

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

---

Band 15

**Das Unionsrecht  
als Determinante für die Einführung  
von Ausschreibungen als Instrument  
zur Förderung der Stromerzeugung  
aus erneuerbaren Energien**

**Von**

**Thomas Zorn**



**Duncker & Humblot · Berlin**

THOMAS ZORN

Das Unionsrecht als Determinante für die Einführung  
von Ausschreibungen als Instrument zur Förderung  
der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von  
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 15

# Das Unionsrecht als Determinante für die Einführung von Ausschreibungen als Instrument zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien

Von

Thomas Zorn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
hat diese Dissertation im Jahre 2020 angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2198-0632

ISBN 978-3-428-18115-5 (Print)

ISBN 978-3-428-58115-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 als Dissertations-schrift angenommen. Literatur konnte bis einschließlich August 2019 berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Markus Ludwigs. Ohne seine während aller Entstehungsphasen andauernde außerordentliche Bereitschaft zur Betreuung hätte diese Arbeit nicht entstehen können. Hervorzuheben ist neben der hervorragenden fachlichen Betreuung insbesondere auch sein Verständnis für Verzögerungen, die während der Dissertationszeit aufgetretenen Phasen beruflicher Belastung geschuldet waren.

Herrn Professor Dr. Ralf Brinktrine habe ich herzlich für die zügige Zweitkorrektur zu danken.

Beiden danke ich zusätzlich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zum Deutschen und Europäischen Infrastrukturrecht“.

Für fachlichen Austausch danke ich meiner Lehrstuhlkollegin, Frau Dr. Hannah Amann, sowie – von ganzem Herzen – meinem Freund und Kollegen, Herrn Simón Barrera Gonzalez, LL.M. Eur.

Nicht zu ermessen ist der Dank, den ich meiner Frau, Magdalena Zorn, schulde. Neben der Bereitschaft zur kritischen Durchsicht des Manuskripts war es insbesondere ihr bedingungsloser persönlicher Rückhalt, der mich durch die schwierigen Phasen der Dissertationszeit getragen hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Würzburg, im Juni 2021

*Thomas Zorn*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	19
<b>§ 1 Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien: Ökonomische Rechtfertigung und Überblick über die zentralen Förderinstrumente</b> .....	22
A. Behebung von Marktversagen als ordnungspolitische Begründung für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....	22
I. Marktversagen im Strommarkt durch externe Effekte .....	23
II. Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Regulierungsaufgabe .....	26
B. Das Ausschreibungsverfahren im Kanon der Modelle zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....	29
I. Überblick: Instrumente zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....	29
1. Preisgesteuerte Fördermodelle .....	30
2. Mengengesteuerte Fördermodelle .....	31
a) Quotenmodelle .....	31
b) Ausschreibungsverfahren .....	33
II. Ausschreibungen als Instrument zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien: Grundfragen und Gestaltungselemente .....	34
1. Allgemeine Gestaltungselemente und Präqualifikationsanforderungen .....	34
a) Ausschreibungs- und Vergütungsgegenstand .....	35
b) Häufigkeit der Ausschreibungen und Höhe des Ausschreibungsvolumens .....	35
c) Zulassung zum Zuschlagsverfahren – Präqualifikationsanforderungen .....	36
2. Gestaltungsoptionen für Zuschlagsverfahren und Preisbildung .....	37
a) Wesentliche Unterscheidungskriterien .....	38
b) „Pay-as-bid“ oder „Uniform Pricing“ – Preisbildungsmechanismen bei statischen Mehrgüterauktionen .....	40
c) Mindest- oder Höchstpreis .....	41
3. Regelungen für die Realisierungsphase .....	41
a) Realisierungsfrist und Pönenal .....	41
b) Rückgabe und Übertragbarkeit von Förderberechtigungen .....	42
4. Zwischenfazit .....	42

