

## **Rechtsgutachten für den Wirtschaftsverband Windkraftwerke e.V.**

### **Vereinbarkeit des Marktmodells Energiewende des WVV mit der Warenverkehrsfreiheit**

#### **I. Sachverhalt**

Der Wirtschaftsverband Windkraftwerke e.V. fordert in einem in Zusammenarbeit mit BBH ausgearbeiteten Positionspapier in der aktuellen Debatte um die Weiterentwicklung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) eine Umgestaltung des Ausgleichsmechanismus, mit welchem die nach dem EEG abgenommenen Strommengen aus erneuerbaren Energien (EE) vergütet und Kosten umgelegt werden. Statt der im EEG-Ausgleichsmechanismus seit 2010 angelegten „finanziellen Wälzung“ über die so genannte EEG-Umlage fordert der WVV, dass sämtliche abgenommenen Strommengen aus erneuerbaren Energien in Echtzeit auf die in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen anteilig weitergeleitet werden. Als Energieversorgungsunternehmen wird für die rechtliche Prüfung in diesem Vermerk jede natürliche oder juristische Person angesehen, die Elektrizität an Letztverbraucher liefert (vgl. § 3 Nr. 2d EEG). Weiterhin wird davon ausgegangen, dass die Pflicht zur Abnahme des Stroms aus erneuerbaren Energien in Echtzeit für jedes Unternehmen eingreift, welches – und sei es auch nur mit einem Teil seines Portfolios – Strom an Letztverbraucher im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland liefert. International tätige Unternehmen würden demnach anteilig mit der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit belastet werden, wobei der von ihnen abzunehmende Anteil anhand der von ihnen in Deutschland an Letztverbraucher gelieferten Strommenge bemessen würde. Angestrebt wird mit der verpflichtenden Abnahme von EE-Strom in Echtzeit, dass die Energieversorgungsunternehmen selbst Wege suchen, den abzunehmenden EE-Strom bestmöglich in ihr jeweiliges Portfolio zu integrieren, so dass auch insgesamt die volkswirtschaftlichen Kosten für die Integration der EE-Strommengen möglichst gering gehalten werden.

Die vom WVV vorgeschlagene Änderung des EEG soll – hiervon gehen wir aus – hinsichtlich der Integration der EE-Strommengen in das Portfolio des jeweiligen Energieversorgungsunternehmens keine weiteren Vorgaben machen, sondern die Integration der EE-Strommengen dem Energieversorgungsunternehmen überlassen. Auch zur Weitergabe der dem Unternehmen entstehenden Mehrkosten an die Letztverbraucher soll das Gesetz keine Vorgaben machen. Es wird aber davon ausgegangen, dass eine Weitergabe von Mehrkosten an die Letztverbraucher – in Abhängigkeit von den jeweils geschlossenen Verträgen – grundsätzlich möglich ist. Auch im derzeitigen EEG-Ausgleichsmechanismus ist die Weitergabe der EEG-Umlage an die Letztverbraucher nicht geregelt. Die EEG-Umlage wird aber regelmäßig auf vertraglicher Basis von den Energieversorgungsunternehmen an ihre Kunden weitergegeben.

Alternativ zur verpflichtenden Abnahme von EE-Strommengen in Echtzeit sollen die Energieversorgungsunternehmen nach dem Modell des WVV auch die Möglichkeit haben, im Wege der Direktvermarktung Strommengen aus erneuerbaren Energien einzukaufen oder über eigene Anlagen zu erzeugen. Wenn ein Energieversorgungsunternehmen auf diese Weise einen Anteil erneuerbarer Energien an seinem Portfolio im Wege der Direktvermarktung erworben hat und Letztverbraucher damit beliefert, so soll nach einem noch weiter auszuarbeitenden Mechanismus das Unternehmen ganz oder teilweise von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit ausgenommen werden. Ziel des angestrebten Marktmodells Energiewende des WVV ist es, dass auf diese Weise möglichst viele Energieversorgungsunternehmen den Strom aus erneuerbaren Energien am Markt erwerben, anstelle ihn über die Direktverteilung in Echtzeit zu beziehen.

## **II. Prüfungsauftrag und Vorgehen**

In diesem Vermerk wird geprüft, ob der mit dem Marktmodell Energiewende vorgeschlagene Ausgleichsmechanismus des EEG mit den Vorgaben zur Warenverkehrsfreiheit in Artikeln 34 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vereinbar ist.

Das Ergebnis der rechtlichen Prüfung wird unter **III.** zusammengefasst. Für die rechtliche Prüfung werden zunächst das Urteil des EuGH in Sachen PreussenElektra (dazu unter **IV.**) sowie die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG vorgestellt (dazu unter **V.**), bevor unter **VI.** und **VII.** die Prüfung der Vereinbarkeit des Modells des WVV mit der Warenverkehrsfreiheit erfolgt.

## **III. Ergebnis**

Die Umstellung des EEG-Ausgleichsmechanismus auf eine anteilmäßige Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit auf alle Energieversorgungsunternehmen, die in Deutschland Strom an Letztverbraucher liefern, kann vereinbar mit den Vorschriften des AEUV zur Warenverkehrsfreiheit eingeführt werden. Über die bereits in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierten Punkte, aus denen das EEG von einigen Autoren für mit der Warenverkehrsfreiheit für unvereinbar gehalten wird, wirft eine Umstellung des Ausgleichsmechanismus auf eine Verteilung der EE-Strommengen in Echtzeit keine zusätzlichen Problemkreise der Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit auf.

### **1. Direktverteilung in Echtzeit**

Richtigerweise sind die Bestimmungen des EEG und damit auch eine dort etwaig geregelte Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit anhand der spezifischen Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG zu messen und nicht an den Bestimmungen zur Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 ff. AEUV – die Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit sind insoweit

schon **nicht anwendbar**. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen nicht mehr anhand von Art. 34 ff. AEUV zu prüfen, wenn eine mit der Warenverkehrsfreiheit selbst vereinbare Richtlinie der Union eine harmonisierte Regelung geschaffen hat. Die Richtlinie 2009/28/EG legt zwar nicht selbst ein (europaweit einheitliches) Fördersystem für Strom aus erneuerbaren Energien fest. Aber sie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Erreichung bestimmter Ziele für den Ausbau der erneuerbaren Energien und führt auch insoweit zu einer Harmonisierung, als sie regelt, dass die Mitgliedstaaten die in der Richtlinie aufgezählten Förderregelungen für Strom aus erneuerbaren Energien ergreifen dürfen. Hierzu gehören gerade auch „*direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarife und Prämienzahlungen*“. Die Richtlinie möchte das „*ungestörte Funktionieren*“ der verschiedenen nationalen Förderregelungen gewährleisten. Sie zeigt in Art. 3 Abs. 3 Satz 2, dass allein die Beihilfenvorschriften (aber eben nicht die Vorschriften zur Warenverkehrsfreiheit) noch neben der Richtlinie anwendbar sein sollen. Die alternative Aufzählung von „Einspeisetarifen“ und „Prämienzahlungen“ in der Richtlinie macht deutlich, dass sie sich sowohl auf Instrumente bezieht, in denen die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien ihren Strom selbst vermarkten und lediglich eine Prämie erhalten (Prämienzahlungen), als auch auf Systeme, in denen der Strom aus erneuerbaren Energien von einer dritten Person abgenommen und insgesamt vergütet wird (Einspeisetarif). Zur Regelung eines Einspeisetarifs gehört damit nahezu zwangsläufig auch eine Bestimmung darüber, wie die abgenommenen Strommengen aus erneuerbaren Energien verwendet bzw. weitergegeben werden können, so dass sie letztendlich zur Stromversorgung von Letztverbrauchern eingesetzt werden können. Auch die Regelung des Wälzungsmechanismus – und damit ebenfalls dessen Ausgestaltung als Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit – ist also grundsätzlich von der Gestaltungswirkung der Richtlinie 2009/28/EG erfasst. Anders könnte sich dies darstellen, wenn die Ausgestaltung der Direktverteilung in Echtzeit so erfolgt, dass rechtlich oder faktisch eine zusätzliche Diskriminierung ausländischer Energieversorgungsunternehmen stattfindet, die nicht schon durch diesen Wälzungsmechanismus an sich bedingt ist. Hier ist – beispielsweise bei der Ausgestaltung von Vorgaben zur Bilanzierung – darauf zu achten, dass diese für ausländische Marktteilnehmer so gut wie möglich ebenfalls handhabbar sind.

Sollte man hingegen davon ausgehen, dass die Vorschriften zur Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 ff. AEUV dennoch auf ein EEG mit Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit anwendbar sein sollten, dann wäre nach der konkreten Ausgestaltung dieses System weiter zu untersuchen, ob die Regelung unter eine **Bereichsausnahme im Sinne der Keck-Rechtsprechung** fällt. Dies erscheint deshalb möglich, weil es sich bei der Pflicht der Energieversorgungsunternehmen zur Abnahme von EE-Strommengen in Echtzeit um eine vertriebsbezogene Regelung handeln dürfte. Allerdings müsste mit einer entsprechend sorgfältigen Ausgestaltung des Mechanismus sichergestellt werden, dass er rechtlich und faktisch

in gleicher Weise auf ausländische wie auf einheimische Energieversorgungsunternehmen Anwendung findet, so dass Marktzutrittsschranken vermieden werden.

Selbst falls sich aber in gewissem Umfang faktisch unterschiedliche Auswirkungen einer Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit für ausländische und einheimische Energieversorgungsunternehmen ergeben sollten, könnte ein EEG mit einer solchen Pflicht aber jedenfalls über Art. 36 AEUV als Maßnahme zum „*Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen*“ **gerechtfertigt** sein. Bereits das Urteil des EuGH in Sachen PreussenElektra zeigt, dass eine gesetzliche Regelung zur Förderung der erneuerbaren Energien unter diese Zielsetzungen fällt. Mit der Einspeisevergütung sowie im Rahmen der Wälzung von EE-Strom in Echtzeit können diese Zielsetzungen auch in verhältnismäßiger Weise erfüllt werden. Eine andere Wälzung der EE-Strommengen, welche eindeutig weniger belastend für die Handelsteilnehmer wäre und zugleich auch das angestrebte Ziel einer möglichst effizienten Integration der EE-Strommengen verfolgt, ist nicht auszumachen. Die derzeitige EEG-Umlage könnte zwar insofern als weniger einschränkend angesehen werden, als sie sich auf eine finanzielle Belastung beschränkt. Andererseits haben die Energieversorgungsunternehmen bei der EEG-Umlage auch keine Möglichkeit, Kostenvorteile durch eine gute Vermarktung/Integration der EE-Strommengen herbeizuführen, so dass schon fraglich ist, ob sie durch die EEG-Umlage weniger belastet werden. Jedenfalls spricht viel dafür, dass die EEG-Umlage mit Blick auf das angestrebte Ziel der effizienten Integration der EE-Strommengen nicht in gleicher Weise geeignet ist, da die Strommengen dort an den Spotmarkt der Strombörse eingestellt werden und so die Integrationsmöglichkeiten der Energieversorgungsunternehmen teilweise ungenutzt bleiben.

Auch aus der Anforderung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen heraus sollte bei der Ausgestaltung eines EEG mit Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit aber darauf geachtet werden, dass der Mechanismus faktisch in möglichst gleicher Weise auf ausländische und einheimische Energieversorgungsunternehmen Anwendung findet.

## **2. Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung bei Grünstromanteil**

Entsprechend ist nach unserer Einschätzung auch die Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung des EE-Stroms in Echtzeit für den Fall, dass ein Energieversorgungsunternehmen seine Stromlieferungen an Letztverbraucher ganz oder anteilig aus im Wege der Direktvermarktung bezogenem EE-Strom bereitstellt, mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar. Die Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit ließe sich mit guten Gründen ebenfalls als eine Förderregelung im Sinne des Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG ansehen, so dass die Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit schon nicht anwendbar wären. Im Gegensatz zu Einspeisetarifen und Prämienzahlungen (und den damit verbundenen Ausgleichsmechanismen) ist die Maßnahme einer Befreiungsmöglichkeit von der Abnahme von

EE-Strom in Echtzeit aber nicht ausdrücklich als Förderregelung im Sinne der Richtlinie 2009/28/EG genannt. Sollte man die Befreiungsmöglichkeit daher am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit prüfen, könnte man in der Nichtberücksichtigung von im Ausland erzeugten EE-Stroms möglicherweise eine diskriminierende Behandlung sehen. Dagegen spricht aber, dass es sich bei der Ausnahmemöglichkeit von der Direktverteilung von EE-Strom allein um eine Förderregelung für direkt vermarkteten und in Deutschland erzeugten EE-Strom handeln soll, der nicht schon auf andere Weise durch das EEG gefördert worden ist. Daher ließe sich mit guten Gründen sagen, dass dieser Strom zu aus dem Ausland importierten EE-Strom bereits nicht gleichartig ist und daher **keine diskriminierende Behandlung** stattfindet.

Jedenfalls dürfte sich eine unterschiedliche Behandlung von ausländischem und einheimischem EE-Strom bei der Befreiungsmöglichkeit von der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit aber nach Art. 36 AEUV bzw. der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung **rechtfertigen** lassen. Denn eine Erstreckung der Befreiungsmöglichkeit auf im Ausland erzeugten EE-Strom würde angesichts des auf nationale EE-Förderregelungen ausgerichteten Ansatzes der Richtlinie 2009/28/EG bereits zu einem erheblichen Kontrolldefizit dahingehend führen, ob im Ausland erzeugter EE-Strom bereits eine anderweitige Förderung eines EU-Mitgliedstaates erhalten hat. Vor allem aber würde mit einer Erstreckung auf ausländischen EE-Strom eine (anteilige) Befreiung gewährt werden, obwohl mit dem im Ausland erzeugten EE-Strom keine Förderung mit Einspeisetarifen nach dem EEG erhalten werden könnte und daher auch keine EE-Strommengen aus dem Ausgleichsmechanismus mit der Verteilung von Strom in Echtzeit „herausgenommen“ werden. Im Extremfall würden sich sämtliche Energieversorger in Deutschland über aus dem Ausland bezogene EE-Strommengen von ihrer Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit befreien lassen, wodurch die Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit nicht mehr durchführbar sein dürfte.

