warenverkehrsfreiheit stellt eine besondere Art der Regelung der gleichen Freiheit dar – es soll jedem europäischen Marktteilnehmer zu gleichen Bedingungen möglich sein am europäischen Markt teilzunehmen. So hat der Generalanwalt *Tesouro* in seinem Schlussantrag zur Rechtssache „Hühnermund“ die Frage gestellt, ob es einzig um „die Liberalisierung des innergemeinschaftlichen Handels [ginge] oder [ob die Grundfreiheiten] allgemein die freie Ausübung der Handelstätigkeit in den Mitgliedstaaten fördern“ sollen; vgl. GA *Tesouro* im Schlussantrag: EuGH, Rs. C-292/92, Hühnermund, Slg. 1993, I-6787, 6800, Rn. 25; ebenso: Schlussanträge GA *Tizzano*, EuGH, CaixaBank, 2004, I/8961, Rn. 58. Vielleicht gibt dieser Punkt Anlass zu Nachfragen; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Classen*, EuR 2004, S. 416 (417); *Müller-Graff*, Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe, 2002, S. 36 und 56; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 28-30 Rn. 6; *Kingreen*, EuGRZ 2004, S. 570 (573 ff.); *Röhl*, Jura 2006, S. 321 (322 f.). Jedenfalls der EuGH ist dem bisher freilich nicht gefolgt.

¹⁴⁰ Vgl. *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 ff.

Preis z.B. von deutschem Strom insgesamt zu senken oder zu erhöhen. Wie bereits zu Beginn dargestellt, ist bei jedwedem Einspeisungsmodell eine Fokussierung auf das Inland unausweichlich. Soweit dadurch der inländische Strompreis ansteigt und dies dann schlicht ausgeglichen wird, liegt eben keine Privilegierung respektive zusätzliche Beeinträchtigung des Warenverkehrs vor, sondern eben nur eine Gleichbehandlung der gesamten europäischen Produzenten. Diese Überlegung besteht unabhängig davon, ob letztlich das Zwischenprodukt „Strom“ oder das Endprodukt die „Ware“ gehandelt wird.

(2) Hilfsweise: Rechtfertigung eines Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit¹⁴¹

Für Eingriffe in die Grundfreiheiten besteht freilich selbst dann, wenn der Eingriff zu bejahen sein sollte, wiederum die Möglichkeit einer Rechtfertigung. Eine Rechtfertigung im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit könnte zunächst über die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV (früher Art. 30 EG) gelingen.¹⁴² Danach können Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sein. Vorliegend könnte eventuell angeführt werden, der besondere Ausgleich zugunsten stromintensiver Unternehmen nütze dem gewerblichen Eigentum und könnte insoweit nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden. Dabei ist vorab von besonderer Bedeutung, dass die in Art. 36 AEUV aufgeführten Ausnahmen insgesamt restriktiv ausgelegt werden¹⁴³, damit der Gehalt der Grundfreiheiten nicht ausgehöhlt wird. Der Schutz der nationalen Wettbewerbsfähigkeit also Rechtfertigung wirtschaftlicher Art wird

¹⁴¹ Die Problematik ist nicht genau vergleichbar mit den Ausnahmeregelungen innerhalb des Emissionshandels, wie er jetzt auch für die Zeit ab 2013 (weiter-)entwickelt wird; denn diese sind, anders als der EEG-Ausgleichsmechanismus, bereits europarechtlich verankert.

¹⁴² Allgemein dazu *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (191 f.); *Keun*, Handlungspflichten, S. 21; *Lux*, in: *Lenz/Borchardt*, EU und EG-Vertrag, Art. 30 Rn. 3; *Müller-Graff*, in: *von Groeben/Schwarze*, EUV und EGV, Art. 30 Rn. 1 und 13 f.

¹⁴³ EuGH, Rs. 7/68, *Kunstschätze*, Slg. 1968, 63, 644; EuGH, Rs. 46/76, *Bauhuis*, Slg. 1977, 5 (15), Rn. 12, 17; EuGH, Rs. 113/80, *Irish Souvenirs*, Slg. 1981, 1625 (1638), Rn. 7; EuGH, Rs. 95/81, *Kommission/Italien*, Slg. 1982, 2187 (2204), Rn. 27; EuGH, Rs. C-205/89, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1991, I-1361 (1377), Rn.9.