<b>§ 2 Von der Preissteuerung zum Ausschreibungsverfahren: Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in Deutschland</b> .....	44
A. Die Entwicklung des Rechtsrahmens zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bis zur EEG-Reform 2014 .....	44
I. Die wettbewerbsrechtlich geprägte Anfangsphase .....	45
II. Beginn der gesetzlichen Förderung: Das Stromeinspeisungsgesetz .....	48
III. Neuordnung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz .....	49
1. Entwicklung der Anspruchssystematik auf Grundlage des EEG .....	50
2. Der Umlagemechanismus zur Finanzierung der förderbedingten Mehrkosten .....	51
a) Der EEG-Ausgleichsmechanismus in seiner ursprünglichen Gestaltung .....	52
b) Neuordnung der vierten Stufe durch die Ausgleichsmechanismusverordnung .....	53
c) Entlastung privilegierter Verbraucher durch die besondere Ausgleichsregelung .....	55
3. Alternative zur Inanspruchnahme der Einspeisevergütung durch Einführung der Direktvermarktung in die Marktpremie .....	57
IV. Zwischenfazit .....	58
B. Einleitung des Systemwechsels: Das EEG 2014 .....	59
I. Hintergrund .....	60
II. Wesentliche Neuerungen .....	61
1. Einführung der verpflichtenden Direktvermarktung .....	62
2. Hinwendung zum Ausschreibungsverfahren .....	63
a) Regelungen im EEG .....	63
b) Die Freiflächenausschreibungsverordnung .....	64
aa) Diskussion zum Ausschreibungsdesign .....	65
bb) Das Ausschreibungsdesign nach der FFAV .....	66
cc) Ergebnisse des Ausschreibungsberichts nach § 99 EEG 2014 .....	67
C. Vollzug des Systemwechsels: das EEG 2017 .....	69
I. Hintergrund .....	69
II. Gestaltung der Fördersystematik .....	69
1. Förderung mittels gleitender Marktpremie bleibt gesetzlicher Regelfall .....	70
2. Hinwendung zum Ausschreibungsverfahren als gesetzlichem Regelfall .....	70
3. Überblick über die Regelungen zum Ausschreibungsverfahren .....	71
a) Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen .....	72
b) Technologiespezifische Sonderregelungen .....	73
c) Technologieübergreifende Ausschreibungen .....	74
d) Ergebnisse des Erfahrungsberichts nach § 97 EEG 2017 .....	74
III. Zwischenfazit .....	75

D. Fazit .....	76
<b>§ 3 Seitenblick: Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Vereinigten Königreich .....</b>	<b>77</b>
A. Die „Non-Fossil Fuel Obligation“ .....	77
I. Darstellung des Förderansatzes .....	78
II. Probleme .....	79
B. Renewable Obligation Orders – ROO .....	82
I. Darstellung des Förderansatzes .....	82
II. Probleme .....	84
C. Neuordnung durch die Electricity Market Reform .....	86
I. Förderung durch Differenzverträge .....	87
II. Vergabe der Förderberechtigungen durch Ausschreibungen .....	89
III. Überblick über die Vergabephasen .....	91
1. Erste Vergabephase .....	91
2. Zweite Vergabephase .....	92
3. Dritte Vergabephase .....	93
IV. Zwischenfazit .....	93
D. Fazit .....	94
<b>§ 4 Das Ausschreibungsverfahren in der ordnungspolitischen Diskussion .....</b>	<b>95</b>
A. Bewertungsparameter und Zielkonflikte .....	96
B. Ordnungspolitische Kritik am EEG-Einspeisevergütungsmodell .....	98
I. Überförderung und ungenaue Steuerung des Zubaus .....	98
1. Hoheitliche Preissetzung birgt die Gefahr von Überförderungen .....	99
2. Unzureichende Kontrolle über den Zubau neuer Kapazitäten .....	100
II. Fehlende Technologieneutralität als Streitthema .....	102
III. Fehlende Marktintegration .....	103
IV. Zwischenfazit .....	104
C. Behebung der Ineffizienzen durch Implementierung eines alternativen Förderansatzes .....	105
I. Das Quotenmodell nach schwedischem Vorbild als systematischer Gegenentwurf zum Einspeisevergütungsmodell .....	106
1. Beworbene Vorteile .....	106
2. Bedenken .....	107
a) Das Quotenmodell als „rent generating machine“? .....	108