#### IV. Urteil in Sachen PreussenElektra

In der Rechtssache PreussenElektra AG gegen Schleswig AG hat der EuGH am 13.03.2001 bereits über eine Abnahme- und Vergütungspflicht zugunsten von Strom aus erneuerbaren Energien nach dem damaligen deutschen Stromeinspeisungsgesetz entschieden. Der EuGH kam hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit darin zu dem Ergebnis, dass das damalige Stromeinspeisungsgesetz auf dem damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts zum Elektrizitätsmarkt nicht gegen die Bestimmungen zur Warenverkehrsfreiheit in (damals) Art. 30 des EG-Vertrages verstoße.<sup>1</sup>

Nach dem damaligen § 2 des Stromeinspeisungsgesetzes waren die Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben, verpflichtet, den in

---

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und nach § 3 Stromeinspeisungsgesetz zu vergüten. § 3 Stromeinspeisungsgesetz stellte hierzu im Einzelnen Vorgaben auf, welche Mindestvergütungen für den Strom zu zahlen waren.

Bei der Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit sieht der EuGH in diesen Regelungen des Stromeinspeisungsgesetzes zunächst Vorschriften, welche den innergemeinschaftlichen Handel **zumindest potenziell behindern können**. Zur Begründung verweist der EuGH auf andere Entscheidungen, nach denen die Wirtschaftsteilnehmern eines Mitgliedsstaates auferlegte Verpflichtung, einen gewissen Prozentsatz ihres Bedarfs an einem bestimmten Erzeugnis bei einem inländischen Lieferanten zu decken, die Möglichkeiten der Einfuhr dieses Erzeugnisses insoweit beschränkt, als sie diese Wirtschaftsteilnehmer daran hindert, einen Teil ihres Bedarfes bei in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen Lieferanten zu decken.

Dennoch hält der EuGH die Regelungen des Stromeinspeisungsgesetzes mit der Warenverkehrsfreiheit **für vereinbar, da diese Vorgaben dem Umweltschutz sowie dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen dienen**. Hierzu heißt es wörtlich beim EuGH:

*„72 Bei der Beurteilung, ob eine solche Abnahmepflicht dennoch mit Artikel 30 EG-Vertrag vereinbar ist, sind jedoch das Ziel der streitigen Regelung und die Besonderheiten des Strommarktes zu beachten.*

*73 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Nutzung erneuerbarer Energiequellen zur Stromerzeugung, die durch eine Regelung wie das geänderte Stromeinspeisungsgesetz gefördert werden soll, dem Umweltschutz dient, da sie zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben.*

*74 Die Entwicklung der Nutzung erneuerbarer Energieträger gehört daher zu den vorrangigen Zielen, die sich die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Verpflichtungen gesetzt haben, die sie eingegangen sind aufgrund des Rahmenabkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen, das durch den Beschluss 94/69/EG des Rates vom 15. Dezember 1993 (ABl. 1994, L 33, S. 11) im Namen der Gemeinschaft genehmigt wurde, und des Protokolls der dritten Konferenz der Vertragsstaaten dieses Abkommens in Kyoto vom 11. Dezember 1997, das am 29. April 1998 von der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde (vgl. dazu insbesondere Entschließung 98/C 198/01 des Rates vom 8. Juni 1998 über erneuerbare Energieträger [ABl. C 198, S. 1] und Entscheidung Nr. 646/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2000 über ein Mehrjahresprogramm zur Förderung der erneuerbaren Energieträger in der Gemeinschaft [Altener] [1998-2002] [ABl. L 79, S. 1]).*

*75 Diese Politik bezweckt zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen.*

*76 Außerdem müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes gemäß Satz 3 des Artikels 130r Absatz 2 Unterabsatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 174 Absatz*

2 Unterabsatz 1 EG) bei der Festlegung und Durchführung anderer Gemeinschaftspolitiken einbezogen werden. Im Vertrag von Amsterdam erscheint diese Bestimmung in leicht veränderter Form in Artikel 6 EG im Ersten Teil - Grundsätze - des Vertrages.

77 Zudem heißt es in der achtundzwanzigsten Begründungserwägung der Richtlinie 96/92 ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten aus Gründen des Umweltschutzes" in den Artikeln 8 Absatz 3 und 11 Absatz 3 ermächtigt werden, der Elektrizitätserzeugung auf der Grundlage erneuerbarer Energien Vorrang einzuräumen.

78 Zu berücksichtigen ist auch, dass diese Richtlinie gemäß ihrer neununddreißigsten Begründungserwägung lediglich eine weitere Stufe bei der Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts darstellt und Hemmnisse für den Elektrizitätshandel zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen lässt.

79 Im Übrigen liegt es in der Natur der Elektrizität, dass sich ihre Herkunft und insbesondere die Energiequelle, aus der sie gewonnen wurde, nach der Einspeisung in ein Übertragungs- oder Verteilernetz kaum noch bestimmen lässt.

80 Die Kommission vertritt daher in dem am 31. Mai 2000 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie 2000/C 311 E/22 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. 2000, C 311 E, S. 320) die Auffassung, dass die Einführung eines Systems von Herkunftszertifikaten für Strom aus erneuerbaren Energiequellen, die einer gegenseitigen Anerkennung zugänglich sind, durch die einzelnen Mitgliedstaaten unabdingbar sei, um den Handel mit diesem Strom zuverlässig und praktisch möglich zu machen.

81 Nach alledem ist auf die dritte Vorlagefrage zu antworten, dass eine Regelung wie das geänderte Stromeinspeisungsgesetz beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts nicht gegen Artikel 30 EG-Vertrag verstößt.“

## V. Vorgaben der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG

Nach dem Urteil des EuGH in Sachen PreussenElektra hat die Europäische Union Richtlinien zur Förderung der erneuerbaren Energien erlassen. Für die hier anzustellende rechtliche Prüfung sollen daher die Aussagen der Richtlinie 2009/28/EG<sup>2</sup> zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dargestellt werden, welche für die hier zu bearbeitende Frage von Relevanz sein können.

Die Richtlinie 2009/28/EG gibt den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union **verpflichtende Zielvorgaben** vor, welche Anteile erneuerbarer Energien an der Energieversorgung bis zum Jahr 2020 erreicht werden müssen, siehe Art. 3 der Richtlinie 2009/28/EG. Bei der Wahl der Mittel zur Erreichung dieser Ziele überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten verschiedene Möglichkeiten.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. vom 15.06.2009, L 140/16.

<sup>3</sup> Lehnert/Vollprecht, ZUR 2009, 307 (308); Ringel/Bitsch, NVwZ 2009, 807.

Nach Art. 3 Abs. 3 lit. a) der Richtlinie 2009/28/EG können die Mitgliedsstaaten „Förderregelungen“ zum Erreichen der nationalen Ziele einsetzen. Als eine Förderregelung werden unter anderem „direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarife und Prämienzahlungen“ angesehen, siehe Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG. Eine andere mögliche Förderregelung im Sinne der Richtlinie 2009/28/EG ist eine „Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energien“. Diese wird in Art. 2 lit. l) der Richtlinie definiert als eine „nationale Förderregelung, durch die Energieproduzenten dazu verpflichtet werden, ihre Erzeugung zu einem bestimmten Anteil durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken, durch die Energieversorger dazu verpflichtet werden, ihre Versorgung zu einem bestimmten Anteil durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken, oder durch die Energieverbraucher dazu verpflichtet werden, ihren Verbrauch zu einem bestimmten Anteil durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken“.

## **VI. Prüfung der Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit (Direktverteilung in Echtzeit)**

Im Folgenden wird die Vereinbarkeit des vom WVV vorgeschlagenen Marktmodells Energiewende, vor allem der darin vorgesehenen Direktverteilung der Strommengen aus erneuerbaren Energien in Echtzeit anteilig auf alle in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen, mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 ff. AEUV geprüft. Die in dem Modell alternativ vorgesehene Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit bei Bezug von EE-Strom im Wege der Direktvermarktung wird zusätzlich unten **VII.** diskutiert.

Bei der Prüfung wird im Sinne der Entscheidung in *PreussenElektra* davon ausgegangen, dass die Förderregelung keine Beihilfe im Sinne des AEUV darstellt und die Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit daher nicht von den ggf. spezielleren Beihilfevorschriften verdrängt werden.<sup>4</sup> Hierzu wird allerdings auf das von der Kommission eröffnete Beihilfeprüfverfahren im Hinblick auf die Förderung stromintensiver Unternehmen durch Teilbefreiung von der EEG-Umlage verwiesen. Darin ist die Kommission der Auffassung, dass die Einspeisetarife und die Marktprämien nach dem EEG Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV darstellten, welche allerdings gerechtfertigt seien.<sup>5</sup> Die Reduzierungen von der EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen in §§ 40 ff. EEG sowie durch das Grünstromprivileg nach § 39 EEG seien ebenfalls Beihilfen, bei denen die Kommission aber die Rechtfertigung bezweifelt. Die Kommission hat mit ihrem Beschluss das förmliche Prüfverfahren eingeleitet und holt derzeit Stellungnahmen zum Verfahren ein.

---

<sup>4</sup> Vgl. *Dauses/Brigola* in Dauses, EU-Wirtschaftsrecht, 33. Erg.lieferung 2013, C.I. Grundregeln, Rn. 108.

<sup>5</sup> Europäische Kommission, Pressemitteilung „Staatliche Beihilfen: Kommission eröffnet eingehende Prüfung der Förderung stromintensiver Unternehmen durch Teilbefreiung von EEG-Umlage“, 18.12.2013; Beschluss der Kommission, C(2013) 4424 final, Rn. 137, 148, 164, 168.



## 1. Anwendbarkeit der Art. 34 ff. AEUV

Der europäische Gesetzgeber hat mit der Richtlinie 2009/28/EG (und zuvor der Richtlinie 2001/77/EG) nach dem Urteil des EuGH in Sachen PreussenElektra eine sekundärrechtliche Regelung über die Förderung der erneuerbaren Energien in der Union geschaffen. Angesichts der nun geltenden Richtlinie 2009/28/EG stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob die einzelnen mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Förderung der erneuerbaren Energien – und damit auch ein EEG mit einer Direktverteilung von EE-Strom in Echtzeit – überhaupt noch an Art. 34 ff. AEUV zu messen sind oder ob für sie nun ausschließlich eine Prüfung anhand der Bestimmungen der Richtlinie 2009/28/EG erfolgt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen **nicht mehr an Art. 34 ff. AEUV zu messen**, wenn eine mit der Warenverkehrsfreiheit selbst vereinbare Richtlinie der Union eine **harmonisierte Regelung** geschaffen hat.<sup>6</sup> Sobald eine spezifische Gemeinschaftsregelung für einen Rechtsbereich besteht, gilt diese.<sup>7</sup>

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird teilweise vertreten, dass die Fördermechanismen der Mitgliedstaaten für erneuerbare Energien nicht mehr nach Art. 34 AEUV zu beurteilen, sondern nur auf ihre Vereinbarkeit mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie hin zu überprüfen sind.<sup>8</sup> Diese Frage ist allerdings umstritten. Andere Autoren prüfen die einzelstaatlichen Förderregelungen für Strom aus erneuerbaren Energien dennoch an der Warenverkehrsfreiheit und gehen daher – ausdrücklich oder implizit – davon aus, dass die sekundärrechtliche Erneuerbare-Energien-Richtlinie insoweit keine Sperrwirkung entfaltet.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 12.10.1993, Rs. C-37/92, *Vanacker und Lesage*, Slg. I-1993, 4947, Rn. 9; Urt. v. 21.03.1996, Rs. C-297/94, *Bruyère*, Slg. I-1996, 1551, Rn. 18 ff.; Urt. v. 11.07.1996, Rs. C-427/93, *Paranova*, Slg. I-1996, 3457, Rn. 25; Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-324/99, *DaimlerChrysler*, Slg. 2001, I-9897, Rn. 32; Rs. Urt. v. 11.12.2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Rn. 64; Rs. C-309/02, Urt. v. 14.12.2004, *Pflichtpfand*, Rn. 53; Urt. v. 31.01.2013, Rs. C-26/11, *Grondwettelijk Hof*, Rn. 27. Von der Vereinbarkeit der Richtlinie 2009/28/EG selbst mit dem Primärrecht wird ausgegangen.

<sup>7</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 1-8.

<sup>8</sup> *Klinski*, ZNER 2005, 207; *Haucap/Kühling*, ET 3/2013, 41 (48); *Altrock/Oschmann* in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, Einf. Rn. 107; in diese Richtung auch *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, Einführung, Rn. 78. *Lehnert/Vollprecht* sehen die Vereinbarkeit von EEG und Warenverkehrsfreiheit durch den Wortlaut mehrerer Bestimmungen der Richtlinie 2009/28/EG gestärkt, ZUR 2009, 307 (312). Ähnlich *Schulte-Beckhausen/Schneider/Kirch*, die aufgrund der Regelungen in der Richtlinie 2009/28/EG Einspeisetarifmodelle wie das EEG grundsätzlich für mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar halten, in: IZES/Bofinger/BET, Stromsystem-Design: Das EEG 2.0 und Eckpfeiler eines zukünftigen Regenerativwirtschaftsgesetzes, 144. Ausführlich siehe *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2009, 195 ff.

<sup>9</sup> *Ekdardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171 (178-183); siehe bereits *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6 (10 f.). *Schlacke/Kröger* gehen davon aus, dass die Richtlinie 2009/28/EG eine Prüfung am primärrechtlichen Maßstab der Warenverkehrsfreiheit nicht sperrt; sie sehen die Richtlinie 2009/28/EG aber als Element im Rahmen der Rechtfertigung einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, Studie "Europarechtliche Fragen deutscher Förderinstrumente für Erneuerbare Energien", 51 und 58.

Damit die nationale Maßnahme allein an der Richtlinie 2009/28/EG und nicht an den Art. 34 ff. AEUV zu messen ist, müsste die Richtlinie also eine harmonisierte Regelung zur Förderung der erneuerbaren Energien geschaffen haben.

