

**Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)**  
**Übung Öffentliches Recht – WS 2005/2006**

| Datum      | Modul | Titel   |
|------------|-------|---|
| 23.01.2006 | 8     | Europäisches Beihilfenrecht:<br>Die Rechtssache „PreussenElektra“ |

|  |    |
|--|----|
| A. Szenario: „PreussenElektra“ .....   | 2  |
| B. Prüfung des europäischen Beihilfenrechts .....  | 3  |
| I. Hintergrund und Rechtsgrundlagen .....  | 3  |
| II. Die einzelnen Voraussetzungen des Beihilfenverbotes nach Art. 87 EG.....             | 4  |
| 1. Beihilfe gleich welcher Art .....   | 4  |
| 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt.....                                   | 5  |
| 3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige .....                      | 5  |
| 4. Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs durch die Begünstigung .....  | 5  |
| 5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten.....                       | 5  |
| III. Die Ausnahmen zum Beihilfenverbot .....   | 5  |
| IV. Prüfung des Szenarios .....  | 6  |
| 1. Beihilfe .....  | 6  |
| 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt.....                                   | 7  |
| a) Argumente für eine weite Auslegung .....  | 8  |
| b) Argumente gegen eine weite Auslegung .....  | 8  |
| 3. Die weiteren Voraussetzungen des Art. 87 EG.....                                      | 9  |
| 4. Ergebnis des Gerichtshofs .....   | 9  |
| C. Prüfung der Warenverkehrsfreiheit .....   | 9  |
| I. Eröffnung des Geltungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) – Recht („R“) . | 9  |
| II. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit – („E“).....                                   | 10 |
| 1. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung.....   | 10 |
| 2. Maßnahme gleicher Wirkung („Dassonville“-Formel).....                                 | 11 |
| III. Rechtfertigung – „R“ .....  | 11 |
| 1. Spezielle Rechtfertigungsgründe.....  | 11 |
| a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 30 EG).....                                     | 11 |
| aa) Gründe der Öffentlichen Sicherheit .....   | 12 |
| bb) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen .            | 12 |
| b) Immanente Rechtfertigungsgründe („Cassis de Dijon“-Rechtsprechung) .....              | 13 |
| 2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit.....                            | 13 |
| a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes).....                    | 14 |
| b) Geeignetheit .....  | 14 |
| c) Erforderlichkeit .....  | 14 |
| d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne .....  | 15 |
| D. Ergebnis.....   | 15 |
| E. Weiterführende Literatur .....  | 15 |

**A. Szenario: „PreussenElektra“<sup>1</sup>**

1991 trat das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) in Kraft. Es regelte die Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen und die hierfür zu zahlende Vergütung. Nach der Fassung des Gesetzes von 1998 enthielt es die Vorschriften:

**§ 2 [Abnahmepflicht]**

Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben, sind verpflichtet, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 3 zu vergüten. Für Strom aus Erzeugungsanlagen, die sich nicht im Versorgungsgebiet eines Netzbetreibers befinden, trifft diese Verpflichtung das Unternehmen, zu dessen für die Einspeisung geeignetem Netz die kürzeste Entfernung vom Standort der Anlage besteht. (..)

**§ 3 [Höhe der Vergütung]**

(2) Für Strom aus Sonnenenergie und Windkraft beträgt die Vergütung mindestens 90 vom Hundert des in Absatz 1 Satz 1 genannten Durchschnittserlöses [= je Kilowattstunde aus der Stromabgabe von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an alle Letztverbraucher].

**§ 4 [Härteklause]**

(1) Soweit die nach diesem Gesetz zu vergütenden Kilowattstunden 5 vom Hundert der vom Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Kalenderjahr insgesamt über sein Versorgungsnetz abgesetzten Kilowattstunden übersteigen, ist der vorgelagerte Netzbetreiber verpflichtet, dem aufnehmenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Mehrkosten, die durch die diesen Anteil übersteigenden Kilowattstunden entstehen, zu erstatten. (..)

Vor diesem rechtlichen Hintergrund kam es zum einen Rechtsstreit zwischen dem vorgelagerten Netzbetreiber P. und dem regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen S. Die S. versorgte ihre Kunden in Schleswig-Holstein mit Strom, den sie fast ausschließlich von P. bezog. Aufgrund der §§ 2, 3 StrEG war sie daneben verpflichtet, den Strom von Erzeugern erneuerbarer Energien (z.B. Windparks) abzunehmen und zu vergüten.

Das Gebiet, in dem S. tätig ist, eignet sich für die Stromerzeugung aus Windenergie. Der Anteil des bei S. eingespeisten Windstroms stieg in den Jahren 1991 bis 1998 so stark an, dass S. mehr als 5 % ihres Stroms von den Erzeugern erneuerbarer Energien abnehmen und ihnen vergüten musste. Daraufhin berief sich S. auf die Härteklause des § 4 Abs. 1 StrEG. Sie begehrte von der P. als vorgelagerter Netzbetreiberin die Erstattung der die 5%-Grenze überschreitenden Mehrkosten aus ihrer Pflichtabnahme.