b) Bedenken gegen technologieneutrale Förderung .....	109
c) Die Unsicherheit über die aggregierte Angebotsfunktion als volkswirtschaftliches Risiko .....	110
3. Zwischenfazit .....	112
II. Ausschreibungsverfahren als alternative Lösung .....	114
1. Hoffnungen .....	114
2. Bedenken .....	115
3. Zwischenfazit .....	116
D. Fazit .....	117
<b>§ 5 Der unionsrechtliche Rahmen für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....</b>	<b>119</b>
A. Steuerungsvorgaben aus dem Sekundärrecht .....	119
I. Gegenstandsbereich: EE-Richtlinie 2009/28/EG .....	120
1. Hintergrund .....	120
2. Inhaltliche Vorgaben .....	122
a) Verbindliche nationale Ausbauziele .....	122
b) Förderregelungen als Maßnahmen zur Erfüllung der nationalen Mindestziele .....	124
c) Legalisierung diskriminierender Fördermodelle .....	126
3. Zwischenfazit .....	127
II. Die EE-Richtlinie 2018 .....	128
1. Hintergrund .....	128
2. Inhaltliche Vorgaben .....	129
a) Abkehr vom Konzept nationaler Mindestziele .....	130
b) Gestaltungsvorgaben für mitgliedstaatliche Förderregelungen .....	131
c) Vorgaben zur Öffnung der Förderregelungen für Strom aus anderen Mitgliedstaaten .....	133
3. Zwischenfazit .....	134
III. Zwischenergebnis .....	134
B. Das Beihilferecht als Determinante für die Einführung von Ausschreibungen? ..	135
I. Funktion und Regelungsstruktur der Beihilfenvorschriften .....	136
II. Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	138
1. Das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit als neuralgischer Punkt der beihilferechtlichen Bewertung mitgliedstaatlicher Förderinstrumente .....	140
a) Systematik des Tatbestandsmerkmals .....	141
aa) Zweigliedrige Prüfung .....	141
bb) Bedeutung der Systematik für EE-Fördersysteme .....	144

b) Der Einsatz staatlicher <i>Mittel</i> als Zentralkriterium – Spannungsfeld in der Rechtsprechung .....	145
aa) Leitentscheidungen .....	147
(1) Rechtssache PreussenElektra .....	147
(2) Rechtssache Essent Netwerk Noord .....	148
(3) Rechtssache Vent De Colère .....	150
(4) Österreichisches Ökostromgesetz .....	152
bb) Einordnung .....	153
(1) Staatliche Mittelkontrolle als zentraler Gradmesser .....	153
(2) Konturierung der Kontrollprüfung .....	156
(3) Schlussfolgerungen für die Einordnung der PreussenElektra-Entscheidung .....	158
cc) Zwischenfazit .....	159
c) Das Beihilfeverfahren zum EEG 2012 .....	159
aa) Die Auffassung der Kommission .....	161
bb) Das Urteil des EuG vom 10.5.2016 .....	163
cc) Würdigung – Überdehnung des Beihilfebegriffs durch Kommission und EuG? .....	164
(1) Kein zwingendes Präjudiz durch die skizzierten Referenzentscheidungen .....	165
(2) Staatliche Kontrolle über die Finanzmittel im Rahmen des EEG? .....	166
(a) Staatlich kontrollierte Mittelerhebung .....	167
(b) Die ÜNB als Instrument staatlicher Politik? .....	168
(3) Schlussfolgerung: Die ÜNB als „beauftragte private Einrichtung“? .....	170
(4) Weitere Einwände gegen die Annahme staatlicher Mittel nicht durchschlagend .....	171
(5) Zwischenfazit .....	172
dd) Paukenschlag: Das Urteil des EuGH vom 28.03.2019 .....	172
(1) Die wesentlichen Aussagen des EuGH .....	173
(2) Kritische Würdigung .....	175
ee) Einordnung .....	176
d) Schlussfolgerungen für das EEG 2017 .....	177
aa) Keine andere Bewertung durch die Neuordnung der Fördersystematik .....	178
bb) (Ergebniswirksame) Änderung des Finanzierungssystems? .....	179
cc) Zwischenfazit .....	182
e) Zwischenergebnis .....	183