**a) Reichweite der Vorgaben für die Förderregelungen, Verhältnis zum Primärrecht**

Dagegen, dass mit der Richtlinie 2009/28/EG eine Harmonisierung im Bereich der Fördersysteme für erneuerbare Energien angestrebt ist, könnte zunächst angeführt werden, dass die Richtlinie 2009/28/EG den Mitgliedstaaten verschiedene Möglichkeiten offen lässt, was für ein Fördersystem sie einführen wollen. Eine Harmonisierung in dem Sinne einer Festlegung auf ein bestimmtes Fördersystem ist damit nicht erfolgt.<sup>10</sup>

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten aber zur Erreichung eines individuellen Ausbauziels für die erneuerbaren Energien und gibt hierfür mehrere Instrumente vor, welche die Mitgliedstaaten zum Erreichen des Zieles ergreifen können. Als gemeinsamen Standard trifft die Richtlinie damit zumindest die Aussage, dass die einzelnen Mitgliedstaaten eine Maßnahme zur Steigerung des Anteils der erneuerbaren Energien ergreifen können und – zur Erreichung ihrer nationalen Ziele – auch sollen. Durch die Definition der „Förderregelungen“ in Art. 2 lit. k) klärt die Richtlinie zudem, welche Maßnahmen hierfür in Betracht kommen. Damit zeigt sich hieran jedenfalls ein „Minimum an Harmonisierung“, welches mit der Richtlinie 2009/28/EG angestrebt wird.

Allerdings könnte man vertreten, dass die Mitgliedstaaten angesichts der mehreren Möglichkeiten für ihr nationales Fördersystem bei dessen *Ausgestaltung* weiterhin an die Grundfreiheiten des AEUV gebunden sind. Hierfür ließe sich anführen, dass den Mitgliedstaaten angesichts der in Art. 2 lit. k) der Richtlinie diversen aufgeführten Förderregelungen und weil diese in der Richtlinie nicht weiter konkretisiert werden, ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Fördersysteme könnte es daher an einer abschließenden Regelung durch die Richtlinie fehlen und die Warenverkehrsfreiheit daher neben der Richtlinie anwendbar sein.<sup>11</sup>

Dafür, dass mit der Richtlinie 2009/28/EG weitergehend ein harmonisierter Rechtsrahmen für die Förderung der erneuerbaren Energien geschaffen wird und dass die nationalen Förderregelungen der einzelnen Mitgliedstaaten im Grundsatz nur noch an den Bestimmungen der Richtlinie und nicht mehr an Art. 34 ff. AEUV gemessen werden sollen, spricht jedoch Folgendes:<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ringel/Bitsch, NVwZ 2009, 807 (809); Schlacke/Kröger, Studie „Europarechtliche Fragen deutscher Förderinstrumente für Erneuerbare Energien“, 51.

<sup>11</sup> Ekardt/Steffenhagen, JbUTR 2011, 319 (354 f.).

<sup>12</sup> Zur Untersuchung ähnlicher Formulierungen in der Vorgängerrichtlinie 2011/77/EG siehe bereits Klinski, ZNER 2005, 207 (210-212).

Mehrere Formulierungen in den Erwägungsgründen der Richtlinie weisen darauf hin, dass mit der Richtlinie gerade Rechtssicherheit für die unterschiedlichen in den Mitgliedstaaten geschaffenen Förderregelungen erreicht werden sollte – diese sollen **„ungestört funktionieren“** können. So heißt es in Erwägungsgrund (25) der Richtlinie:

*„Die Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Potenziale im Bereich der erneuerbaren Energie und wenden auf nationaler Ebene unterschiedliche Regelungen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen an. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten wendet Förderregelungen an, bei denen Vorteile ausschließlich für in ihrem Hoheitsgebiet erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gewährt werden. Damit nationale Förderregelungen ungestört funktionieren können, müssen die Mitgliedstaaten deren Wirkung und Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren können. Ein wichtiger Faktor bei der Verwirklichung des Ziels dieser Richtlinie besteht darin, das ungestörte Funktionieren der nationalen Förderregelungen, wie nach der Richtlinie 2001/77/EG, zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt und die Mitgliedstaaten wirksame nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele konzipieren können. Diese Richtlinie zielt darauf ab, die grenzüberschreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen. Sie führt wahlweise Mechanismen der Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten ein, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten vereinbaren können, in welchem Maße ein Mitgliedstaat die Energieerzeugung in einem anderen Mitgliedstaat fördert und in welchem Umfang die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen auf die nationalen Gesamtziele des einen oder des anderen Mitgliedstaats angerechnet wird. Um die Wirksamkeit der beiden Maßnahmen zur Zielerfüllung, also der nationalen Förderregelungen und der Mechanismen der Zusammenarbeit, zu gewährleisten, ist es unbedingt notwendig, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ihre nationalen Förderregelungen für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gelten, und sich durch die Anwendung der in der vorliegenden Richtlinie vorgesehenen Mechanismen der Zusammenarbeit darüber zu einigen.“*

Der Richtliniengeber hat daher die **potentiell handelsbeeinträchtigenden Wirkungen der Richtlinie durchaus erkannt**. Er formuliert aber ausdrücklich, dass die Förderung der erneuerbaren Energien weiterhin durch nationale Förderregelungen erreicht werden soll. Um auch eine grenzüberschreitende Förderung der erneuerbaren Energien zu erreichen, sieht der Richtliniengeber in der Richtlinie sog. flexible Instrumente vor, über welche die Mitgliedstaaten bei der Erreichung ihrer nationalen Ziele zusammenarbeiten *können* (siehe 6 bis 11 der Richtlinie). Zweck der Bestimmung, dass den Mitgliedstaaten unterschiedliche Förderregelungen für die erneuerbaren Energien offen stehen, ist aber nach diesem Erwägungsgrund gerade, deren „ungestörtes Funktionieren“ sicherzustellen. Dies ist nur gewährleistet, wenn die Förderregelungen trotz der vom europäischen Gesetzgeber erkannten potentiell handelsbeeinträchtigenden Effekte vor der Warenverkehrsfreiheit Bestand haben. Dies spricht erheblich dafür, dass die Richtlinie mit dem in ihr angelegten Grundbestand an Harmonisie-

zung – Zulassung verschiedener Förderregelungen für erneuerbare Energien durch die Mitgliedstaaten – gerade auch deren europarechtliche Zulässigkeit feststellen möchte.<sup>13</sup>

Deutlich wird diese Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers auch in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2009/28/EG, in dem es heißt:

*„Unbeschadet der Artikel 87 und 88 des Vertrags haben die Mitgliedstaaten das Recht, gemäß den Artikeln 5 bis 11 dieser Richtlinie zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen.“*

Mit den Artikel 87 und 88 des Vertrages wurden die Vorschriften des EGV zum Recht der staatlichen Beihilfen zitiert (jetzt Art. 107 und 108 AEUV). Auf die Vorschriften zur Warenverkehrsfreiheit wird hingegen gerade kein Bezug genommen. Dies weist deutlich darauf hin, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung ihrer nationalen Förderregelung für erneuerbare Energien zwar – soweit einschlägig – an die beihilferechtlichen Bestimmungen gebunden sein sollen. Die Vorgaben zur Warenverkehrsfreiheit werden aber nicht zitiert. Damit dürfte der Richtliniengeber gerade die verschiedenen Förderregelungen für erneuerbare Energien trotz potentiell handelsbeeinträchtigender Wirkungen gestatten und eine Prüfung der einzelnen Förderregelungen – soweit sie von der Richtlinie zugelassen sind – allein anhand der Richtlinie und nicht mehr anhand der primärrechtlichen Vorgaben zur Warenverkehrsfreiheit beabsichtigen.<sup>14</sup>

### **b) Verhältnis der Richtlinie zu den Binnenmarkt-Richtlinien (3. Binnenmarktpaket)**

Insbesondere von *Karpenstein/Schneller* wird in der Literatur vertreten, das EEG sei nunmehr an der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen und mit ihr unvereinbar, weil sich der sekundärrechtliche Rahmen durch die Weiterentwicklung der Binnenmarktrichtlinien für die Sektoren Strom und Gas erheblich verändert habe. Angeknüpft wird dabei an die Ausführungen des EuGH im Urteil *PreussenElektra*, dass das Stromeinspeisungsgesetz „*beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts*“ nicht gegen die Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit verstoße. Der Elektrizitätsmarkt habe sich aber bereits durch die Richtlinie 2003/54/EG<sup>15</sup> so weiterentwickelt, dass der Binnenmarkt zum

---

<sup>13</sup> *Klinski* spricht schon zur Vorgängerrichtlinie 2001/77/EG von einer „umfassenden Schutz- und Gestattungswirkung für nationale EE-Fördersysteme“, ZNER 2005, 207 (212). Nachdem die neue EE-Richtlinie 2009/28/EG in den Erwägungsgründen ähnliche Formulierungen enthält und zudem den Mitgliedstaaten verpflichtende Zielmarken für ihren Anteil erneuerbarer Energien vorgibt, wird diese Sichtweise noch gestärkt.

<sup>14</sup> In diesem Sinne bereits für die Vorgängerrichtlinie 2001/77/EG *Klinski*, ZNER 2005, 207 (211 f.).

<sup>15</sup> Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 Nr. L 176/37.

01.07.2007 vollständig geöffnet werde und daher ein neuer Stand des Gemeinschaftsrechts erreicht sei.<sup>16</sup>

In ähnlicher Weise ließe sich diese Argumentation nun für die Strombinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG in der Fassung des dritten Binnenmarktpakets führen.<sup>17</sup> Bei einem Blick in die Erwägungsgründe der aktuellen Strombinnenmarktrichtlinie ist allerdings bereits die Ausgangsthese von *Karpenstein/Schneller* fraglich, dass der Strombinnenmarkt nun vollständig verwirklicht sei. Stattdessen machen die Erwägungsgründe deutlich, dass Anordnungen in der Richtlinie gerade erst „zur Schaffung des Elektrizitätsbinnenmarktes“ dienen sollen.<sup>18</sup> In Erwägungsgrund (4) wird festgestellt: „Derzeit gibt es jedoch Hindernisse für den Verkauf von Strom in der Gemeinschaft zu gleichen Bedingungen und ohne Diskriminierung oder Benachteiligung.“

Zudem hebt die Strombinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG die Erneuerbare-Energie-Richtlinie 2009/28/EG nicht auf. Vielmehr wird aus den wenigen Erwähnungen der erneuerbaren Energien sowie der Richtlinie 2009/28/EG in der Strombinnenmarktrichtlinie deutlich, dass in der Strombinnenmarktrichtlinie davon ausgegangen wird, dass die Erneuerbare-Energie-Richtlinie 2009/28/EG neben ihr anwendbar ist. So wird in Art. 7 Abs. 2 lit. j) der Strombinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG auf die Ziele für den Ausbau erneuerbarer Energien im Jahr 2020 aus der Erneuerbare-Energie-Richtlinie 2009/28/EG Bezug genommen. In Art. 15 Abs. 3 Satz 1 der Strombinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG wird Mitgliedstaaten aufgegeben, Netzbetreiber dazu zu verpflichten, „dass sie bei der Inanspruchnahme von Erzeugungsanlagen auf der Grundlage erneuerbarer Energiequellen im Einklang mit Artikel 16 der Richtlinie 2009/28/EG handeln“. In der Strombinnenmarktrichtlinie wird damit auf die Erneuerbare-Energie-Richtlinie verwiesen und von deren Geltung ausgegangen.

Auch inhaltlich ist nicht ersichtlich, dass die Strombinnenmarktrichtlinie Aussagen dazu trifft, wie Fördermechanismen für erneuerbare Energien oder gar wie die entsprechenden Wälzungsmechanismen zu gestalten sind. Systematisch spricht dies erheblich dafür, dass für diese Fragen die Erneuerbare-Energie-Richtlinie 2009/28/EG als *lex specialis* vorgeht. Hervorzuheben ist dabei auch, dass sich die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 2001/77/EG selbst „nationale Richtziele“ für den Ausbau erneuerbarer Energien gegeben haben, Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie. Ein zahlenmäßig ausgedrücktes Richtziel von 22,1 Prozent für den Anteil von Strom aus erneuerbaren Energiequellen am gesamten Stromverbrauch bis zum Jahr 2010 wurde in Art. 3 Abs. 4 Richtlinie 2001/77/EG nur für die Gemeinschaft insgesamt ange-

---

<sup>16</sup> *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6.

<sup>17</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. v. 14.08.2009 Nr. L 211.

<sup>18</sup> Siehe unter anderem Erwägungsgründe (1), (2), (58), (59), (62) sowie Artikel 1 der Richtlinie 2009/72/EG.

geben.<sup>19</sup> Die Richtlinie 2009/28/EG gibt in Artikel 3 nun aber „*verbindliche nationale Gesamtziele*“ und damit Ausbauziele für die einzelnen Mitgliedstaaten vor, deren Höhe in Anhang I zur Richtlinie im Einzelnen angegeben wird. Für die Erreichung dieser Ziele dienen gerade auch die in der Richtlinie beschriebenen Förderregelungen.

Weiter wird – anknüpfend an die Aussagen des EuGH in Sachen *PreussenElektra* – vorgebracht, dass eine allein auf in einem Mitgliedstaat eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien beschränkte Förderregelung deshalb mit dem Recht der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar sei, weil die durch die Erneuerbare-Energien-Richtlinie eingeführten Herkunftsnachweise die Handelbarkeit von EE-Strom zwischen den Mitgliedstaaten ermöglichen sollen.<sup>20</sup> Dies übersieht aber, dass bereits in der früheren Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2001/77/EG als auch in der aktuellen Richtlinie 2009/28/EG ein Zusammenhang zwischen den Herkunftsnachweisen und den staatlichen Förderregelungen ausdrücklich negiert wird.<sup>21</sup> In Erwägungsgrund (52) der Richtlinie 2009/28/EG heißt es:

*„Herkunftsnachweise, die für die Zwecke dieser Richtlinie ausgestellt werden, dienen ausschließlich dazu, einem Endkunden gegenüber nachzuweisen, dass ein bestimmter Anteil oder eine bestimmte Menge an Energie aus erneuerbaren Quellen erzeugt wurde. [...] Es ist wichtig, dass zwischen grünen Zertifikaten, die für Fördersysteme genutzt werden, und Herkunftsnachweisen unterschieden wird.“*

Noch deutlicher wird Erwägungsgrund (56) der Richtlinie 2009/28/EG:

*„Herkunftsnachweise begründen nicht an sich ein Recht auf Inanspruchnahme nationaler Förderregelungen.“*

Auch aus der Bestimmung über die Herkunftsnachweise in Art. 15 der Richtlinie 2009/28/EG wird dies deutlich. Herkunftsnachweise dienen nach dessen Absatz 1 „[z]um Zweck des Nachweises gegenüber den Endkunden darüber, welchen Anteil Energie aus erneuerbaren Quellen im Energiemix eines Energieversorgers ausmacht“. Absatz 2 Unterabsatz 4 regelt ausdrücklich, dass der Herkunftsnachweis „für die Einhaltung des Artikels 3 durch die Mitgliedstaaten nicht zu verwenden“ ist. Damit wird sowohl auf die in Art. 3 Richtlinie 2009/28/EG festgelegten nationalen Ziele für die erneuerbaren Energien als auch auf die nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie zur Erfüllung dieser Ziele vorgesehenen Förderregelungen (wie Einspeisetarife und Prämienzahlungen) Bezug genommen.