Die P. zahlte der S. zunächst einen Abschlag der Mehrkosten. Später forderte sie jedoch den Abschlag zurück. Die P. meint, die S. sei ungerechtfertigt bereichert. Der einzig mögliche Rechtsgrund für P's Zahlungspflicht – § 4 Abs. 1 StrEG – verstoße gegen die beihilferechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages (Art. 87 EG) und sei unanwendbar.

<sup>1</sup> Angelehnt an: EuGH, [Rs. C-379/98](#) (PreussenElektra AG gegen Schleswig AG), Slg. 2001, I-2099.

In einem Vorabentscheidungsverfahren werden dem EuGH folgende Fragen gestellt:

- Ist Art. 87 EG derart auszulegen, dass auch nationale Regelungen erfasst werden, die die Förderung des Zahlungsempfängers bezwecken, wobei die erforderlichen Fördermittel aber weder mittelbar noch unmittelbar aus öffentlichen Haushalten stammen, sondern aufgrund von gesetzlich angeordneten Abnahmepflichten zu festgelegten Mindestpreisen einzelnen Unternehmen einer Branche auferlegt werden ?
- Verboten die Bestimmungen über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff EG) eine nationale Regelung, die Unternehmen verpflichtet, deutschen Strom aus erneuerbaren Energien zu Mindestpreisen abzunehmen und Netzbetreiber ohne Gegenleistung zur Finanzierung heranzieht ?

## B. Prüfung des europäischen Beihilfenrechts

### I. Hintergrund und Rechtsgrundlagen

#### Artikel 14 EG [Verwirklichung des Binnenmarktes]

(2) Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist.

Ein Binnenmarkt, in dem Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital grenzüberschreitend zirkulieren, setzt einen **funktionierenden Wettbewerb** voraus. Unter anderem könnten

- die Mitgliedsstaaten Unternehmen z.B. mit Geld so subventionieren, dass sie ihre Waren und Dienstleistungen günstiger am Markt anbieten können. Der günstigere Preis motiviert die Kunden zum Kauf der subventionierten Waren und Dienstleistungen. Nicht subventionierte Leistungen aus anderen Mitgliedsstaaten werden weniger nachgefragt. In der Konsequenz wird der freie Handel zwischen den Mitgliedsstaaten behindert.
- insbesondere einzelne marktbeherrschende Unternehmen oder Kartelle mehrerer Unternehmen die Preise diktieren oder andere Marktbedingungen manipulieren. Den Zulieferern und/oder den Endverbrauchern wird erschwert, Waren und Dienstleistungen von Konkurrenten aus anderen Mitgliedsstaaten zu erwerben. In der Konsequenz wird der freie Handel zwischen den Mitgliedsstaaten behindert.

Um das Funktionieren des Binnenmarktes vor diesen Gefährdungen zu schützen umfasst die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft nach

#### Art. 3 EG [Tätigkeit der Gemeinschaft]

(1) Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge:

g) ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt;

(..)

Das System umfasst entsprechend den oben genannten Gefährdungen vor allem

- Beihilfenverbote (Art. 87 EG) und
- Kartell- und Missbrauchsverbote (Art. 81, 82 EG).

Unter den Gefährdungen für den freien Wettbewerb sind selbst heute Umfang und Auswirkung der **staatlichen Beihilfen** nicht zu unterschätzen. So heißt es im Beihilfenanzeiger der Europäischen Kommission vom Herbst 2003 noch:

„Auch wenn die staatlichen Beihilfen unter Einhaltung der europäischen Wettbewerbsregeln gewährt werden, betont der Bericht vom Frühjahr 2002, dass das Gesamtvolumen zu „beträchtlichen Wettbewerbsverzerrungen“ im Binnenmarkt führen könnte. Die Mitgliedstaaten sind aufgerufen, ihre Beihilfen auf Beihilfen mit horizontalen Zielen umzulenken und Alternativen für staatliche Beihilfen zu finden, um die Unzulänglichkeiten des Marktes auszugleichen.“<sup>2</sup>

Das Beihilfenverbot ist **ein Säule** des Wettbewerbsrechts, um den Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen. Dem entsprechend finden sich die primärrechtlichen Beihilfenregeln

- im Titel IV. des EG „Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften“,
  - unter Kapitel 1 „Wettbewerbsregeln“,
    - im Abschnitt 2 „Staatliche Beihilfen“:

#### **Artikel 87 EG [Unzulässigkeit von Beihilfen; Ausnahmen]**

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

(..)