2. Vorliegen einer selektiven Begünstigung – Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Ausgleichsleistung für das Erbringen einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse? .....	184
a) Begünstigung bestimmter Unternehmen .....	185
b) Die EE-Förderung als Ausgleichsleistung für die Erfüllung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse? .....	187
aa) Problematik und Rechtsprechung vor Altmark Trans .....	187
(1) Problemstellung .....	187
(2) Uneinheitliche Rechtsprechung .....	190
bb) Die Grundsatz-Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Altmark Trans .....	193
cc) Die Bedeutung der Altmark-Kriterien für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....	195
(1) Erstes Altmark-Kriterium: Betrauung mit einer klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung .....	196
(a) Die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als gemeinwirtschaftliche Aufgabe .....	196
(b) Betrauung und obligatorischer Charakter .....	200
(2) Zweites Altmark-Kriterium: Objektive und transparente Parameter zur Berechnung des Ausgleichs .....	203
(3) Drittes Altmark-Kriterium: Erforderlichkeit des Ausgleichs ..	203
(4) Viertes Altmark-Kriterium: Vergabeverfahren oder Effizienztest	204
(5) Zwischenfazit .....	206
c) Schlussfolgerungen für die Regelungen des EEG 2017 .....	207
aa) Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf Grundlage des EEG 2017? .....	207
bb) Vereinbarkeit mit den weiteren Altmark-Kriterien .....	208
cc) Zwischenfazit .....	211
3. Weitere Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV .....	212
4. Zwischenfazit .....	213
<b>III. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt .....</b>	<b>213</b>
1. Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. b) AEUV? .....	214
2. Vereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AUEV – Die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der Kommission .....	215
a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV .....	215
b) Die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der Kommission .....	217
aa) Die UEBLL als ermessenskonkretisierende Verwaltungsvorschriften	218
bb) Vorgaben für die Gestaltung nationaler EE-Fördermaßnahmen ..	220
(1) Allgemeine Vereinbarkeitsvoraussetzungen .....	220
(2) Spezifische Vorgaben für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien .....	221
(a) Verpflichtende Direktvermarktung mit Marktpremie .....	222

(b) Verpflichtung zur Einführung technologieneutraler Ausschreibungen .....	222
(aa) Ausschreibungen .....	223
(bb) Technologieneutralität .....	224
(c) Verbleibende Möglichkeit zur Förderung durch Quotenmodell mit Zertifikaten .....	225
(cc) Rechtswidrigkeit der UEBLL? .....	225
(1) Verstoß gegen Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV? .....	225
(2) Verstoß gegen die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009? .....	228
(3) Ermessensmissbrauch durch die Kommission? .....	229
(dd) Zwischenfazit .....	231
IV. Zwischenergebnis: Der faktische Einfluss der Kommission auf die Gestaltung des EEG .....	231
 C. Pflicht zur Öffnung der Förderung für Strom aus anderen Mitgliedstaaten? .....	234
I. Pflicht zur Öffnung der Förderregelungen aus Art. 34 AEUV? .....	235
1. Anwendbarkeit von Art. 34 AEUV? .....	236
a) Anwendungsvorrang der EE-Richtlinie? .....	236
b) Verhältnis von Art. 34 AEUV zu den Beihilfenvorschriften .....	240
2. Beeinträchtigung des Schutzbereichs .....	240
3. Rechtfertigung .....	244
a) Eingriffsermächtigung .....	244
aa) Geschriebene und ungeschriebene Schranken .....	244
bb) Vorgehen des EuGH in den Rechtssachen <i>PreussenElektra</i> und <i>Ålands Vindkraft</i> .....	246
(1) Rechtfertigung anhand von Art. 36 AEUV? .....	246
(2) Legitimationskraft des Umweltschutzzieles für offene Diskriminierungen .....	247
b) Verhältnismäßigkeit .....	250
aa) Kernaussagen der <i>Ålands Vindkraft</i> -Entscheidung .....	251
bb) Kritische Würdigung .....	252
cc) Übertragbarkeit der <i>Ålands Vindkraft</i> -Entscheidung auf die Förderung durch Ausschreibungsverfahren? .....	253
4. Zwischenfazit und Ausblick .....	254
II. Pflicht zur Öffnung des Fördersystems aus Art. 30, 110 AEUV? .....	255
1. Abgrenzung und Einordnung der EEG-Umlage .....	256
a) Abgrenzung des Anwendungsbereichs .....	256
b) Einordnung der EEG-Umlage .....	258
2. Vereinbarkeit der EEG-Umlage mit Art. 110 AEUV? .....	259
a) Die EEG-Umlage als warenbezogene Abgabe? .....	259

b) Diskriminierende Ungleichbehandlung gleichartiger Waren . . . . .	260
aa) Gleichartigkeit der Waren . . . . .	261
bb) Ungleichbehandlung . . . . .	262
cc) Schlussfolgerungen für die EEG-Umlage . . . . .	263
c) Rechtfertigung diskriminierender Steuerregelungen? . . . . .	264
d) Rechtsfolgen . . . . .	267
III. Zwischenfazit . . . . .	268
D. Fazit . . . . .	268
<b>§ 6 Zusammenfassung und Ausblick</b> . . . . .	270
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	273
<b>Sachwortverzeichnis</b> . . . . .	289