Die Herkunftsnachweise sind damit nicht darauf ausgerichtet, dass hierüber eine Teilnahme an den nationalen Förderregelungen möglich wird.<sup>22</sup> Vielmehr geht es um einen Nachweis für die grüne Eigenschaft von Strom gegenüber dem Letztverbraucher. Allein dieser soll euro-

<sup>19</sup> Auf diesen „gemeinschaftswerten Anteil“ abstellend *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6 (10).

<sup>20</sup> *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6 (11).

<sup>21</sup> Zur Vorgängerrichtlinie *Cremer*, EuZW, 2007, 591 (595).

<sup>22</sup> *Cremer*, EuZW, 2007, 591 (595); *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171 (183).

paweit gehandelt werden können, ohne dass damit zwangsläufig eine Förderung solchen Stroms durch Förderregelungen anderer Mitgliedstaaten einhergehen müsste.

Die These, dass die Prüfung des EEG am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit nun deshalb vorzunehmen sei, weil die Strommärkte durch die Binnenmarktrichtlinien geöffnet worden seien, vermag nach alledem nicht zu überzeugen. Auch *Karpenstein/Schneller* gehen davon aus, dass die „den Mitgliedstaaten gewährte – relative – Freiheit zur Förderung erneuerbarer Energien endet, sobald der Gemeinschaftsgesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für einen funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt unter Einschluss der erneuerbaren Energien geschaffen hat“.<sup>23</sup> Mit der Richtlinie 2009/28/EG hat der europäische Gesetzgeber jedoch – in demselben Jahr, in dem auch die Richtlinien des 3. Binnenmarktpakets erlassen wurden – speziellere Vorschriften dazu erlassen, welche Maßnahmen den Mitgliedstaaten zur Förderung der erneuerbaren Energien möglich sind. Dabei ist er in der Richtlinie 2009/28/EG gerade (noch) nicht den Weg gegangen, ein europaweites Fördersystem einzuführen, sondern hat den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Wahl der jeweiligen nationalen Förderregelung überlassen. Einen Elektrizitätsbinnenmarkt „unter Einschluss der erneuerbaren Energien“ hat der Gemeinschaftsgesetzgeber damit allenfalls in den Bereichen Herkunftsnachweise und flexible Mechanismen der Richtlinie 2009/28/EG vorgesehen, aber gerade nicht hinsichtlich der ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassenen Wahl der – national ausgerichteten – Förderregelung.

### c) Zwischenergebnis und Anwendung für Direktverteilung in Echtzeit

Überzeugender ist demnach, dass der europäische Gesetzgeber mit der Richtlinie 2009/28/EG insoweit eine harmonisierte Regelung zugunsten der Förderung erneuerbarer Energien schaffen wollte, dass die Mitgliedstaaten hiernach verschiedene denkbare Förderregelungen ergreifen können, welche dann im Grundsatz nicht mehr an den Bestimmungen über die Warenverkehrsfreiheit geprüft werden sollen. Der europäische Gesetzgeber hat die potentiell handelsbeeinträchtigenden Wirkungen unterschiedlicher nationaler Förderregelungen für erneuerbare Energien zwar gesehen. Dem sollte aber durch die flexiblen Instrumente der Richtlinie 2009/28/EG begegnet werden, mit denen Mitgliedstaaten insbesondere bei ihrer Zielerreichung kooperieren können. Ebenfalls werden Herkunftsnachweise für den europaweiten Handel erneuerbarer Energien vorgesehen, die aber ausdrücklich nicht in Zusammenhang mit den nationalen Förderregelungen gebracht werden. Eine Angleichung der Fördersysteme hat der europäische Gesetzgeber (auf dem derzeitigen Stand der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts) gerade nicht angestrebt, sondern wollte die Zulässigkeit unterschiedlicher Förderregelungen gestatten. Dies spricht ganz überwiegend dafür, dass eine Prüfung der nationalstaatlichen Förderregelung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit nach

---

<sup>23</sup> *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6 (8).

ausdrücklicher Gestattung unterschiedlicher Förderregelungen in der Richtlinie 2009/28/EG nicht mehr stattfinden soll.

Allerdings könnte man überlegen, ob die Vorgaben zur Warenverkehrsfreiheit zwar nicht auf den Grundansatz der Förderregelung, aber bei einem Einspeisetarif unter anderem auf die konkrete Ausgestaltung des Wälzungsmechanismus hin geprüft werden müssen. Man könnte insofern der Auffassung sein, dass die Richtlinie 2009/28/EG nur die Zulässigkeit des „ob“ der darin genannten Förderregelungen (und damit auch von Einspeisetarifen und Prämienzahlungen) betrifft. Für die Ausgestaltung und damit das „wie“ der Förderregelung könnten weiterhin die Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit zu beachten sein. Vorliegend könnte dann zwar durch die Richtlinie 2009/28/EG die Vereinbarkeit der Einspeiseförderung des EEG mit der Warenverkehrsfreiheit bereits festgestellt sein. Für die Ausgestaltung der Weitergabe der eingespeisten EE-Strommengen in Echtzeit auf alle in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen könnte dann aber möglicherweise doch eine Prüfung anhand der Art. 34 ff. AEUV zu erfolgen haben.

Die Richtlinie verhält sich nicht ausdrücklich dazu, welche Art von Wälzungsmechanismus (als nähere Ausgestaltung des Systems) zulässig ist, wenn ein Mitgliedsstaat einen Einspeisetarif oder eine Prämienzahlung zur direkten Preisstützung für erneuerbare Energien einsetzt. Indem jedoch Einspeisetarife und Prämienzahlungen von erneuerbare Energien für möglich gehalten werden, geht der Europäische Gesetzgeber nach dem Gesagten zumindest davon aus, dass diese so gestaltet werden können, dass die Belastungen aus den Einspeisetarifen und den Prämienzahlungen in Vereinbarkeit mit den Europäischen Grundfreiheiten getragen oder weitergegeben werden können. Einspeisetarife werden in Art. 2 lit. k) der Richtlinie als mögliche nationale Förderregelungen genannt. Die weiteren Fragen, wie mit dem eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien umzugehen ist und wer etwaige Mehrkosten für den Ausgleich der Einspeisetarife zu zahlen hat, müssen für die praktische Umsetzbarkeit eines Einspeisetarifs nahezu zwingend mitgeregelt werden. Wenn man entsprechend des hier gefundenen Ergebnisses davon ausgeht, dass ein Einspeisetarif als nationale Förderregelung im Grundsatz allein an den Bestimmungen der Richtlinie 2009/28/EG und nicht an denen zur Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 ff. AEUV zu messen ist, dann spricht dies dafür, dass dies im gleichen Maße auch für die nationalen Regelungen gilt, wie mit dem eingespeisten Strom umzugehen ist und wie Kosten für diesen Strom zu übernehmen sind. Andernfalls würde das mit der Richtlinie 2009/28/EG angestrebte „*ungestörte Funktionieren*“ der unterschiedlichen nationalen Förderinstrumente für erneuerbare Energien gerade nicht erreicht werden. Denn der einzelne Mitgliedstaat wird in seiner jeweiligen nationalen Regelungen Fragen der Weitergabe des Stroms aus erneuerbaren Energien und des Belastungsausgleichs notwendig ebenfalls regeln müssen, damit seine Förderregelung überhaupt funktioniert. Ein „*ungestörtes Funktionieren*“ der Systeme ist nicht gewährleistet, wenn der Mitgliedstaat und/oder die Marktteilnehmer zwar nicht wegen der Einführung des Einspeisetarifs



an sich, aber wegen der Ausgestaltung des Wälzungsmechanismus eine Prüfung anhand der Warenverkehrsfreiheit befürchten müssen.

Zu beachten ist dabei auch, dass als „Förderregelung“ in Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG sowohl ein Einspeisetarif als auch eine Prämienzahlung angegeben werden. Zwar werden diese Begriffe in der Richtlinie selbst nicht näher definiert. Entsprechend dem üblichen Verständnis dieser Instrumente dürfte bei einem „Einspeisetarif“ der Strom aus erneuerbaren Energien von einer dritten Person abgenommen und insgesamt vergütet werden, während bei einer „Prämienzahlung“ der Strom aus erneuerbaren Energien weiter von dem Erzeuger vermarktet wird und dieser lediglich von einer dritten Person eine zusätzliche Prämie beispielsweise für jede erzeugte oder eingespeiste Kilowattstunde erhält. In einem von der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie für möglich gehaltenen Preisstützungssystem werden also entweder sowohl die Strommengen als auch die Vergütungen geregelt (Einspeisetarif) oder lediglich eine Prämienzahlung. Allein im letzteren Fall – bei einer Prämienzahlung – genügt es, wenn in dem Wälzungsmechanismus lediglich die daraus entstehenden Kosten weitergegeben werden. Bei einem System des Einspeisetarifs, in dem gerade auch die Strommengen von einer dritten Person abgenommen werden, wird der Gesetzgeber zwangsläufig zugleich auch eine Bestimmung darüber treffen (müssen), wie mit den Strommengen zu verfahren ist und wie Unterschiede in den von den Verpflichteten geleisteten Einspeisetarifen ausgeglichen werden. Ohne weitere Regelungen kann schon wegen Unterschieden in den natürlichen Gegebenheiten und damit in der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien innerhalb eines Staatsgebiets praktisch kaum sichergestellt werden, dass die aus der Maßnahme Verpflichteten auch möglichst gleiche Belastungen tragen. Auf Vorgaben zum weiteren Umgang mit den EE-Strommengen könnte allenfalls dann verzichtet werden, wenn diese sogleich von einer Person abgenommen werden, welche diese auch an Letztverbraucher liefern kann – also insbesondere von Energieversorgungsunternehmen – oder verbraucht und wenn eine etwaige unterschiedliche Abnahme von EE-Strommengen durch diese Unternehmen und damit deren unterschiedliche Belastung nicht weiter ausgeglichen wird. Ein solcher Mechanismus würde dann aber zu einer unterschiedlichen Belastung von Unternehmen führen, so dass eine Ausgleichsregelung/Wälzungsregelung nahezu zwingend erscheint.

Ein System mit Einspeisetarifen macht demnach einen Ausgleichsmechanismus in aller Regel erforderlich. Würde man diesen nun anhand der Warenverkehrsfreiheit prüfen, so könnte damit das gefundene Ergebnis, dass die Richtlinie die in ihr genannten Förderregelungen ausdrücklich zulässt und insoweit von einer Prüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit ausnimmt, in sein Gegenteil verkehrt werden. Folglich muss der Ausgleichsmechanismus an der Gestattungswirkung der Richtlinie 2009/28/EG bei Wahl eines Systems mit Einspeisetarifen im Grundsatz ebenfalls teilhaben, da andernfalls trotz dem vom Gemeinschaftsgesetz-

geber angestrebten „*ungestörten Funktionieren*“ des nationalen Fördersystems dessen Rechtmäßigkeit „durch die Hintertür“ wieder in Frage gestellt werden könnte.

Diese Gestattungswirkung für den Ausgleichsmechanismus könnte aber möglicherweise nur soweit reichen, wie er notwendig ist, um die mit einem Einspeisetarif vergüteten und abgenommenen EE-Strommengen gleichmäßig weiterzuverteilen. Für die Ausgestaltung des Ausgleichsmechanismus könnten die Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit daher eventuell dergestalt greifen, dass über die notwendig mit einem Einspeisetarif samt einem Ausgleichsmechanismus geschaffenen Beeinträchtigungen des Handelsverkehrs hinaus durch die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichsmechanismus *keine zusätzlichen* und insbesondere keine diskriminierenden Auswirkungen für die Handelsteilnehmer geschaffen werden dürfen.

Dabei ist zu bedenken, dass ein System mit Einspeisetarifen bzw. dessen Ausgleichsmechanismus immer leisten muss, dass die EE-Strommengen am Ende bei einem Unternehmen ankommen, das den Strom entweder selbst verbrauchen oder das Letztverbraucher mit dem Strom beliefern kann. Denn andernfalls würde eine zentrale praktische Frage – was passiert mit dem EE-Strom? – durch das System nicht gelöst werden.

In dem Marktmodell Energiewende des WWV sollen die EE-Strommengen in diesem Sinne anteilmäßig auf alle in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen weiterverteilt werden. Die Beschränkung auf in Deutschland tätige Energieversorgungsunternehmen entspricht dem Ansatz der Richtlinie 2009/28/EG für die dort genannten Förderregelungen. Allenfalls der Umstand, dass diese den Strom nach dem Modell *in Echtzeit* bekommen sollen, könnte so angesehen werden, dass eine derartige Verteilung nicht zwangsläufig mit dem Ausgleichsmechanismus vorzusehen ist. Jedoch entspricht die Abnahme der EE-Strommengen in Echtzeit dem, wie diese Strommengen von den Einspeisern bereitgestellt werden. Wären die Energieversorgungsunternehmen *unmittelbar* mit der Pflicht zur Abnahme der EE-Strommengen belastet, dann würde diese Abnahme notwendigerweise ebenfalls in Echtzeit erfolgen. Der Umstand, dass im derzeitigen System zunächst die Netzbetreiber „*zwischen geschaltet*“ sind und den Strom abnehmen, ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass nach der Liberalisierung des Energiemarkts und den Vorgaben zur Entflechtung das Energieversorgungsunternehmen der jeweiligen EE-Strommenge nicht so leicht zugeordnet werden kann, wie dies beim Netzbetreiber der Fall ist. Die Netzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber sollen nach dem Modell des WWV künftig aber lediglich für die gleichmäßige Weiterverteilung der EE-Strommengen an die Energieversorgungsunternehmen sorgen. Faktisch soll das System so funktionieren, dass die Strommengen so unmittelbar wie möglich von den Energieversorgungsunternehmen „übernommen“ werden müssen.