## **II. Die einzelnen Voraussetzungen des Beihilfenverbotes nach Art. 87 EG**

### **1. Beihilfe gleich welcher Art**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) bezeichnet Beihilfen als staatliche „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.“<sup>3</sup> Beihilfeformen sind etwa:

- positive Sach- oder Geldzuwendungen
- Verschonungen oder Erleichterungen von staatlichen Leistungspflichten und auch
- bestimmte Kredite oder Bürgschaften außerhalb freier Finanzmarktbedingungen.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/de/lvb/l26089.htm> (Stand: 18.01.2006).

<sup>3</sup> EuGH, Rs. 30/59 (De Gezamenlijke Steenkolenmijnen), Slg. 1961, 1/43.

<sup>4</sup> R. Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, § 15 VI 1, Rn. 1017.

## 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt

Wie der Wortlaut von Art. 87 Abs. 1 EG zeigt, muss es sich grundsätzlich mindestens um aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen handeln.

## 3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige

Dieses Merkmal dient vor allem dazu die Beihilfengewährung von Maßnahmen der allgemeinen Wirtschaftsförderung abzugrenzen. Die Beihilfe muss **selektiv** gewährt werden, so dass es sich insgesamt um eine Sonderunterstützung für eine abgrenzbare Anzahl von Unternehmen oder Produktionszweige handelt.

## 4. Verfälschung oder drohende Verfälschung des Wettbewerbs durch die Begünstigung

Unter Verfälschung des Wettbewerbs ist jeder dem Staat zurechenbare Eingriff zu verstehen, der die Marktbedingungen für die Wettbewerber verändert. In der Regel verstärkt die Beihilfe die Marktposition des begünstigten Unternehmens. Hinzu kommt, dass die Beihilfe es als möglich erscheinen lassen muss, dass sie zu einer spürbaren Wettbewerbsverfälschung führt.

## 5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten.

Diese Voraussetzung soll den Geltungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht gegenüber dem Recht der Mitgliedsstaaten abgrenzen. Die Begünstigung muss sich auf den Handel *zwischen* den Mitgliedsstaaten und damit auf die Volkswirtschaft eines anderen Mitgliedsstaates auswirken können.

## III. Die Ausnahmen zum Beihilfenverbot

Auch Beihilfen können gerechtfertigt werden:

### Artikel 2 EG [Aufgabe der Gemeinschaft]

Aufgabe der Gemeinschaft ist es, (...) eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, (...) zu fördern.

Daher sehen Art. 87 Abs. 2 und 3 EG eine Reihe von Ausnahmen vom Beihilfenverbot vor:

### Artikel 87 EG [Unzulässigkeit von Beihilfen; Ausnahmen]

(2) Mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind:

- a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;
- c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind.

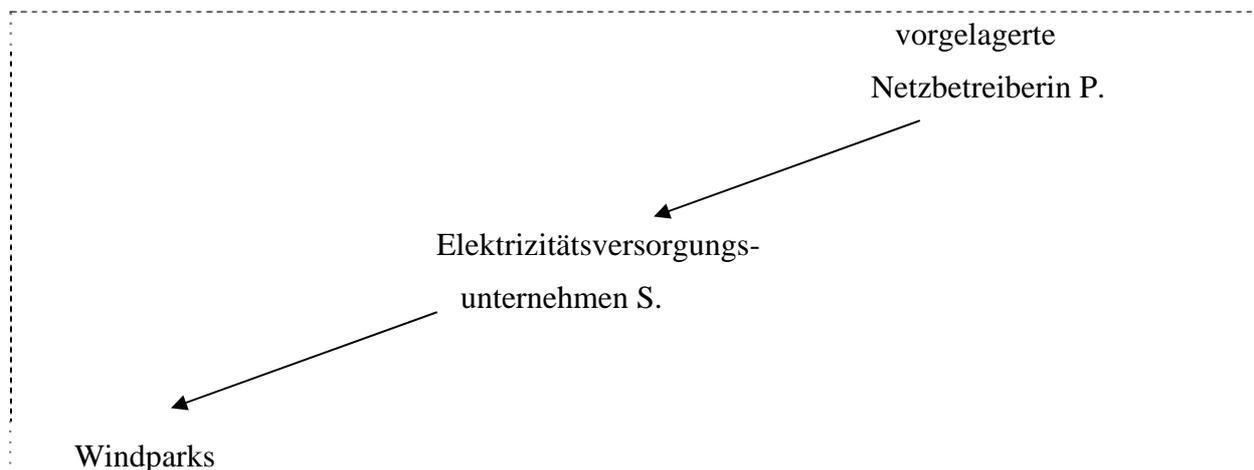
- (3) Als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar können angesehen werden:
- a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;
  - b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamen europäischen Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
  - c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
  - d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;
  - e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission bestimmt.