jedenfalls nicht von Art. 36 AEUV erfasst.¹⁴⁴ Für den besonderen Ausgleich könnte jedoch eine Rechtfertigung über die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe gelingen. Infolge der weiten Voraussetzungen nach der „Dassonville“-Formel nimmt der EuGH eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit seit dem „Cassis de Dijon“-Urteil dahingehend vor, wonach bei „Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung (...) es Sache der Mitgliedstaaten [ist], alle (...) betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“¹⁴⁵ Solche zwingenden Belange sind etwa auch der Umweltschutz¹⁴⁶, kulturelle Zwecke, Sicherstellung eines finanziellen Gleichgewichts von sozialen Sicherungssystemen¹⁴⁷ sowie Aufrechterhaltung der Medienvielfalt¹⁴⁸, die Erhaltung und Aufwertung des kulturellen und künstlerischen Erbes¹⁴⁹, der Schutz von Arbeitnehmern¹⁵⁰ und die Verkehrssicherheit.¹⁵¹ Aber auch hier gilt, dass rein „wirtschaftliche Gründe (...) eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Warenverkehrs nicht rechtfertigen“ können.¹⁵²

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Rs. 7/6, Kommission/Italien, Slg. 1961, 693 (670); EuGH, Rs. 238/82, Duphar BV u.a., Slg. 1984, 523 (542); EuGH, Rs. C-120/95, Nicolas Decker/Caisse de maladie des employés privés, Slg. 1998, I-1831, Rn. 16; EuGH, Rs. 7/68, Kunstschätze, Slg. 1968, 63, 644; *Keun*, Handlungspflichten, S. 21.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, Rn. 8.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Rn. 58; vgl. EuGH, Rs. 302/86, Kommission/Dänemark, Slg. 1988, 4607, Rn. 8 f.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. 238/82, Duphar/Niederlande, Slg. 1984, 523, Rn. 16; EuGH, Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39; EuGH, Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931, Rn. 41; EuGH, Rs. C-157/99, Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473, Rn. 72; EuGH, Rs. C-385/99, Müller-Fauré und van Riet, Slg. 2003, I-4509, Rn. 73.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. 288/89, Kollektive Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Rn. 23.

¹⁴⁹ EuGH, Rs. C-180/89, Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Rn. 20.

¹⁵⁰ EuGH, Rs. 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305, Rn. 19; EuGH, Rs. C-279/00, Kommission/Italien, Slg. 2002, I-1425, Rn. 19; EuGH, Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919, Rn. 92.

¹⁵¹ EuGH, Rs. C-314/98, Snellers, Slg. 2000, I-8633, Rn. 55; EuGH, Rs. C-451/99, Cura Anlagen, Slg. 2002, I-3193, Rn. 59.

¹⁵² EuGH, Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831, Rn. 39; EuGH, Rs. 238/82, Duphar/Niederlande, Slg. 1984, 523 (542); EuGH, Rs. 72/83, Campus Oil, Slg. 1984, 2727

Dennoch könnte man – sofern ein Eingriff überhaupt bejaht wird – das Gleiche sagen wie schon bei der Beihilfe: dass der besondere Ausgleich letztlich Bestandteil des Fördersystems zugunsten der EE ist und deshalb an deren grundsätzlicher Rechtfertigung im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit – die andernorts dargelegt wurde¹⁵³ – Anteil hat. Ohne eine entsprechende Regelung gäbe es das EEG in der heutigen Form vielleicht nicht. Dies kann jedoch freilich nicht erwünscht sein, denn jenes stellt einen wichtigen Bestandteil des deutschen und somit auch europäischen Klimaschutz dar. Zudem unterliegen die besonders stromintensiven Unternehmen anderen umweltrechtlichen Pflichten. Gelangt die Prüfung bis hierhin, ist Raum für unterschiedliche Argumentationen.¹⁵⁴

c) *Exkurs: Vereinbarkeit mit Art. 30 AEUV bzw. Art. 110 AEUV*

Man könnte die Begünstigung stromintensiver Unternehmen, sofern darin eine parafiskalische Abgabe gesehen wird, freilich auch als einen Verstoß gegen das Zollverbot bzw. gegen das Verbot diskriminierender Abgaben sehen, also gegen Art. 30 AEUV bzw. Art. 110 AEUV. Die Abgrenzung der Normen stellt sich dabei wie folgt dar: Art. 110 AEUV hat den Sinn und Zweck, jegliche Diskriminierungen beim innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch diskriminierende inländische Abgaben zu beseitigen.¹⁵⁵ Art. 110 AEUV ist somit *lex specialis* zum allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV (früher Art. 12 EG), da er explizit nur diskriminierende inländische Abgaben erfasst.¹⁵⁶ Art. 30 AEUV verbietet dagegen die Erhebung von Ein- und Ausfuhrzöllen sowie Abgaben gleicher Wirkung *zwischen* den Mitgliedstaaten; dabei kann ein und die-