Nach alledem handelt es sich bei der Direktverteilung in Echtzeit um einen Mechanismus, der keine abweichenden Regelungen von dem trifft, was bei einer nationalen Entscheidung für einen von der Richtlinie 2009/28/EG zugelassenen „Einspeisetarif“ ohnehin erforderlich ist – nämlich die Klärung der Frage, wie die Strommengen (gleichmäßig) zur Belieferung von Letztverbrauchern verwandt werden können. Dies spricht erheblich dafür, dass der vorgeschlagene Wälzungsmechanismus ebenfalls an der Gestattungswirkung der Richtlinie 2009/28/EG partizipiert.

Anders könnte sich dies darstellen, wenn die Ausgestaltung der Direktverteilung in Echtzeit so erfolgt, dass rechtlich oder faktisch eine zusätzlich Diskriminierung ausländischer Energieversorgungsunternehmen stattfindet, die nicht schon durch diesen Wälzungsmechanismus an sich bedingt ist. Hier ist – beispielsweise bei der Ausgestaltung von Vorgaben zur Bilanzierung – darauf zu achten, dass diese für ausländische Marktteilnehmer so gut wie möglich ebenfalls handhabbar sind.

Zusätzlich sei darauf hingewiesen, dass die Direktverteilung von EE-Strom in Echtzeit möglicherweise auch als „*Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energien*“ im Sinne des Art. 2 lit. I) der Richtlinie 2009/28/EG angesehen und aus diesem Grunde von der Richtlinie gestattet sein könnte. Denn mit einer solchen Förderregelung können gerade auch „*Energieversorger dazu verpflichtet werden, ihre Versorgung zu einem bestimmten Anteil durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken*“. Im Hinblick auf das vorgefundene Ergebnis kann diese Frage hier aber offen bleiben.

## 2. Dassonville-Formel

*Hilfsweise* wird im Folgenden gleichwohl geprüft, ob ein EEG mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit auf alle in Deutschland tätigen Energieversorger mit den Vorschriften der Art. 34 ff. AEUV vereinbar wäre, wenn man – entgegen der vorstehenden Ausführungen – davon ausgeht, dass Art. 34 ff. AEUV auf eine solche Maßnahme trotz der Richtlinie 2009/28/EG anwendbar sind.

Art. 34 AEUV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Nach der sog. **Dassonville-Formel** des EuGH werden hierunter alle nationalen Maßnahmen gefasst, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.<sup>24</sup>

Für den **Mechanismus des EEG** mit einem Einspeisetarif ist zunächst entsprechend der Rechtsprechung des EuGH in Sachen PreussenElektra davon auszugehen, dass hierin zumindest eine potenzielle Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels zu sehen ist. Denn wenn die Energieversorger einen Anteil ihrer Versorgung aus den in Deutschland

---

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. C-8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837, Rn. 5.

eingespeisten und abgenommenen EE-Strommengen bereitzustellen haben, dann wird in demselben Umfang der Import von Strommengen aus anderen Ländern beschränkt.<sup>25</sup> Auch in der Literatur wird daher im Grundsatz eine Maßnahme gleicher Wirkung durch die Förderregelung des EEG bejaht.<sup>26</sup>

Zu überlegen ist ferner, ob im Besonderen eine Weiterleitung der EE-Strommengen in Echtzeit anteilig auf sämtliche in Deutschland tätigen Energieversorgungsunternehmen eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 34 AEUV darstellen könnte.

Hierzu lässt sich zunächst ein Vergleich mit dem vor 2010 bestehenden Wälzungsmechanismus des EEG führen. Vor der Umstellung des Ausgleichsmechanismus des EEG auf die „finanzielle Wälzung“ und damit die Verpflichtung der Energieversorgungsunternehmen zur Zahlung der EEG-Umlage waren sämtliche in Deutschland tätigen Stromhändler verpflichtet, einen Teil des von ihnen gehandelten Stroms aus erneuerbaren Energien bereitzustellen (EEG-Quote). Dies wurde in der Literatur teilweise als Beschränkung der Möglichkeiten der Stromhändler zum Import von Strom aus anderen Mitgliedstaaten angesehen.<sup>27</sup> Gerade auch aus dem *PreussenElektra*-Urteil des EuGH ist dieser Gedankengang zu entnehmen: Wenn ein Energieversorgungsunternehmen einen Anteil von Strom aus erneuerbaren Energien bereitstellen muss, die es über den Wälzungsmechanismus des EEG bezieht, dann kann es insoweit den für die Versorgung von Kunden in Deutschland verwendeten Strom nicht aus dem Ausland beziehen. Da bei einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit die Energieversorgungsunternehmen den EE-Strom wieder bilanziell abnehmen müssten (und nicht auf die Zahlung der EEG-Umlage beschränkt wären), spricht damit gerade das *PreussenElektra*-Urteil dafür, dass dies als zumindest potentiell den Handelsverkehr einschränkende Maßnahme anzusehen ist.

In anderen Mitgliedstaaten tätige Energieversorgungsunternehmen könnten die Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit bei einem Marktauftritt in Deutschland zudem als für sie schwer kalkulierbar ansehen. Auch der Umstand, dass sie sich dann mit der Integration dieser EE-Strommengen in ihr Portfolio auseinandersetzen müssen, könnte sie möglicherweise dazu veranlassen, insgesamt von einem Markteintritt in Deutschland abzusehen.

Daher dürfte einer Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit zumindest eine **potenzielle Behinderung** des innergemeinschaftlichen Handels zukommen.

---

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

<sup>26</sup> *Cremer*, EuZW, 2007, 591 (592); *Klinski*, ZNER 2005, 207 (212); *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005,

6.

<sup>27</sup> *Altrock/Oschmann* in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2011, Einf. Rn. 99.

### 3. Grenzüberschreitender Bezug

Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit könnte dann ausscheiden, wenn das EEG mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit keine grenzüberschreitenden Auswirkungen hat. Teilweise wird vertreten, dass eine Maßnahme nur unter Art. 34 AEUV fällt, wenn sie grenzüberschreitende Bezüge aufweist. Fehlt es indes an einem grenzüberschreitenden Bezug und daher auch an einer Behinderung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs, dann sei eine Berufung auf Art. 34 AEUV verwehrt.<sup>28</sup> Die Regelungen der Warenverkehrsfreiheit dürften auf die Beseitigung von Hindernissen angelegt sein, die den Marktzugang für importierte Waren in spezifischer Weise erschweren.<sup>29</sup>

Eine grenzüberschreitende Wirkung der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien wird teilweise in Zweifel gezogen.<sup>30</sup> Denn das Fördersystem des EEG beschränkt sich auf Strom, der im Inland erzeugt und dort auch verbraucht wird. Nach der Umstellung des Wälzungsmechanismus in 2010 auf die Zahlung der EEG-Umlage könnte man zudem vertreten, dass es an einem grenzüberschreitenden Bezug auch deshalb fehle, weil es mangels einer Abnahmepflicht der Energieversorgungsunternehmen auch keine (potentiellen) Rückwirkungen auf etwaige grenzüberschreitende Strombezüge mehr gebe.<sup>31</sup>

Andererseits könnte man die grenzüberschreitende Wirkung des EEG (und so auch mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit) bejahen, weil es bei der Warenverkehrsfreiheit schwerpunktmäßig um den Marktzugang ausländischer Produkte gehe, welcher durch eine auf nationale Vorgänge beschränkten Förderregelung eingeschränkt werden könnte.<sup>32</sup>

Zumal der EuGH in seiner Rechtsprechung gerade dem Aspekt des Marktzutritts ausländischer Waren eine erhebliche Relevanz einräumt (dazu sogleich 4.), dürfte mit der zweitgenannten Sichtweise eine grenzüberschreitende Wirkung des EEG (auch mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit) zu bejahen sein. Ob dies bei dem heutigen System der EEG-Umlage mangels einer Abnahmepflicht der Energieversorgungsunternehmen anders sein könnte, kann hier offen bleiben, da mit der Direktverteilung in Echtzeit im Grundsatz wieder eine Weiterleitung des Stroms an die Energieversorgungsunternehmen aufgenommen würde. Rückwirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel dergestalt, dass die verpflichtende Abnahme dieser Mengen die Energieversorgungsunternehmen am Bezug anderer (importierter) Strommengen hindert, können dabei nicht ausgeschlossen werden.

---

<sup>28</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 4-8.

<sup>29</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 4-8.

<sup>30</sup> *Fouquet/Zenke*, ZNER 1999, 61 (65).

<sup>31</sup> *Schulte-Beckhausen/Schneider/Kirch* in: IZES/Bofinger/BET, Stromsystem-Design: Das EEG 2.0 und Eckpfeiler eines zukünftigen Regenerativwirtschaftsgesetzes, 143.

<sup>32</sup> *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171 (183).

#### 4. Keck-Rechtsprechung

Mit seiner Keck-Rechtsprechung differenziert der EuGH zwischen mitgliedstaatlichen Vorschriften danach, ob sie produktbezogene oder vertriebsbezogene Regelungen für die Handelsteilnehmer aufstellen. Der EuGH schränkt damit die weite Dassonville-Formel bewusst ein und nimmt bestimmte Verkaufsmodalitäten unter weiteren Voraussetzungen von der Prüfung an der Warenverkehrsfreiheit aus.<sup>33</sup> Die Formel des EuGH hierzu lautet:

*„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837) unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell 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.“<sup>34</sup>*

Mit dieser Rechtsprechung sollen nationale Vorschriften ohne hinreichende Nähe zum grenzüberschreitenden Handel bereits aus dem Schutzbereich des Art. 34 AEUV herausgenommen werden, sofern die Vorschrift nicht tatsächlich oder faktisch nach dem Warenursprung differenziert.<sup>35</sup>

In seiner jüngeren Rechtsprechung fasst der EuGH die damit geschaffenen Auslegungsgrundsätze zu den Maßnahmen gleicher Wirkung wie folgt zusammen:

*„Als „Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ im Sinne des Art. 28 EG sind diejenigen Maßnahmen eines Mitgliedstaats anzusehen, mit denen bezweckt oder bewirkt wird, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln, sowie Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. Februar 1979, Rewe-Zentral, „Cassis de Dijon“, 120/78, Slg. 1979, 649, Randnrn. 6, 14 und 15, vom 26. Juni 1997, Familiapress, C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Randnr. 8, und vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Randnr. 67). Ebenfalls unter diesen Begriff fällt jede sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaats für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert (vgl. Urteil vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien, C-110/05, Slg. 2009, I-0000, Randnr. 37.“<sup>36</sup>*

Zu überlegen ist, unter welche Kategorie im Sinne der Keck-Rechtsprechung ein EEG mit einer Direktverteilung des EE-Stroms in Echtzeit einzustufen wäre und ob eine solche Maß-

<sup>33</sup> Siehe näher *Dausés/Brigola* in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, 33. Erg.lieferung 2013, C.I. Grundregeln, Rn. 135 ff.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 11.1993, Rs. C-267/91 und C-268-91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16.

<sup>35</sup> *Dausés/Brigola* in Dausés, EU-Wirtschaftsrecht, 33. Erg.lieferung 2013, C.I. Grundregeln, Rn. 136.

<sup>36</sup> EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-142/05, *Mickelsson und Roos*, Slg. 2009, I-4273, Rn. 24.

nahme nach dieser Rechtsprechung aus dem Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit herausfallen könnte.

#### **a) Produkt- oder vertriebsbezogene Regelung**

Eine unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbare Regelung, die „bestimmte Absatzmodalitäten“ nach der Keck-Rechtsprechung enthält, würde nicht in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV fallen. Anders wäre dies, wenn es sich bei den unterschiedslos anwendbaren Regelungen um eine Produktvorschrift oder eine sonstige Absatzmodalität handeln würde.

Soweit in der Rechtsprechung des EuGH ersichtlich, ist eine Einstufung als produkt- oder vertriebsbezogene Regelung für Fälle, in denen ein Energieversorgungsunternehmen einen Anteil seines Portfolios aus (nach dem EEG gefördertem) EE-Strom decken muss, bislang nicht entschieden.

Für eine produktbezogene Regelung im Sinne der Keck-Rechtsprechung und damit das tatbestandliche Eingreifen der Warenverkehrsfreiheit könnte sprechen, dass über die Verpflichtung zur Abnahme von EE-Strommengen in Echtzeit die Energieversorgungsunternehmen die abgenommenen Strommengen auch an ihre Kunden weitergegeben werden. Daher könnte das gegenüber den Kunden angebotene Produkt – die Lieferung von Strom – unmittelbar beeinflusst werden.

Auf der anderen Seite wird aber der Strom, den ein Energieversorgungsunternehmen (ggf. aus dem Ausland) an einen Stromkunden in Deutschland liefern möchte, nicht in irgendeiner Weise physisch verändert. Auch werden keine physischen Qualitätsmerkmale für diesen Strom festgesetzt. Vielmehr haben die Energieversorgungsunternehmen lediglich bei der Belieferung von Kunden in Deutschland in ihr *Gesamtportfolio* einen Anteil von Strom aus erneuerbaren Energien aufzunehmen.

In diesem Sinne dürfte man eine Verpflichtung zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit eher als vertriebsbezogene Regelung anzusehen haben. Hierfür spricht, dass mit dieser Pflicht den Energieversorgungsunternehmen vorgegeben wird, was sie bei ihrem Vertriebskonzept der Belieferung von Kunden in Deutschland *auch* zu tun haben – nämlich einen Anteil von EE-Strom abzunehmen. Dies legt nahe, dass die Regelung als vertriebsbezogen angesehen würde.