#### IV. Prüfung des Szenarios

Das Elektrizitätsversorgungsunternehmen S. ist zur Abnahme und Vergütung von Strom der Erzeuger erneuerbarer Energien verpflichtet (vgl. oben). Der gesetzliche Erstattungsanspruch der S. gegenüber ihrer vorgelagerten Netzbetreiberin P. für alle die 5%-Schwelle überschreitenden Mehrkosten könnte eine verbotene Beihilfe (Art. 87 EG) darstellen.

##### 1. Beihilfe

Beihilfen oberhalb der Härteschwelle (5%) werden in letzter Konsequenz von der vorgelagerten Netzbetreiberin P. an die Erzeuger der erneuerbaren Energien (Windparks) geleistet.



Die Begünstigung der Abnahme- und Vergütungspflicht wird „nach unten durchgereicht“ - mögliche Beihilfenempfänger sind also die Windparks.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind Beihilfen definiert als staatliche „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastung vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat.“. Die Belastungen für die Erzeuger erneuerbarer Energien bestehen darin, dass sie ihre Energie zu wettbewerbsfähigen Preisen in Konkurrenz zu den herkömmli-

chen Energiearten (z.B. Atomkraft, Kohle) anbieten müssen. Außerdem trifft die Windstromerzeuger das Wetterrisiko. Da §§ 2-4 StrEG für sie eine Abnahme- und Vergütungspflicht vorsehen, wird diese Belastung vermindert. Der Gerichtshof führt nur knapp aus:

- „Vorab ist festzustellen, dass eine Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen, wie sie in §§ 2 und 3 des geänderten Stromeinspeisungsgesetzes vorgesehen ist, den Erzeugern dieser Stromart unstreitig einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, indem sie ihnen ohne jedes Risiko höhere Gewinne sichert, als sie ohne eine solche Regelung erzielen könnten.“ (Rn. 54)

Auch Generalanwalt Jacobs bemerkte in seinen Schlussanträgen:

- „Der Streit betrifft außerdem nur eine Voraussetzung des Beihilfebegriffs [vgl. unten zu 2.]. (...) Tatsächlich kann auch kaum bezweifelt werden, dass die erhöhte Mindestvergütung für Strom aus erneuerbaren Energien zusammen mit der Abnahmepflicht den Erzeugern dieser Art von Strom einen erheblichen und spezifischen wirtschaftlichen Vorteil gewährt, damit den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Erzeugergruppen verfälscht und letztlich den Stromhandel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.“<sup>5</sup>

Folglich ist die Abnahme- und Vergütungspflicht eine „Beihilfe gleich welcher Art“.

## 2. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt

Das Hauptproblem des Szenarios besteht darin, ob die gesetzlich vorgeschriebene Abnahme- und Vergütungspflicht als „staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“ angesehen werden kann. Die S. ist ein **Privat**unternehmen und ihre Mittel sind deswegen private Mittel - und nicht staatliche Mittel, die eine Beihilfe konstituieren. Auch die Erzeuger erneuerbarer Energien sind Privatunternehmen, die durch ein gesetzliches Abnahme- und Vergütungssystem begünstigt werden. Der Gerichtshof verweist auf seine ständige Rechtsprechung:

- „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind jedoch nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. (...)“<sup>6</sup>

Unter der Überschrift „Sollte der Gerichtshof seine Rechtsprechung überdenken?“ diskutiert Generalanwalt Jacobs umfangreich, ob der Umstand einer gesetzlichen Abwälzungsanordnung für Kosten von Privatunternehmen auf andere Privatunternehmen zu einer Ausweitung des staatlichen Beihilfenbegriffes führen kann

---

<sup>5</sup> Generalanwalt Jacobs, [Rs. C-379/98](#) (PreussenElektra), Slg. 2001, 2099 Rn. 112.

<sup>6</sup> EuGH, Rs. 82/77 (Van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rn. 24 und 25; EuGH, Verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun), Slg. 1993, I-887, Rn. 19; EuGH, Rs. C-189/91 (Kirsammer-Hack), Slg. 1993, I-6185, Rn. 16; EuGH, Verb. Rs. C-52/97 bis C-54/97 (Viscido u. a.), Slg. 1998, I-2629, Rn. 13; EuGH, Rs. C-200/97 (Ecotrader), Slg. 1998, I-7907, Rn. 35; EuGH, Rs. C-295/97 (Piaggio), Slg. 1999, I-3735, Rn. 35.