## **Abkürzungsverzeichnis**

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	Dieselbe(n)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EE	Erneuerbare Energien
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EEV	Erneuerbare-Energien-Verordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
ELRev	European Law Review
endg.	endgültig
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EP	Europäisches Parlament/Europäischen Parlaments
ER	Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis
EStAL	European State Aid Law Quarterly
et	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
et al.	et alii/et aliae/et alia
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVU	Energieversorgungsunternehmen

EWerK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin(nen)
i. O.	im Original
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	JuristenZeitung
KOM	Europäische Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KW	Kilowatt
kW/h	Kilowattstunde(n)
lit.	littera(e)
MW	Megawatt
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKartR	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
PharmaR	Pharmarecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
REE	Recht der Erneuerbaren Energien
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft
s.	siehe
S.	Seite
Slg.	Sammlung
sog.	so genannt (e/er/en)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StromEinspG	Stromeinspeisungsgesetz
SZVS	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik
Tz.	Textziffer(n)
u.	unten
u. a.	unter anderem/und andere
UAbs.	Unterabsatz
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche

VNB	Verteilernetzbetreiber
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht



## Einleitung

Der in *Deutschland* unter dem Schlagwort *Energiewende* firmierende Prozess zur grundlegenden Umstrukturierung der Energiemarkte ist von den politischen Zielen der Reduktion der Treibhausgasemissionen und dem vollständigen Ausstieg aus der Kernenergie bis zum Ablauf des Jahres 2022 geprägt. Tragende Säule ist neben der Reduktion des Primärenergieverbrauchs die Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien am gesamten Energieverbrauch.<sup>1</sup> Mit Blick auf die Dekarbonisierung des Energiesektors lautet das quantitative Steuerungsziel für den Strombereich dahin, dass der Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch bis ins Jahr 2050 auf mindestens 80 Prozent gesteigert werden soll.

Das zentrale Instrument zur Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien an der Gesamtstromerzeugung ist das im Jahr 2000 in Kraft getretene Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Im Zentrum des Gesetzes steht die finanzielle Förderung der Erzeugung von Ökostrom<sup>2</sup>, welche sich bis zu dessen Reform im Jahr 2014 im Wesentlichen abseits marktlicher Mechanismen vollzog. Angesichts der mit dem so vorangetriebenen Ausbau einhergehenden Belastung der zur Finanzierung herangezogenen Verbraucher drängte mit immer größerer Vehemenz das Paradigma der Marktintegration in den Fokus der Diskussionen zur weiteren Fortentwicklung des EEG. Mit dem nunmehr maßgeblichen EEG 2017 wird die Förderung gemäß dem gesetzlichen Regelfall wettbewerblich durch Ausschreibungen ermittelt.

Motor dieser Entwicklung war das EU-Beihilferecht. Den Ausgangspunkt bildete die – vor allem angesichts der privaten Finanzierung der für die Förderung herangezogenen EEG-Umlage – aufsehenerregende Einleitung eines die Regelungen des seinerzeit maßgeblichen EEG 2012 betreffenden Beihilfeverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland durch die Europäische Kommission im Jahr 2013. Das infolge der Annahme der Beihilfeigenschaft der durch das Gesetz bewirkten Vorteile aktivierte Ausnahmemaßnahmen nutzte die Wettbewerbsbehörde zu detaillierten Gestaltungsvorgaben an den deutschen Gesetzgeber, die über zwei grundlegende Reformen in die paradigmatische Umgestaltung des EEG-Förderystems einmündeten.

Seit jeher wird die rechtliche Tragfähigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien maßgeblich unionsrechtlich geprägt. Am Beispiel der auch auf EU-Ebene vorausgesetzten Förderung

---

<sup>1</sup> Zur Zielarchitektur der Energiewende vgl. BMWi (Hrsg.), *Die Energie der Zukunft. Sechster Monitoring-Bericht zur Energiewende*, S. 9f.