#### **b) Unterschiedslos anwendbar oder Differenzierung nach Ursprung**

Nach der sog. Keck-Rechtsprechung des EuGH ist darüber hinaus von Relevanz, ob es sich bei der Maßnahme um eine solche handelt, welche eingeführte Erzeugnisse diskriminiert, oder ob es sich um eine unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse an-

wendbare Regelung handelt. Nur eine unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbare Regelung, die „bestimmte Absatzmodalitäten“ enthält, wäre nach der Keck-Rechtsprechung vom Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen.

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass die Pflicht zur Abnahme von EE-Strom im *Wortlaut* der Vorschriften des EEG zunächst als unterschiedslos auf inländische sowie importierte Produkte anwendbare Maßnahme ausgestaltet würde. Wir gehen also davon aus, dass mit der Pflicht zur anteiligen Abnahme von EE-Strom sämtliche Energieversorgungsunternehmen belastet werden sollen, die in Deutschland Strom an Letztverbraucher liefern – unabhängig davon, ob der an Letztverbraucher gelieferte Strom importiert oder in Deutschland erzeugt wurde. Mit der Verpflichtung zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit soll nicht der Warenverkehr zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten geregelt werden. Vielmehr soll in allgemeiner Weise die Wirtschaftstätigkeit der Energieversorgung in Deutschland so geregelt werden, dass dabei die in Deutschland erzeugten und eingespeisten Strommengen aus erneuerbaren Energien anteilig auf die Energieversorger verteilt werden.

Näher zu prüfen wäre aber, ob die Regelung der Echtzeitverteilung den Marktzugang für importierte Erzeugnisse *faktisch* versperrt oder diese stärker als einheimische Produkte behindert.<sup>37</sup> Die Keck-Rechtsprechung des EuGH geht dahin, eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit weiter dort anzunehmen, wo eine Regelung den Zugang zum Markt behindert (in Abgrenzung von einer Regelung, die lediglich das Marktverhalten bestimmt).<sup>38</sup> Unterschiedslos anwendbare Maßnahmen sind dann Maßnahmen gleicher Wirkung, wenn sie es einem Unternehmen erschweren, in einem Mitgliedstaat für den gesamten Binnenmarkt zu produzieren und von dort aus ein auf den gesamten Binnenmarkt angelegtes Vermarktungskonzept zu betreiben.<sup>39</sup> Insbesondere wäre zu prüfen, ob ein im Ausland ansässiges Unternehmen dafür, dass es Strom auch in Deutschland vertreiben möchte, sein Stromprodukt so an die Anforderungen Deutschlands mit der Echtzeitwälzung anpassen müsste, dass dadurch Anpassungskosten entstehen.<sup>40</sup>

Diesbezüglich erscheint möglich, dass die Echtzeitverteilung – obwohl sie nach dem Gesetz zunächst auf importierten und einheimischen Strom unterschiedslos anwendbar ist – faktisch importierten Strom benachteiligen könnte. Beispielsweise könnten ausländische Energieversorger von einem Marktzutritt in Deutschland „abgeschreckt“ werden, wenn dieser mit der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit einhergeht. Möglicherweise können ausländische Unternehmen wegen geringerer Kenntnisse über den deutschen Markt weniger als ihre deutschen

<sup>37</sup> Vgl. *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 28.

<sup>38</sup> *Kingreen* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV, Rn. 51; *Schlacke/Kröger*, Studie „Europarechtliche Fragen deutscher Förderinstrumente für Erneuerbare Energien“, 30.

<sup>39</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 4-8.

<sup>40</sup> Allgemein zu diesem Prüfungsmaßstab siehe *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 28.



Mitbewerber abschätzen, mit der Abnahme welcher Strommengen in Echtzeit zu rechnen ist. Daher könnte eine Abnahmepflicht von EE-Strom in Echtzeit für sie abschreckender wirken als die Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage, die im Voraus bekannt ist und daher einfacher einkalkuliert werden kann.

Aus diesen Erwägungen heraus ist denkbar, dass sich eine Abnahmepflicht der Energieversorgungsunternehmen für EE-Strom in Echtzeit faktisch unterschiedlich auf importierte und einheimische Energieversorgungsunternehmen auswirkt. Wenn hierbei faktisch unterschiedliche Auswirkungen zu bejahen wären, würde für diese Maßnahme eine Bereichsausnahme im Sinne der Keck-Rechtsprechung nicht eingreifen.

Andererseits erscheint denkbar, dass die Abnahmepflicht von EE-Strom in Echtzeit so ausgestaltet wird, dass sie auch faktisch ausländische und einheimische Energieversorgungsunternehmen in gleicher Weise belastet. Hierfür wäre insbesondere von erheblicher Bedeutung, dass die Regelungen so transparent sind, dass ausländische Unternehmen dadurch nicht von einem Marktzutritt in Deutschland abgehalten werden. Auch aus dieser Vorgabe heraus dürfte es erneut – gerade auch bei der Ausgestaltung der Bilanzierung – von erheblicher Bedeutung sein, dass die Regelungen zur Wälzung in Echtzeit für ausländische Marktteilnehmer so gut handhabbar wie möglich sind (vgl. bereits oben 1. c)). Ob dann eine faktisch unterschiedliche Auswirkung vermieden werden kann, wäre bei/nach der konkreten Ausgestaltung der Direktverteilung in Echtzeit ggf. unter Hinzuziehung energiewirtschaftlichen Fachverständs näher zu prüfen.

## 5. Zwingende Erfordernisse (Cassis de Dijon)

Nach der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH können Handelshemmnisse im Ergebnis nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen, wenn sie sich aus zwingenden Erfordernissen ergeben. Hemmnisse für den Binnenhandel in einem Bereich, in welchem es an einer gemeinschaftlichen Regelung fehlt, müssen danach hingenommen werden, soweit diese Beschränkungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden.<sup>41</sup> Die zwingenden Erfordernisse im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung hat der EuGH zumindest ursprünglich als tatbestandsausschließende Merkmale bzw. immanente Schranken angesehen, die bereits im Rahmen des Art. 34 AEUV und nicht erst auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen seien.<sup>42</sup>

Als ein zwingendes Erfordernis in diesem Sinn wird auch der **Umweltschutz- und Klimaschutz** angesehen.<sup>43</sup> Entsprechend der Ausführungen des EuGH in *PreussenElektra* ist

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Rn. 8.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu *Dausies/Brigola* in Dausies, EU-Wirtschaftsrecht, 33. Erg.lieferung 2013, C.I. Grundregeln, Rn. 126-128.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099; Urt. v. 20.09.1988, Rs. C-302/86, *Kom./Dänemark*, Slg. 1988, 4627, Rn. 7; Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech*,

auch für das EEG (auch mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit) festzustellen, dass dieses Instrument Umwelt- und Klimaschutzzielen dient (vgl. auch § 1 EEG).<sup>44</sup>

Die zwingenden Erfordernisse der Cassis de Dijon-Rechtsprechung sind nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die unterschiedslos auf einheimische und importierte Erzeugnisse anwendbar sind.<sup>45</sup> Jedenfalls im Wortlaut der Regelungen dürfte eine Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit so angelegt werden, dass sie in gleicher Weise bei der Belieferung von Letztverbrauchern in Deutschland mit importiertem wie mit einheimischem Strom eingreift. Denkbar erscheint allerdings, dass die Regelung faktisch mit unterschiedlichem Gewicht auf einheimische und ausländische Energieversorgungsunternehmen einwirkt (siehe hierzu bereits oben **4.b**). Handelte es sich um eine unterschiedlich für ausländische und einheimische Unternehmen wirkende Regelung, wäre angesichts der in diesem Punkt nicht völlig klaren Rechtsprechung des EuGH<sup>46</sup> nicht völlig gewiss, ob dann eine Tatbestandsausnahme über die Cassis de Dijon-Rechtsprechung begründet werden kann. Dies könnte aber dahinstehen, wenn sich die Maßnahme jedenfalls auf einen der Rechtfertigungsgründe in Art. 36 AEUV stützen ließe (dazu sogleich).<sup>47</sup>

## 6. Rechtfertigungsgründe

Wenn man von einem Verstoß eines EEG mit Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit gegen die Warenverkehrsfreiheit in Art. 34 AEUV ausgehen wollte, kommt in Betracht, dass dieser Verstoß nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt ist. Danach stehen die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 AEUV *„Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die 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 sind“*.

Im Urteil in der Sache PreussenElektra hat der EuGH bereits ausgeführt, dass das damalige Stromeinspeisungsgesetz dem *„Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tie-*

---

Slg. 1998, I-4301, Rn. 64; Urt. v. 14.07.1998, Rs. 341/95, *Bettati*, Slg. 1998, I-4355, Rn. 64; Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-389/96, *Aher-Waggon*, Slg. 1988, I-4473, Rn. 19

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099. Zustimmend *Schlacke/Kröger*, Studie *„Europarechtliche Fragen deutscher Förderinstrumente für Erneuerbare Energien“*, 53.

<sup>45</sup> *Leible* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 28 EGV Rn. 18-21 m.w.N.

<sup>46</sup> Siehe hierzu nur *Cremer*, EuZW, 2007, 591 (593) sowie *Klinski*, ZNER 2005, 207 (213).

<sup>47</sup> Vgl. *Klinski*, ZNER 2005, 207 (213).

ren und Pflanzen“ diene.<sup>48</sup> Hiermit werden gerade Rechtfertigungsgründe aufgezählt, die in Art. 36 AEUV ausdrücklich genannt sind.

Auch für das EEG (mit einer Direktverteilung von EE-Strom in Echtzeit) würde die Zielsetzung zum Umwelt- und Klimaschutz bestehen bleiben. Hiermit werden auch Gesundheit und Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen geschützt. Dabei ist hervorzuheben, dass dieser Schutz nicht allein dadurch erreicht wird, dass mit dem Ausbau der erneuerbaren Energien möglicherweise ein Beitrag zum Klimaschutz geleistet werden kann. Der Schutz der Gesundheit von Menschen kann auch dadurch erreicht werden, dass weitere schädliche Umweltauswirkungen der fossilen Energieerzeugung mit dem zunehmenden Einsatz erneuerbarer Energien verringert werden können. Die Eingruppierung einer Förderregelung für Strom aus erneuerbaren Energien als Maßnahme zum Schutz von Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen durch den EuGH überzeugt daher.

Im Grundsatz kann ein EEG mit einer Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit daher dann, wenn es anhand der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen sein sollte, jedenfalls auf Rechtfertigungsgründe im Sinne des Art. 36 AEUV gestützt werden.

## 7. Verhältnismäßigkeit

Sowohl beim Eingreifen der zwingenden Erfordernisse (*Cassis de Dijon*) als auch bei den Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV ist aber weiter zu prüfen, ob die ergriffenen Maßnahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. Auch bei den zwingenden Erfordernissen im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung untersucht der EuGH, ob die nationale Maßnahme im Hinblick auf das damit verfolgte Ziel notwendig ist oder ob es eine andere, die Handelsteilnehmer weniger belastende Regelung gibt.<sup>49</sup>

Für die hier zu untersuchende Frage ist daher zu überlegen, ob die statt einer Direktverteilung des EE-Stroms in Echtzeit eine gleich geeignete und die Marktteilnehmer weniger belastende Regelungsmöglichkeit besteht.

### a) Zielsetzung

Die Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit auf die Energieversorgungsunternehmen würde – wie das EEG insgesamt – zunächst der Förderung der erneuerbaren Energien und dem Umwelt-, Klima- und Gesundheitsschutz dienen. Im Besonderen würde mit diesem Wälzungsmechanismus weiter angestrebt werden, die mit der Einspeisevergütung geförder-

---

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rn. 75. Ebenso *Fouquet/Zenke*, ZNER 1999, 61 (66); *Klinski*, ZNER 2005, 207 (213). Dies übersehen *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, 171 (190-196), die allein auf den Umweltschutz als zwingendes Erfordernis im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung abstellen wollen.

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 20.02.1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, Rn. 9-15.

ten, von Netzbetreibern abgenommenen Strommengen aus erneuerbaren Energien so auf die Energieversorgungsunternehmen weiterzuleiten, dass sie so effektiv wie möglich integriert werden können.

## **b) Geeignetheit**

Für die Erreichung dieser Ziele erscheint die Maßnahme der Einführung einer Direktverteilung des EE-Stroms in Echtzeit zunächst geeignet. Die Zielsetzungen des EEG zu Klima-, Umwelt- und Gesundheitsschutz werden bereits mit dem Fördermechanismus einer Einspeisevergütung und der Abnahmepflicht der Netzbetreiber verfolgt. Bei einer Abnahme des EE-Stroms durch die Netzbetreiber ist notwendig auch zu regeln, wie die Strommengen weiterverteilt werden, da Netzbetreiber im liberalisierten Energiemarkt keine Belieferung von Letztverbrauchern mehr vornehmen. Die direkte, anteilmäßige Weitergabe der EE-Strommengen in Echtzeit auf die Energieversorgungsunternehmen erscheint dafür geeignet, dass sich diese Unternehmen mit der Integration dieser Strommengen aus erneuerbaren Energien in ihren Bilanzkreis bzw. ihr Portfolio beschäftigen müssen. Um im Wettbewerb der Energieversorger zu bestehen, werden die Unternehmen im Eigeninteresse versuchen, die EE-Strommengen so gut wie möglich bei der Belieferung ihrer Kunden zu integrieren. Damit erscheint das System der Direktverteilung der EE-Strommengen in Echtzeit geeignet, diese Strommengen möglichst effektiv weiterzugeben.

## **c) Erforderlichkeit und Angemessenheit**

Allerdings könnte die Pflicht zur Abnahme von EE-Strommengen in Echtzeit die Energieversorgungsunternehmen stärker belasten als andere Gestaltungen, über welche die insgesamt abgenommenen Strommengen aus erneuerbaren Energien weitergegeben werden sollen.