### a) Argumente für eine weite Auslegung

- **Der Wortlaut** des Art. 87 EG „Beihilfe *gleich welcher Art*“ könnte hierfür sprechen.
- Aus der **Systematik** in Verbindung mit Art. 3 lit. g EG folge, dass Art. 87 ff. EG tragendes Element des Wettbewerbsschutzes innerhalb des Binnenmarkts sei. Um die Art. 87 ff. EG effizient anzuwenden, könnte eine weite Auslegung geboten sein.
- „Bei (...) **teleologischen Betrachtungsweise** erweise sich eine staatliche Maßnahme, mit der bestimmten Unternehmen spezifische Vorteile gewährt werden, nicht als weniger wettbewerbsschädlich, nur weil sie aus privaten und nicht aus staatlichen Mitteln finanziert werde.“ (Rn. 139)
- „Es sei daher formalistisch, wenn man die Bestimmungen über staatliche Beihilfen in Fällen anwende, in denen bestimmte Unternehmen Gelder in ein staatliches Sondervermögen einzahlen müssten, die dann an Wettbewerber verteilt würden, und in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die betroffenen Unternehmen direkte Zahlungen an ihre Wettbewerber zu leisten hätten, diese Bestimmungen unangewandt lasse.“ (Rn. 144)
- „Schließlich bestehe die Gefahr der Umgehung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen. (...)“ (Rn. 145)

### b) Argumente gegen eine weite Auslegung

Diese Argumente überzeugen den Generalanwalt nicht: Er fordert den Gerichtshof auf, an seiner bisherigen restriktiven Auslegung der Staatlichkeit festzuhalten:

- **Zum Wortlaut:** „Der erste Grund hierfür ist der, dass die vom Gerichtshof in den Urteilen *Sloman Neptun*, *Kirsammer-Hack* und *Viscido* gewählte Auslegung des Begriffes staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen, auch wenn diese Formulierung unterschiedlich ausgelegt werden kann, jedenfalls dem natürlichen Begriffsverständnis näher kommt und weniger Folgeprobleme verursacht.“ (Rn. 151)
- „Außerdem folgt aus einer **systematischen Auslegung des Vertrages**, dass der Titel des Abschnitts Staatliche Beihilfen" beide Tatbestandsalternativen des Art. 87 Abs. 1, nämlich staatliche ... Beihilfen" und aus staatlichen Mitteln" gewährte Beihilfen, erfassen muss. Da der Wortlaut der ersten Tatbestandsalternative praktisch mit dem des Titels übereinstimmt, lässt sich schwerlich annehmen (wie das die Vertreter einer weiten Auslegung tun müssen), dass sich die erste Tatbestandsalternative der staatlichen Beihilfen" nur auf die Auffangkategorie der aus privaten Mitteln finanzierten staatlichen Maßnahmen bezieht.“ (Rn. 154)
- „Ein viertes Argument für die Lösung des Gerichtshofes besteht darin, dass sie mehr Rechtssicherheit bietet. (...) Die weite Auslegung würde jedoch dazu führen, dass die Mitgliedstaaten, die betroffenen Unternehmen, die Kommission, die nationalen Gerichte und schließlich die Gemeinschaftsgerichte für sämtliche Rechtsvorschriften zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen darüber entscheiden müssten, ob sie im Sinne von Art. 87 Abs. 1 bestimmten Unternehmen selektive Vergünstigungen gewähren. Eine solche Beurteilung ist aber ein schwieriges Unterfangen mit ungewissem Ausgang(...)“ (Rn. 157)

Diesen Argumenten **schließt sich der Gerichtshof an:**

- „Im vorliegenden Fall führt die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen.“ (Rn. 59)
- „Folglich kann auch die Aufteilung der sich für die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus der Abnahmepflicht ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel darstellen.“ (Rn. 60)

### 3. Die weiteren Voraussetzungen des Art. 87 EG

In Ermangelung einer „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gewährten Beihilfe erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen des Beihilfenverbotes.

### 4. Ergebnis des Gerichtshofs

- „Der Umstand, dass die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen unbestreitbare Vorteile gewährt, kann damit der Regelung nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag verleihen.“ (Rn. 61).

## C. Prüfung der Warenverkehrsfreiheit

Das deutsche Erfordernis der Abnahme und Vergütungspflicht für Strom aus erneuerbaren Energien aus §§ 2-4 StrEG könnte Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten in ihrer Warenverkehrsfreiheit verletzen.

### I. Eröffnung des Geltungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) – Recht („R“)

- Generalanwalt Jacobs weist kurz darauf hin, dass sich aufgrund des Nichtvorliegens einer verbotenen Beihilfe die schwierige Frage über ein Konkurrenzverhältnis von Beihilfenrecht und den Grundfreiheiten nicht stellt. (Rn. 197)

#### Artikel 23 EG

(2) Artikel 25 und **Kapitel 2 dieses Titels gelten für die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren** sowie für diejenigen Waren aus dritten Ländern, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden.

#### KAPITEL 2

#### VERBOT VON MENGENMÄSSIGEN BESCHRÄNKUNGEN ZWISCHEN DEN MITGLIEDSTAATEN

#### Artikel 28 EG

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Art. 23 Abs. 2 und Art. 28 EG setzen für den Geltungsbereich der Warenverkehrsfreiheit zweierlei voraus,

- aus einem Mitgliedsstaat stammende Waren<sup>7</sup> und
- einen grenzüberschreitenden Bezug („zwischen den Mitgliedsstaaten“).