<sup>2</sup> Umfasst sind Wasserkraft, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie sowie Energie aus Biomasse, vgl. § 3 Nr. 21 EEG 2017.

der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zeigt sich ein Zielkonflikt zwischen dem verfolgten Umweltschutzziel und der Verwirklichung des Energiebinnenmarkts als einer weiteren zentralen Säule europäischer Klimapolitik. Neben dem Problem der Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht stellt außerdem die regelmäßig verwirklichte Begrenzung der Fördermaßnahmen auf die Stromproduktion im Inland eine unionsrechtliche Problemzone mitgliedstaatlicher Förderpolitik dar, die anhand der warenverkehrsbezogenen Bestimmungen des AEUV zu erörtern ist.

Die Bedenken an der Unionsrechtskonformität mitgliedstaatlicher Fördermaßnahmen sind somit nicht neu, ihre Prüfung bedarf angesichts der besonderen Dynamik der Rechtsentwicklung aber stetiger Aktualisierung. Hatte der EuGH in seiner zum Vorgänger-Gesetz zum EEG ergangenen sog. *PreussenElektra*-Entscheidung die Zweifel an der Unionsrechtskonformität nachhaltig zerstreut, hat die vom Gericht erteilte erstinstanzliche Bestätigung der zunächst vielstimmig bekämpften Auffassung der Kommission zur Beihilfeeigenschaft des EEG 2012 zu einem Umdenken beigetragen. Gerade als gesichert schien, dass privat finanzierte Fördersysteme regelmäßig dem beihilferechtlichen Kontrollstrahl der Kommission zu unterstellen sind, hat der EuGH mit seinem überraschenden letztinstanzlichen Urteil vom 28.03.2019 die für den beihilferechtlichen Zugriff der Kommission konstituierende Staatlichkeit der EEG-Umlage verneint.

Ziel der Bearbeitung ist es, die unionsrechtlichen Steuerungsvorgaben für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und deren Bedeutung für das Förderregime nach Maßgabe des EEG 2017 auszuloten. Dabei soll das Unionsrecht als rechtliche Determinante für die Einführung, aber auch für die Gestaltung von Ausschreibungen als Instrument zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien herausgearbeitet werden. Letzteres betrifft namentlich auch die bereits skizzierte – und unabhängig von der Wahl des Förderinstruments zu beantwortende – Frage nach einer Pflicht zur Öffnung der Förderregelungen für Strom aus anderen EU-Mitgliedstaaten.

Verständnisbildend soll in § 1 der Bearbeitung zunächst die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Regulierungsaufgabe skizziert werden. Nachdem die Antwort auf die Frage nach dem *Warum* einer spezifischen Ökostromförderung aus wirtschaftspolitischer Perspektive erörtert wurde, soll der Blick außerdem auf das *Wie* gerichtet werden, indem die hier relevanten Förderansätze zunächst systematisiert und sodann hinsichtlich ihrer Funktionsweise erläutert werden. Nach Abschluss dieser grundlegenden Ausführungen ist Gegenstand von § 2 eine gedrängte Darstellung der Förderhistorie in Deutschland. Das Erkenntnisinteresse folgt insbesondere aus dem Umstand, dass der unionsrechtliche Einfluss auf das EEG 2017 nicht ohne die vorhergehende Entwicklung des in Deutschland maßgeblichen Rechtsrahmens zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erklärt werden kann. Im Übrigen ist das zu vermittelnde Verständnis der deutschen Förderregelungen Voraussetzung für die Nachvollziehbarkeit der ordnungspolitischen Diskussionen um eine Neuausrichtung des Förder-

systems im Vorfeld der mit paradigmatischen Änderungen verbundenen Reformen des EEG in den Jahren 2014 und 2017. Diese in Deutschland geführte ordnungs-politische Diskussion wurde zu erheblichen Teilen unter Verweis auf die Entwick-lungen in anderen Mitgliedstaaten geführt. Eine besonders aussagekräftige Grund-lage liefert der in § 3 zu vollziehende Seitenblick auf die bewegte Förderhistorie im Vereinigten Königreich. Auf dieser Grundlage widmet sich die Arbeit in § 4 der Darstellung der bereits angesprochenen und kontrovers geführten ökonomischen Diskussion zu Notwendigkeit und Gestaltung der in der Zwischenzeit vollzogenen Neuordnung des auf einem Einspeisevergütungssystem basierenden Förderansatzes nach dem EEG 2012. Das Herzstück der Arbeit bildet sodann der im Rahmen von § 5 zu vollziehende Blick auf die unionsrechtlichen Rahmensetzungen für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und deren Bedeutung für das EEG 2017. Eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse in § 6 rundet die Arbeit ab.