Eine mildere Möglichkeit könnte insbesondere das derzeitige System darstellen, in welchem die Übertragungsnetzbetreiber zur Vermarktung der insgesamt abgenommenen EE-Strommengen an der Börse (Spotmarkt) und die Energieversorgungsunternehmen zur Zahlung der EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber gesetzlich verpflichtet sind. Hier müssen die Energieversorgungsunternehmen „nur“ die Umlage bezahlen und können sich Strom ansonsten am Markt beschaffen, so dass man im Hinblick auf die Strombeschaffung schon keinen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit mehr annehmen könnte.<sup>50</sup> Die Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit könnte für die Energieversorgungsunternehmen einschränkender sein als die Pflicht zur (lediglich finanziellen) Zahlung der EEG-Umlage. Denn die Energieversorgungsunternehmen müssten dann nicht lediglich eine für alle gleiche Umlage zahlen, sondern wären in ihrer Freiheit der Zusammenstellung ihres Stromportfolios

---

<sup>50</sup> *Rostankowski/Oschmann*, RdE 2009, 361 (363-365), die aber sogleich hervorheben, dass das System der EEG-Umlage daher nicht dazu beiträgt, den EE-Strom erzeugungsseitig in den Strommarkt zu integrieren.

insofern eingeschränkt, als sie dort einen Anteil von Strom aus erneuerbaren Energien aufnehmen müssen.

Allerdings ist bereits nicht gewiss, dass die rein finanzielle Pflicht zur Zahlung einer Umlage milder ist als die Verpflichtung zur Abnahme der EE-Strommengen in Echtzeit. Denn bei der Verpflichtung zur Abnahme der EE-Strommengen in Echtzeit können die Energieversorgungsunternehmen durch eine intelligente Integration des EE-Stroms *reagieren*, was ihnen bei der Umlage nicht möglich ist. Während die Umlage-Belastung durchaus einen erheblichen Anteil der Kostenbelastung der Energieversorgungsunternehmen automatisch vorgibt, haben die Unternehmen dann, wenn sie die Strommengen selbst abnehmen müssen, daher einen gewissen Handlungsspielraum für die Integration dieser Strommengen – möglicherweise können sie ihre jeweilige Kostenbelastung damit insgesamt unter die aus der EEG-Umlage senken.

Hinzu kommt, dass den Energieversorgungsunternehmen nach dem hier geprüften Modell des WVV die alternative Möglichkeit offen stehen soll, EE-Strom (ggf. anteilig) im Wege der Direktvermarktung zu beziehen und dann auch (ggf. ebenfalls anteilig) von der Verpflichtung zur Abnahme von EE-Strom aus dem Wälzungsmechanismus in Echtzeit ausgenommen zu sein. Auch dies gibt den Unternehmen einen gewissen Handlungsspielraum und schafft Möglichkeiten dafür, Strom aus erneuerbaren Energien möglichst kostengünstig zu integrieren.

Selbst wenn man trotz dieser Umstände die Abnahme von EE-Strom in Echtzeit gegenüber der Zahlung einer Umlage als die Unternehmen stärker einschränkende Maßnahme ansehen wollte, so dürfte doch jedenfalls mit der Umlage die Erreichung der vorgenannten Ziele nicht in dem gleichen Maße gesichert sein. Denn bei der Beschränkung der Energieversorgungsunternehmen auf die Zahlung einer Umlage muss der abgenommene Strom aus erneuerbaren Energien auf andere Weise so vertrieben werden, dass er letztlich zur Belieferung von Letztverbrauchern genutzt werden kann. Derzeit geschieht dies dadurch, dass sämtliche EE-Strommengen, für welche die festen Einspeisevergütungen des § 16 EEG gezahlt werden, an den Spotmarkt der Strombörse eingestellt werden. Auf diese Weise werden durch den Mechanismus keine weiteren Impulse für eine möglichst effiziente Integration dieser Strommengen bei der Belieferung von Letztverbrauchern geschaffen. Gerade das Ziel einer effizienten Integration der EE-Strommengen in die Bilanzkreise und Portfolios der Energieversorgungsunternehmen wird mit der vom WVV vorgeschlagenen Abnahmepflicht von EE-Strom in Echtzeit aber angestrebt.

Aus entsprechenden Erwägungen erscheint auch eine Weitergabe der Strommengen in Echtzeit an Energieversorgungsunternehmen angemessen. Spätestens an dieser Stelle ist zu berücksichtigen, dass die Richtlinie 2009/28/EG den Mitgliedstaaten verbindliche nationa-

le Ziele für den Ausbau erneuerbarer Energien vorgibt und Einspeisetarife als eine mögliche Förderregelung für die Zielerreichung für zulässig erachtet.

Insgesamt hält das vom WVV vorgeschlagene Konzept der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit damit auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung stand. Eine andere Wälzung der EE-Strommengen, welche eindeutig weniger belastend für die Handelsteilnehmer wäre und zugleich auch das angestrebte Ziel einer möglichst effizienten Integration der EE-Strommengen verfolgt, ist nicht auszumachen.

## **VII. Prüfung der Vereinbarkeit mit Artikeln 30 und 110 AEUV und der Warenverkehrsfreiheit (Direktvermarktung von EE-Strom und Befreiung von Direktverteilung)**

Zusätzlich zu den Ausführungen unter oben VI. soll im Folgenden weiter untersucht werden, ob die im Marktmodell vorgeschlagene (ggf. teilweise) Befreiung von der Direktverteilung von EE-Strom in Echtzeit für Energieversorgungsunternehmen, die im Wege der Direktvermarktung Strommengen aus erneuerbaren Energien einkaufen oder über eigene Anlagen erzeugen, mit den Vorgaben in Artikeln 30 und 110 AEUV sowie der Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist.

### **1. Prüfung der Vereinbarkeit mit Artikeln 30 und 110 AEUV**

In Betracht käme im Hinblick auf diese Befreiungsmöglichkeit von der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit zunächst eine Prüfung am Maßstab der Artikel 30 und 110 AEUV.

Artikel 30 AEUV verbietet „Ein- und Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung“ zwischen den Mitgliedstaaten.

Artikel 110 AEUV lautet:

*„Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben.*

*Die Mitgliedstaaten erheben auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine inländischen Abgaben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen.“*

Die Frage der Vereinbarkeit des Marktmodells des WVV mit den vorgenannten Bestimmungen stellt sich insbesondere deshalb, weil die **Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss** vom 18.12.2013 zur Einleitung einer Prüfung der Förderung stromintensiver Unternehmen durch eine Teilbefreiung von der EEG-Umlage davon ausgeht, dass das sog. „Grünstromprivileg“ des § 39 EEG 2012 eine diskriminierende Abgabe darstellen und gegen Artikel 30 und

110 AEUV verstoßen könnte.<sup>51</sup> Mit dem Grünstromprivileg in § 39 Abs. 1 EEG 2012 kann sich die EEG-Umlage für Elektrizitätsversorgungsunternehmen in einem Kalenderjahr um 2,0 Cent pro Kilowattstunde verringern, wenn diese an ihre gesamten Letztverbraucher mindestens 50 Prozent Strom aus erneuerbaren Energien im Sinne des EEG liefern (wobei dieser Strom grundsätzlich nach dem EEG förderfähig sein muss und die Unternehmen weitere Voraussetzungen erfüllen müssen).

Die Kommission sieht in diesem Grünstromprivileg „*dem ersten Anschein nach*“ eine diskriminierende Wirkung, welche gegen Artikel 30 und 110 AEUV verstoßen könnte. Dies begründet sie damit, dass § 39 EEG 2012 im Fall der Direktvermarktung einen verringerten Satz der EEG-Umlage vorsieht, der nur dann zum Tragen komme, wenn das Elektrizitätsversorgungsunternehmen 50 Prozent seines Stromportfolios von *inländischen* Erzeugern von EE-Strom bezogen hat.<sup>52</sup>

Die im vom WWV vorgeschlagenen Marktmodell vorgesehene Befreiung von der Echtzeitwälzung für Energieversorgungsunternehmen, die einen bestimmten Grünstromanteil auf vertraglicher Basis beziehen oder selbst erzeugen, hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Grünstromprivileg des § 39 EEG 2012. Denn nach dem Marktmodell des WWV soll eine (ggf. teilweise) Befreiung von der „Belastung“ mit der Echtzeitwälzung möglich sein, wenn die Energieversorgungsunternehmen auf andere Weise einen bestimmten Anteil ihrer Stromlieferungen aus erneuerbaren Energien abdecken. Dabei sollen nur solche erneuerbaren Strommengen berücksichtigt werden, die grundsätzlich nach dem EEG förderfähig wären. Zur Förderfähigkeit nach dem EEG gehört auch, dass sich die EEG-Anlagen „*im Bundesgebiet einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone*“ befinden, § 2 Nr. 1 EEG. Eine Befreiung von der Echtzeitwälzung dadurch, dass ein Grünstromanteil aus erneuerbaren Energien aus Anlagen außerhalb der Bundesrepublik Deutschland bezogen wird, ließe sich damit nicht erreichen. Möglicherweise könnte daher gesagt werden, dass die aus dem Ausland nach Deutschland importierten Strommengen mit einer diskriminierenden Abgabe belegt werden.

Allerdings würde die „Abgabe“ in diesem Fall – anders als heute die EEG-Umlage – **keine unmittelbar finanzielle Belastung** darstellen. Stattdessen handelte es sich um die verpflichtende **Abnahme einer bestimmten EE-Strommenge in Echtzeit**.

Mit der Echtzeitwälzung werden die im Ausland erzeugten und nach Deutschland eingeführten Strommengen nicht mit einem in einem Zolltarif verankerten Satz belastet, die Abnahme-

---

<sup>51</sup> Europäische Kommission, Pressemitteilung „Staatliche Beihilfen: Kommission eröffnet eingehende Prüfung der Förderung stromintensiver Unternehmen durch Teilbefreiung von EEG-Umlage“, 18.12.2013; Beschluss des Kommission, C(2013) 4424 final.

<sup>52</sup> Beschluss des Kommission, C(2013) 4424 final, Rn. 247.

pflicht wird auch nicht als „Zoll“ bezeichnet,<sup>53</sup> so dass es sich hierbei nicht um einen Zoll handelt.

Die Pflicht zur Abnahme von Strom in Echtzeitwälzung dürfte auch darüber hinaus weder im Sinne des Art. 30 AEUV noch des Art. 110 AEUV eine „Abgabe“ darstellen. Denn der Begriff der „Abgabe“ setzt eine der Ware **einseitig auferlegte finanzielle Belastung** voraus.<sup>54</sup> An einer unmittelbaren finanziellen Belastung fehlt es vorliegend aber. Stattdessen wird den Energieversorgungsunternehmen aufgegeben, in Echtzeit eine bestimmte Menge Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen.

Für die Maßnahme greifen damit unseres Erachtens keine Vorgaben nach den spezielleren Vorschriften der Art. 30 und 110 AEUV.

## **2. Prüfung der Vereinbarkeit mit Artikel 34 AEUV**

Allerdings stellt sich auch bei der Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit für im Wege der Direktvermarktung bezogenen EE-Strom die Frage der Vereinbarkeit mit den Vorschriften zur Warenverkehrsfreiheit in Artikeln 34 ff. AEUV. Hierfür wird zunächst auf die oben **VI.** stehenden Ausführungen verwiesen. Im Folgenden soll auf die Besonderheiten eingegangen werden, welche sich hinsichtlich der Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit gegenüber diesen Ausführungen ergeben.

### **a) Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit**

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit stellt sich auch hier die Frage, ob die Ausnahmemöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit von der Richtlinie 2009/28/EG derart erfasst wird, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Einführung einer entsprechenden Regelung gestattet.

Dies erscheint deshalb fraglich, weil eine Förderung mittels einer „Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit“ nicht ausdrücklich in den in Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG aufgeführten „Förderregelungen“ aufgelistet ist. Wie oben ausgeführt, sind dort unter anderem „Einspeisetarife“ und „Prämienzahlungen“ genannt. Eine Förderung durch eine Ausnahme von der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit lässt sich hierunter nicht direkt subsumieren.

Allerdings handelt es sich bei den „Einspeisetarifen“ und „Prämienzahlungen“ lediglich um spezifische Beispiele für eine „Förderregelung“ nach Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG.

---

<sup>53</sup> Vgl. *Herrmann* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Erg.lieferung 2013, Art. 30 AEUV Rn. 9.

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 14.09.1995, Rs. C-485/93, *Simitzi/Kos*, Slg. 1995 I-2655; *Herrmann* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Erg.lieferung 2013, Art. 30 AEUV Rn. 11; *Seiler* in: in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Erg.lieferung 2013, Art. 110 AEUV Rn. 20.



In Satz 1 werden die Förderregelungen allgemein beschrieben als Mechanismus, welcher „die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dadurch fördert, dass die Kosten dieser Energie gesenkt werden, ihr Verkaufspreis erhöht wird oder ihre Absatzmenge durch eine Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie oder auf andere Weise gesteigert wird“. Diesbezüglich könnte man die Regelung im Marktmodell des WVV, wonach bei einem Bezug von EE-Strom im Wege der Direktvermarktung eine (ggf. anteilige) Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit gewährt wird, durchaus als eine Regelung zur „Senkung der Kosten der erneuerbaren Energien“ ansehen. Denn wenn auch für die direkt vermarkteten und an Letztverbraucher gelieferten EE-Strommengen anteilig Strom aus der Direktverteilung abgenommen werden müsste, würde dies in aller Regel zu höheren Kosten für die betroffenen Unternehmen führen, als wenn sie diese Strommengen auf andere Weise – beispielsweise an der Börse – beschaffen.

Dementsprechend ließe sich sagen, dass auch die Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit eine Förderregelung im Sinne des Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG darstellt. Entsprechend der Ausführungen zu oben **VI.1.** spricht dann viel dafür, dass die Anwendbarkeit der Vorschriften der Warenverkehrsfreiheit bereits durch die speziellere Richtlinie 2009/28/EG gesperrt ist. Mangels einer ausdrücklichen Nennung einer solchen Förderregelung in Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG könnte man aber auch zu der Auffassung gelangen, dass der Richtlinie keine Gestattungswirkung im Hinblick auf die konkrete Regelung einer Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit beim Bezug von direkt vermarktetem EE-Strom zukommt.

#### **b) Dassonville-Formel und grenzüberschreitende Wirkung**

Sollten die Bestimmungen der Art. 34 ff. AEUV auf die Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit anwendbar sein, so dürfte es sich hierbei um eine potentiell den innergemeinschaftlichen Handel behindernde Maßnahme mit grenzüberschreitender Wirkung handeln. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Stromexport nach Deutschland beeinträchtigt wird, wenn für im Ausland erzeugten EE-Strom eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit nicht existiert (vgl. im Übrigen oben **VI.2. und 3.**).