Der Strom würde aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft stammen. Er müsste im Weiteren „Ware“ im Sinne der Warenverkehrsfreiheit darstellen. Waren nach Art. 23 Abs. 2, 28 EG sind nach der Rechtsprechung des EuGH bewegliche körperliche Sachen, denen ein Geldwert zukommt, so dass sie Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.<sup>8</sup>

Der Gerichtshof problematisiert die Wareneigenschaft des Stroms als körperlicher Sache nicht. Generalanwalt Jacobs weist zumindest kurz darauf hin

- „Zunächst ist festzustellen, dass die Bestimmungen über den freien Warenverkehr hier anwendbar sind. Elektrizität ist eine Ware im Sinne des Dritten Teils Titel I des EG-Vertrags und damit im Sinne von Art. 28 (...).“ (Rn. 197).

Auch Strom ist somit „Ware“ im Sinne von Art. 28 EG. Ein zwischenstaatlicher Bezug ist gegeben, da durch die Abnahme- und Vergütungsverpflichtung für deutschen Strom aus erneuerbaren Energien die Absatzmärkte für Strom aus den Mitgliedsstaaten verändert werden.

## II. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit – („E“)

Das deutsche Abnahme und Vergütungserfordernis für Strom aus erneuerbaren Energien könnte in die Warenverkehrsfreiheit eingreifen. Ein Eingriff kann bei der Grundfreiheit des Warenverkehrs

- in einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung oder
- in einer Maßnahme gleicher Wirkung (wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung)

bestehen.

### 1. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind mengenmäßige Beschränkungen

„... sämtliche Maßnahmen, die sich als gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“.<sup>9</sup>

Der Gerichtshof übergeht den Prüfungspunkt. Der Generalanwalt verneint knapp:

- „Da das StrEG 1998 die Einfuhr von Strom aus anderen Mitgliedstaaten weder völlig noch teilweise verbietet, kann es nicht als mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 28 EG-Vertrag betrachtet werden.“ (Rn. 198)

<sup>7</sup> Für Drittlandswaren vgl. dagegen Art. 23 Abs. 2 2. Hs. EG

<sup>8</sup> EuGH, [Rs. 7/68](#) („Italienische Kunstschatze“), Slg. 1968, 634 Kap. B. I.; EuGH, [Rs. C-2/90](#) („Wallonische Abfälle“), Slg. 1992, I-4431 Rn. 26 f.

<sup>9</sup> EuGH, [Rs. 2/73](#) (Geddo/Ente Nazinale Risi), Slg. 1973, 865 Rn.7.

## 2. Maßnahme gleicher Wirkung („Dassonville“-Formel)

In der Abnahme- und Vergütungspflicht für den deutschen Strom aus erneuerbaren Energien könnte eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung liegen. Für die „Maßnahme gleicher Wirkung“ hat der EuGH in der Rechtssache **Dassonville**<sup>10</sup> eine Definition entwickelt, die er in ständiger Rechtsprechung anwendet. Danach ist

eine Maßnahme gleicher Wirkung

„jede Handelsregelung der Mitgliedsstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern (..)“

Der Gerichtshof subsumiert die Dassonville-Formel kurz<sup>11</sup>

- „§§ 1 und 2 des geänderten Stromeinspeisungsgesetzes bestimmen ausdrücklich, dass die Abnahmepflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nur für Strom aus erneuerbaren Energiequellen gilt, der im Geltungsbereich dieses Gesetzes und im Versorgungsgebiet des betreffenden Unternehmens erzeugt wurde; damit kann sie den innergemeinschaftlichen Handel zumindest potenziell behindern.“ (Rn. 71)

und **bejaht** die Abnahme- und Vergütungspflicht als Maßnahme gleicher Wirkung.

## III. Rechtfertigung – „R“

Die Abnahme- und Vergütungspflicht des StrEG könnte gerechtfertigt sein. Wie bei einer Grundrechtsprüfung bietet sich bei einer *Grundfreiheitsprüfung* die Differenzierung in spezielle und allgemeine Rechtfertigungsgründe an.

### 1. Spezielle Rechtfertigungsgründe

Zum einen folgen spezielle normative Rechtfertigungsgründe aus Art. 30 EG. Zum anderen ergeben sich immanente<sup>12</sup> Rechtfertigungsgründe aus der als „Cassis de Dijon“ bekannt gewordenen Rechtssache.

#### a) Normative Rechtfertigungsgründe (Art. 30 EG)

##### Artikel 30

Die Bestimmungen der Artikel 28 und 29 stehen 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. Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

<sup>10</sup> EuGH, [Rs. 8/74](#) (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

<sup>11</sup> **FEX**: Ausführlicher bei Generalanwalt Jacobs, Rs. C-379/98 (PreussenElektra), Slg. 2001, 2099 Rn. 201-202

<sup>12</sup> R. Streinz, Europarecht, 6. Aufl., 2003, § 12, Rn. 738; W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 Europäische Grundfreiheiten, 1. Aufl., 2004, S. 379, Rn. 998 ff. mit dem Hinweis darauf, dass von manchen die „Cassis“-Rechtsprechung als Schutzbereichsbegrenzung (also zum Punkt Recht „R“) eingeordnet wird.