(2752); EuGH, Rs. C-265/95, Frankreich/Kommission, spanische Erdbeeren, Slg. 1997, I-6959, Rn. 62; EuGH, Rs. C-203/96, Dusseldorf, Slg. 1998, I/4075, Rn. 44; EuGH, Rs. 254/98, TK-Heimdienst Sass, Slg. 2000, I-151, Rn. 33; EuGH, Rs. C-398/98, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-7915, Rn. 30; *Dauses/Brigola*, in: Dauses (Hg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 23. Ergänzungslieferung 2008, Art. 28 Rn. 234; *Keun*, Handlungspflichten, S. 22.

¹⁵³ Vgl. dazu *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (190 ff.).

¹⁵⁴ Näher zur Rechtfertigungsprüfung bei der Warenverkehrsfreiheit – mit einem konkretisierenden Ansatz hinsichtlich der dabei vorzunehmenden gerichtlichen Abwägungskontrolle sowie hinsichtlich der Relevanz von Grundrechten – *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (190 ff.).

¹⁵⁵ EuGH, Rs. 148/77, Hansen Jun. und o.c. Balle GmbH & CO/Hauptzollamt Flensburg, Slg. 1978, 1787, Rn. 22.

¹⁵⁶ *Wolffgang*, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 90 Rn. 2.

selbe Abgabe nicht zugleich eine Abgabe zollgleicher Wirkung und eine inländische Abgabe sein.¹⁵⁷ Unter Abgaben zollgleicher Wirkung versteht man fiskalische oder parafiskalische Abgaben. Sie zeichnen sich aus, dass sie einseitig auferlegt werden und in Zusammenhang mit der Einfuhr des Erzeugnisses stehen.¹⁵⁸ Art. 110 AEUV erfasst dabei auch Konstellationen, in denen eine Abgabe faktisch ausschließlich nur auf ein eingeführtes Produkt Anwendung findet, weil es beispielsweise im Inland nicht oder sehr gering vorhanden.¹⁵⁹ Sobald eine Belastung infolge eines allgemeinen Abgabesystems ausschließlich zur Finanzierung von Tätigkeiten bestimmt ist¹⁶⁰, die den einheimischen Produkten in spezifischer Weise zugute kommen, oder das belastete Erzeugnis identisch ist mit dem einheimischen Unbelasteten, oder die auf dem einheimischen Produkten liegende Belastung vollkommen ausgeglichen werden¹⁶¹, sind die Vorschriften über zollgleiche Abgaben heranzuziehen. Insoweit ist in st. Rspr. des EuGH eine parafiskalische Abgabe, sofern eine solche vorliegt, grundsätzlich auch ein Eingriff in Art. 30 ff. AEUV.¹⁶² Freilich ist hier erneut zu betonen, dass diese Konzeption mangels kostenmäßiger Heranziehung von EG-ausländischen Unternehmen an sich wieder nicht recht auf die EEG-Umlage bzw. auf den besonderen Ausgleich passt.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595, Rn. 7; EuGH, Rs. 15/81, Schul Douane Expéditeur, Slg. 1982, 1409, Rn. 26.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 15/81, Gatou Schul/inspecteur des invoerrechtlen und accijnzen Slg. 982, 1409; EuGH, Rs. C387/01, Weigel/Finanzlandesdirektion für Vorarlber, Slg. 2004, I-49, 81; *Wolffgang*, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 90 Rn. 2.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 193/85, Co-Frutta, Slg. 1987, 2085, Rn. 14; EuGH, Rs. C/343/90, Manil José Lourenço Dias und dem Director da Alfândega do Porto (Leiter des Zollamts Porto), Slg. 1992, I-4673, Rn. 48 f., 53.

¹⁶⁰ EuGH, Rs. 73/79, Kommission/Italien Sovraprezzo, Slg. 1980, 1533, Rn. 15.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-347/95, UCAL, Slg. 1997, I-4911, Rn. 21; EuGH, Rs. 73/79, Kommission/Italien Sovraprezzo, Slg. 1980, 1533, Rn. 15; EuGH, Rs. C-78/90 bis C-83/90, Compagnie commerciale de l'Oüist u.a., Slg. 1992, I-1847, Rn. 26.

¹⁶² Vgl. beispielsweise EuGH, verb. Rs. C-78/90 bis C-83/90, Compagnie commerciale de l'Oüist u. a., Slg. 1992, I-1847, Rn. 27; EuGH, Rs. C-17/91, Lornoy u. a., Slg. 1992, I-6523, Rn. 21.