#### **c) Keck-Rechtsprechung**

Entsprechend der Ausführungen zu oben **VI.4.** dürfte die Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit eher eine **vertriebsbezogene Regelung** im Sinne der Keck-Rechtsprechung darstellen.

Nach der Keck-Rechtsprechung wäre eine **unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse** anwendbare Regelung, die „bestimmte Absatzmodalitäten“ enthält, vom

Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit ausgenommen. Fraglich ist daher, ob die Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit diskriminierend wirkt oder ob sie unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist.

Um festzustellen, ob und ggf. in welchen Fällen eine Diskriminierung vorliegt, werden nachfolgend in tabellarischer Form **Vergleichsgruppen** gebildet. In diesen Vergleichsgruppen wird jeweils untersucht, ob eine Möglichkeit der Ausnahme von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit für im Ausland oder in Deutschland erzeugten Strom besteht. Die Tabelle unterscheidet nach der Herkunft des an Letztverbraucher in Deutschland gelieferten Stroms aus der entsprechenden Stromgestehung/-vermarktung sowie dem Erzeugungsort.

	Im <b>Ausland</b> erzeugt	In <b>Deutschland</b> erzeugt
1. <b>Fossil</b> erzeugter Strom	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung
2. Strom aus <b>EE</b> im Sinne des EEG, der sämtliche Vergütungsvoraussetzungen des EEG einhält (ungeachtet des § 2 Nr. 1 EEG) und für den		
a) eine EEG- <b>Einspeisevergütung</b> geltend gemacht werden soll	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung (wird selbst von NB abgenommen und über EVU in Echtzeit verteilt)
b) eine EEG- <b>Marktprämie</b> geltend gemacht werden soll	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung
c) eine <b>Direktvermarktung</b> ohne Erhalt einer Marktprämie durchgeführt werden soll	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung	<b>HIER Möglichkeit</b> zur Ausnahme von Direktverteilung
3. Strom aus <b>EE</b> , für den <b>nicht</b> sämtliche Vergütungsvoraussetzungen des EEG eingehalten werden	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung	<b>Keine</b> Möglichkeit zur Ausnahme von Direktverteilung

Die Tabelle zeigt, dass der im Ausland erzeugte und im Inland erzeugte Strom **in einer Vergleichsgruppe unterschiedlich** im Hinblick auf die mögliche Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit behandelt wird: Nur der im Inland erzeugte EE-Strom im Sinne des EEG, der alle EEG-Vergütungsvoraussetzungen einhält, aber direkt vermarktet wird und keine Einspeisevergütung oder Marktprämie erhält, soll von der Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung des (übrigen) EE-Stroms in Echtzeit profitieren können. Bei allen sonstigen Lieferungen von Strom an Letztverbraucher in Deutschland soll keine Befreiung von der Direktverteilung in Echtzeit eingreifen.

Dabei gehen wir davon aus, dass die Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit nur gewährt wird, wenn der betreffende im Inland erzeugte EE-Strom **keine sonstige Förderung nach dem EEG** – also keine Einspeisevergütung und keine Marktprämie – erhält. Dies entspricht im Wesentlichen der heutigen Rechtslage des Grünstromprivilegs nach § 39 Abs. 1 EEG 2012. Bei diesem kann auf die 50-Prozent-Schwelle auch lediglich Strom angerechnet werden, der im Wege der Direktvermarktung nach § 33b Nr. 2 EEG bezogen wird und also **nicht** mit Einspeisevergütung oder Marktprämie gefördert wird, siehe § 39 Abs. 2 i. V. m. § 33b EEG 2012.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob in dieser Vergleichsgruppe überhaupt eine Diskriminierung vorliegt. Denn die Richtlinie 2009/28/EG hat – wie gezeigt – gerade den grundsätzlichen Ansatz, dass die Mitgliedstaaten die Förderung von in ihrem jeweiligen Staatsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien regeln dürfen. Die tabellarische Übersicht zeigt, dass es sich bei der Ausnahmemöglichkeit von der Direktverteilung von EE-Strom um eine – besonders ausgestaltete – **Förderregelung für direkt vermarkteten und in Deutschland erzeugten EE-Strom** handeln soll, der nicht schon auf andere Weise durch das EEG gefördert wird. Daher ließe sich mit guten Gründen sagen, dass dieser Strom zu aus dem Ausland importierten EE-Strom bereits **nicht gleichartig** ist und daher keine diskriminierende Behandlung stattfindet.<sup>55</sup> Denn für im Ausland erzeugten EE-Strom kann auch der jeweils andere Mitgliedstaat festlegen, dass dieser entsprechend seines jeweiligen Fördersystems unterstützt wird.

Die grundsätzliche Freiheit des jeweiligen Mitgliedstaats bei der Ausgestaltung seines EE-Fördersystems nach der Richtlinie 2009/28/EG hat die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss zum Beihilfeprüfverfahren zum deutschen EEG nochmals betont. Darin heißt es:

*„Die Kommission unterstreicht, dass die Einhaltung der Artikel 30 und 110 AEUV in keinerlei Zusammenhang mit der Entscheidung der Mitgliedstaaten in der Frage steht, in welchem Umfang sie ihre nationalen Fördersysteme für den in anderen Mitgliedstaaten erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen öffnen. Artikel 30 und 110 AEUV verbieten lediglich die Finanzierung eines Fördersystems für die inländische Stromerzeugung mittels einer diskriminierenden Abgabe, die auf eingeführte Er-*

<sup>55</sup> Vgl. Beschluss des Kommission, C(2013) 4424 final, Rn. 248.

zeugnisse erhoben wird. Sie beinhalten **keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Vorteile des Fördersystems auf eingeführte Erzeugnisse auszuweiten.**

Der vorliegende Beschluss wie auch schon frühere Beschlüsse über nationale Fördersysteme für Strom aus erneuerbaren Energien stellt nicht die Tatsache in Frage, dass die **Förderung im Rahmen des EEG auf die Stromerzeugung im Inland begrenzt ist.** Bei der Abfassung der Entwürfe ihrer Förderregelungen dürfen Mitgliedstaaten jedoch keine diskriminierenden Abgaben im Sinne von Artikel 20 und 110 AEUV einführen.<sup>56</sup> (Hervorhebungen durch Unterzeichner)

Die vorstehenden Erwägungen haben gezeigt, dass es sich bei der Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit um eine Förderung für in Deutschland erzeugte EE-Strommengen handelt, die nicht auf andere Weise (durch Einspeisevergütung oder Marktprämie) gefördert werden. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, die von ihnen vorgesehene Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien auf die Stromerzeugung im Inland zu begrenzen, wird – wie vorstehend gezeigt – auch von der Kommission unterstrichen. Dies spricht erheblich dafür, dass bei einer wie vorstehend angenommenen Ausgestaltung der Befreiungsmöglichkeit bereits keine diskriminierende Behandlung einheimischer und importierter Güter vorliegt. Nach der Keck-Rechtsprechung könnte daher schon aus diesem Grunde kein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegen.

#### d) Rechtfertigung

Für das Vorliegen einer diskriminierenden Behandlung infolge der Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit könnte allerdings argumentiert werden, dass diese Befreiungsmöglichkeit ebenfalls für sämtliche im EU-Ausland erzeugten EE-Strommengen gelten müsste, welche sämtliche Förderungsvoraussetzungen nach dem EEG erfüllen, aber weder nach dem EEG noch nach den ausländischen Förderregelungen eine Förderung erhalten. **Allein in dieser Vergleichsgruppe** ließe sich – wenn nach den vorstehenden Ausführungen überhaupt – eine Ungleichbehandlung feststellen.

Wie oben **VI.5. und 6.** ausgeführt, käme dann weiter eine Rechtfertigung anhand der Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV sowie der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung in Betracht. Die vorgesehene Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit müsste sich dann aber insbesondere als verhältnismäßig darstellen.

Die Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit würde – neben der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Allgemeinen – im Speziellen auch das Ziel verfolgen, die EE-Strommengen mittel- bis langfristig im Wege der Direktvermarktung an Letztverbraucher zu liefern und damit eine **Marktintegration des EE-Stroms** zu erreichen. Hierbei handelt es sich um ein legitimes Ziel, für dessen Erreichung die Befreiungsmöglichkeit geeignet ist.

---

<sup>56</sup> Beschluss des Kommission, C(2013) 4424 final, Rn. 251 f.

Gegen die Erforderlichkeit und Angemessenheit der auf in Deutschland erzeugte EE-Strommengen bezogene Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit ließe sich argumentieren, dass diese Förderung der EE-Stromerzeugung und Marktintegration der Strommengen in gleicher Weise erreicht werden könnte, wenn dabei auch im Ausland erzeugte EE-Strommengen mitberücksichtigt werden. Hierfür ließe sich gerade anführen, dass die Binnenmarktrichtlinien auf die Schaffung eines europäischen Binnenhandels im Stromsektor ausgerichtet sind, der gerade in der langfristigen Perspektive auch den EE-Strom miteinbeziehen könnte.

Für die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Beschränkung der Befreiungsmöglichkeit auf in Deutschland erzeugte EE-Strommengen spricht aber der zuletzt oben **c)**. nochmals deutlich gewordene Ansatz der Richtlinie 2009/28/EG, dass die Mitgliedstaaten Förderregelungen zunächst für den in ihrem Staatsgebiet erzeugten EE-Strom aufstellen. Sollte eine Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit zwingend auf im Ausland erzeugte EE-Strommengen ausgeweitet werden müssen, so dürfte nicht sichergestellt werden können, dass das mit der Maßnahme verfolgte Ziel gleich sicher erreicht wird:

- Selbst wenn Deutschland in der entsprechenden Regelung einer Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit für im Ausland erzeugten EE-Strom festlegen sollte, dass diese nur für „nicht im Ausland geförderten“ EE-Strom gilt, verbliebe diesbezüglich ein erhebliches **Kontrolldefizit**. Denn die Mitgliedstaaten treffen – der Richtlinie 2009/28/EG folgend – eigenständige nationale Regelungen für den in ihrem Staatsgebiet erzeugten EE-Strom. Ob vom Ausland nach Deutschland importierter EE-Strom bereits eine Förderung im Ausland erhalten hat, ist daher angesichts der Vielzahl der Fördersysteme und mangels standardisierter Nachweise zwischen den Mitgliedstaaten schwer nachzuvollziehen.
- Noch schwerwiegender erscheint, dass eine Erstreckung der Ausnahmemöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit auf aus dem Ausland importierten EE-Strom die Gefahr von **unkalkulierbaren Belastungen** für das EEG-Vergütungssystem mit Einspeisetarifen (und ggf. Marktprämien) und dessen Ausgleichsmechanismus birgt. Denn eine Grundidee der Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung von EE-Strom für direkt vermarkteten EE-Strom ist, dass der entsprechende EE-Stromanteil dann aus dem „normalen“ EE-Vergütungssystem mit Einspeisetarifen und Direktverteilung in Echtzeit „herausfällt“. Ein Energieversorger, der von der (teilweisen) Befreiungsmöglichkeit von der Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit profitieren möchte, soll so viele EE-Strommengen aus dem EEG-Belastungsausgleich „herausnehmen“ müssen, dass er sich den Vorteil der Befreiung von der Abnahme weiteren in Deutschland erzeugten EE-Stroms über die Direktverteilung in Echtzeit verdient. Dieses Grundprinzip wird durchbrochen, wenn auch *im Ausland* erzeugte, aber *in*

Deutschland an Letztverbraucher gelieferte EE-Strommengen zur (anteiligen) Befreiung von der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit führen können. Denn dann wird die (anteilige) Befreiung gewährt, obwohl mit dem im Ausland erzeugten EE-Strom keine Förderung mit Einspeisetarifen nach dem EEG erhalten werden könnte. Im Extremfall würden sich sämtliche Energieversorger, die Letztverbraucher in Deutschland beliefern, über aus dem Ausland bezogene EE-Strommengen von ihrer Pflicht zur Abnahme von EE-Strom in Echtzeit befreien lassen. Die im EEG-Belastungsausgleich verbleibenden (in Deutschland erzeugten) EE-Strommengen hätten sich dann aber in keiner Weise verringert. Sie könnten über den EEG-Belastungsausgleich praktisch nicht mehr weitergegeben und finanziert werden.

- Die mit der Befreiungsmöglichkeit von der Abnahme von EE-Strom in Echtzeit bei Bezug von inländisch erzeugtem EE-Strom im Wege der Direktvermarktung angestrebte **Marktintegration der EE-Strommengen** dürfte sich daher bei der Einbeziehung auch im Ausland erzeugter EE-Strommengen (die nicht schon im Ausland gefördert werden) nicht in gleich sicherer Weise erreichen lassen. Letztlich handelt es sich bei der Befreiungsmöglichkeit um eine besonders gelagerte – und daher auch in Art. 2 lit. k) der Richtlinie 2009/28/EG nicht explizit genannte – Förderregelung für im Inland erzeugten EE-Strom. Dieser wird nicht durch eine direkte finanzielle Zahlung gefördert, sondern dadurch, dass im Umfang dieser direkt vermarkteten (und sonst nicht nach dem EEG geförderten) EE-Strommengen keine weiteren EE-Strommengen aus der Direktverteilung in Echtzeit abgenommen werden müssen – anders als bei allen anderen Stromlieferungen von im Inland oder im Ausland erzeugten Stroms an Letztverbraucher in Deutschland. Die auf diese Weise mittel- und langfristige angestrebte Marktintegration der EE-Strommengen dürfte sich aus den genannten Gründen nicht in der gleichen Weise erreichen lassen, wenn auch im Ausland erzeugte EE-Strommengen zu einer Befreiung von der Abnahme von EE-Strom aus der Direktverteilung in Echtzeit führen würden.

Diese Überlegungen zeigen, dass eine Beschränkung der Befreiungsmöglichkeit von der Direktverteilung in Echtzeit auf in Deutschland erzeugte EE-Strommengen verhältnismäßig sein und daher jedenfalls nach Art. 36 AEUV bzw. der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung gerechtfertigt sein dürfte.

Berlin, Hamburg, 28.01.2014

Dr. Olaf Däuper  
Rechtsanwalt

Henning Thomas, LL.M.  
Rechtsanwalt