Art. 30 EG stellt eine Katalog so genannter „ordre public“-Vorbehalte auf, aufgrund derer die Mitgliedsstaaten ausnahmsweise Maßnahmen erlassen dürfen, die den innergemeinschaftlichen Handel behindern. Die Abnahme und Vergütungspflicht könnte gerechtfertigt sein

### **aa) Gründe der Öffentlichen Sicherheit**

Die Streithelfer, die Bundesregierung und die Kommission argumentieren an dieser Stelle, dass die aus Art. 30 eröffnete Möglichkeit der Beschränkung von Einfuhren aus Gründen der öffentlichen Sicherheit auch die „Sicherheit der Stromversorgung“ einschließen könnte. Dieser Argumentation geht der Gerichtshof nicht nach. Generalanwalt Jacobs verneint sie letztlich mit dem Argument zu Art. 30 Satz 2 EG und der Verhältnismäßigkeit:

- „(..) Es ist nicht erwiesen, dass der Ausschluss von in anderen Mitgliedstaaten erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien vom Anwendungsbereich des StrEG 1998 zur Erreichung des Zieles der Versorgungssicherheit beiträgt. Daher könnte eine willkürliche Diskriminierung von Strom aus erneuerbaren Energien aus anderen Mitgliedstaaten vorliegen.“ (Rn. 210)

Eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit scheidet somit aus.

### **bb) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen**

Der Umweltschutz ist in Art. 30 EG nicht als Rechtfertigungsgrund genannt. Anders als der Generalanwalt verwendet der Gerichtshof den Umweltschutz nicht *als immanenten* Rechtfertigungsgrund (vgl. dazu unten), sondern verortet ihn als Zusatzargument bei Art. 30 EG:

- „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.

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.

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<sup>13</sup> (..) im Namen der Gemeinschaft genehmigt wurde, und des Protokolls der dritten Konferenz der Vertragsstaaten dieses Abkommens in Kyoto vom

---

<sup>13</sup> Beschluss [94/69/EG](#) des Rates vom 15. Dezember 1993, ABl. 1994, L 33, S. 11.

11. Dezember 1997, das am 29. April 1998 von der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde (..) <sup>14</sup>.

Diese Politik bezweckt zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen.“ (Rn. 72-75)

Im Ergebnis stellt er auf den normativen Rechtfertigungsgrund „Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen“ ab. <sup>15</sup> Damit ist eine *normative* Rechtfertigung der Abnahme- und Vergütungspflicht zu bejahen.

### **b) Immanente Rechtfertigungsgründe („Cassis de Dijon“-Rechtsprechung)**

Um andere legitime Regelungsziele der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen entwickelte der EuGH in der Rechtssache „Cassis de Dijon“ <sup>16</sup> zusätzliche Rechtfertigungsgründe. Diese erweiterte er um den Umweltschutz (vgl. Modul 5a). <sup>17</sup> Der Generalanwalt diskutiert eine Rechtfertigung aus *immanenten* Umweltschutzgründen ausführlich. Nachdem der Gerichtshof jedoch bereits eine normative Rechtfertigung bejaht, kommt es hierauf nicht mehr an.

## **2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe: Verhältnismäßigkeit**

Der Gerichtshof impliziert die Verhältnismäßigkeit des Rechtfertigungsgrundes. Mit dem Generalanwalt soll die Prüfung vervollständigt werden:

- „Geht man davon aus, dass Belange des Umweltschutzes im vorliegenden Fall (auf welcher Grundlage auch immer) berücksichtigt werden können, so ist zu prüfen, ob das StrEG 1998 dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird. (..)“ (Rn. 234)

Es bietet sich das folgende Prüfungsschema an:

|   |  |
|---|--|
| Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes) | Die nationale Maßnahme muss zum Schutz eines Rechtfertigungsrechtsguts erfolgen, das normativ („geschrieben“) oder immanent („ungeschrieben“) konturiert ist.              |
| Geeignetheit  | Eingriff muss geeignet sein, um Schutz des Rechtsguts, das Eingriffsrechtfertigung bildet (Rechtfertigungsrechtsgut), zu bewirken – Tauglichkeit des Mittels für den Zweck |

<sup>14</sup> 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].

<sup>15</sup> FEX: Generalanwalt Jacobs hält es sogar für möglich, dass die Differenzierung zwischen normativen und immanenten Rechtfertigungsgründen bei der Warenverkehrsfreiheit „im Schwinden begriffen ist“, Schlussanträge, Rs. C-379/98 (PreussenElektra), Slg. 2001, 2099 Rn. 228.

<sup>16</sup> EuGH, [Rs. 120/78](#) („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 662, Rn. 8.

<sup>17</sup> EuGH, [Rs. C-309/02](#) (Radlberger Getränkegesellschaft), EuZW 2005, 81 (Rn. 74); vgl. dazu auch schon Übung Öffentliches Recht Modul 5.

|                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| Erforderlichkeit                     | Negativ/Positiv: Es darf keine Maßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts genauso geeignet und weniger eingreifend ist.   |
| Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne | Schwere des Eingriffs in die Grundfreiheit darf nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – Grundfreiheitseingriff darf in seiner Intensität nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen |

### a) Rechtfertigungsrechtsgut (Verfolgung eines legitimen Zweckes)

Mit dem Gesundheits- und Lebensschutz verfolgt die Maßnahme einen legitimen Zweck.

### b) Geeignetheit

Nach der Ansicht der Kommission ist die Abgabe- und Vergütungspflicht zur Erreichung der Verbesserung des Umweltschutzes geeignet,

- „da sie Umweltbeeinträchtigungen, nämlich die durch Abgase bei der konventionellen Stromerzeugung verursachten Beeinträchtigungen, gemäß Artikel 174 Absatz 2 EG-Vertrag an ihrem Ursprung bekämpfe. (..)“ (Rn. 235)<sup>18</sup>

### c) Erforderlichkeit

Es dürfte keine Umweltschutzmaßnahme geben, die für den Schutz des Rechtfertigungsrechtsguts – dem Gesundheits- und Lebensschutz – genauso geeignet und weniger eingreifend wie die Abnahme- und Vergütungspflicht ist. Letztes hinterfragt der Generalanwalt:

- „Was das erste Argument der Kommission betrifft, so ist für mich nicht erkennbar, warum in anderen Mitgliedstaaten erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien nicht in gleichem Maße zur Verringerung des Abgasausstoßes in Deutschland beitragen würde wie in Deutschland erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien. (..)“ (Rn. 236)

Die Kommission bezweifelt aber die *gleiche Eignung* dieser Alternative:

- „(..) Außerdem würden bei der Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien in die lokalen Netze weniger Leitungsverluste infolge von Übertragungen über lange Strecken auftreten.“ (235)

Im Hinblick hierauf differenziert der Generalanwalt:

- „In Bezug auf das zweite Argument der Kommission bin ich der Auffassung, dass das nationale Gericht die erforderlichen Feststellungen treffen muss, um herauszufinden, ob es wirklich erforderlich ist, Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien aus anderen Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich des StrEG 1998 auszunehmen.“ (Rn. 237)

<sup>18</sup> Generalanwalt Jacobs, [Rs. C-379/98](#) (PreussenElektra), Slg. 2001, 2099 Rn. 235.

Demzufolge *kann* eine Abnahme- und Vergütungspflicht, die auf in Deutschland erzeugte erneuerbare Energien eingeschränkt ist, die für den Gesundheits- und Lebensschutz am besten geeignete und am wenigsten eingreifende Maßnahme sein.

#### d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Letztlich dürfte die Schwere des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit der Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten nicht außer Verhältnis zur Qualität der Förderung des Rechtfertigungsrechtsguts stehen – d.h. dem Gesundheits- und Lebensschutz (Angemessenheit). Weder der Gerichtshof noch der Generalanwalt äußern sich ausdrücklich zu diesem Punkt. Gegen einen erheblichen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit könnte sprechen, dass es mangels separater Stromnetze ohnehin keinen exklusiven Warenverkehr für Strom aus erneuerbaren Energien gibt. So bemerkt auch der Gerichtshof

- „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.“ (Rn. 79)

Allenfalls der Zukauf eines (teureren) Strommixes mit erneuerbaren Energieanteilen aus anderen Mitgliedsstaaten könnte gehemmt werden. Im Gegensatz dazu steht eine relativ hohe Förderung des Umwelt-, Gesundheits- und Lebensschutzes. Der Aufbau von Kapazitäten erneuerbarer Energien ermöglicht den Abbau herkömmlicher Energieerzeugungsformen, die Schadstoffe emittieren (fossile Brennstoffe) oder einer Endlagerung bedürfen (Kernenergie). Die Angemessenheit von Eingriff und angestrebtem Schutzziel ist somit zu bejahen.

## D. Ergebnis

### Der Gerichtshof erkennt für Recht (Tenor):

1. Eine Regelung eines Mitgliedstaats, durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegen, und durch die die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, stellt **keine staatliche Beihilfe** im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG dar.

2. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarkts **verstößt eine solche Regelung nicht gegen Artikel 28 EG-Vertrag**.

## E. Weiterführende Literatur

|   |
|---|
| <i>U. Karpenstein / C. Schneller, Die Stromeinspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, 6</i> |
|---|