
Ein beihilfefreies und schlankeres EEG

Vorschlag zur Weiterentwicklung des bestehenden
Erneuerbare-Energien-Gesetzes

IMPULS

Dr. Markus Kahles
Johanna Kamm
Thorsten Müller
Dr. Hartmut Kahl

233/13-I-2021/DE
Oktober 2021

Projektleitung:
Sophie Godeffroy

Liebe Leserin, lieber Leser,

damit Deutschland Industriestandort bleiben und gleichzeitig bis 2045 klimaneutral werden kann, benötigen wir große Mengen kostengünstigen Strom aus Erneuerbaren Energien. Zugleich verliert das EEG aufgrund sinkender Erzeugungskosten, steigender CO₂-Preise sowie einem zunehmend marktlichen Ausbau mehr und mehr an Bedeutung.

Wir müssen daher jetzt zwei Dinge gleichzeitig tun: Einerseits den Ausbau der kostengünstigen Technologien Wind Onshore, Wind Offshore und PV-Freifläche kurzfristig massiv erhöhen. Andererseits sollen wir das EEG entschlacken und zu einem Absicherungsinstrument fortentwickeln.

Reformen des EEGs sind jedoch mittlerweile sehr komplex geworden. Das liegt – nicht nur aber auch –

an den beihilferechtlichen Vorgaben der Europäischen Kommission. Die Abstimmung mit der Europäischen Kommission frisst Zeit, die wir nicht mehr haben. Auch sind bestimmte Vorgaben der Beihilfeleitlinien kontraproduktiv: Es ist nicht hinnehmbar, wenn künftige Ausschreibungsmengen nach unten korrigiert werden müssen, weil vergangene Ausschreibungen unterzeichnet waren.

Ein nächster Schritt könnte sein, Neuanlagen in einem schlankeren EEG zukünftig beihilfefrei auszuschreiben. Dafür legen die Stiftung Umweltenergierecht und Agora Energiewende hiermit ein Konzept vor.

Ich wünsche eine angenehme Lektüre!

Dr. Patrick Graichen
Direktor, Agora Energiewende

Ergebnisse auf einen Blick:

1

Die aktuellen Beihilfevorgaben erschweren den schnellen, ambitionierten Ausbau der Erneuerbaren Energien in Deutschland. Zum einen, weil die Abstimmung mit der Europäischen Kommission erfahrungsgemäß sehr lange dauert. Zum anderen, weil die sogenannte endogene Mengensteuerung, die die Kommission fordert, die jährlich möglichen Ausschreibungsmengen deutlich begrenzt und so dem notwendigen Ausbau im Wege steht.

2

Es ist möglich, neue Wind- und Solaranlagen über ein neues, schlankeres und beihilfefreies EEG II abzusichern: Die Bestandsanlagen bleiben im Finanzierungssystem des EEG 2021, das aufgrund der Bundeszuschüsse zur EEG-Umlage klar als Beihilfe einzuordnen ist. Die Absicherung kostengünstiger Neuanlagen könnte über Ausschreibungen in einem entschlackten EEG II erfolgen, das beim Finanzierungsmechanismus dem Urteil des EuGH folgt und keine Beihilfe ist.

3

Eine EEG-Umlage nahe Null ist auch in einem solchen Modell möglich. Der „Kostenrucksack“ der Bestandsanlagen im EEG 2021 könnte über Bundeszuschüsse auf Null gesenkt werden. Die Absicherung des künftigen Ausbaus von Wind und Solar im EEG II verursacht kaum Kosten, gerade bei hohen CO₂-Preisen. Beschränkt man den neuen Finanzierungsmechanismus auf den Ausbau dieser Technologien, ist die verbleibende EEG-Umlage daher ebenfalls nahe Null.

4

Ein neues, beihilfefreies und schlankeres EEG II zur Absicherung des großskaligen Ausbaus von Wind- und Solaranlagen ist der nächste Schritt zu einem neuen Marktdesign für eine Welt mit 100% Erneuerbaren. Die Bundesregierung sollte rasch Gespräche mit der EU-Kommission aufnehmen, um auf diesem Weg voranzuschreiten – und mittelfristig ein neues Marktdesign zu etablieren, das die Beihilfe-Diskussionen bei Erneuerbaren Energien überflüssig macht.

Inhalt

Ergebnisse auf einen Blick	2
Einführung: Warum ein beihilfefreies EEG?	4
1 Lessons learned: Erfahrungen aus den bisherigen Beihilfeverfahren zum EEG	5
1.1 Beihilferelevanz des EEG	5
1.2 Folgen für das EEG	7
1.3 Zwischenfazit	11
2 Vorschlag: Trennung in zwei Finanzierungsmechanismen	13
2.1 EEG-Umlage I	13
2.2 EEG-Umlage II	13
2.3 Zwischenfazit	18
3 Fazit und Handlungsempfehlungen	22

Einführung: Warum ein beihilfefreies EEG?

Das Gesetzgebungsverfahren zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2021 (EEG 2021)¹ hat einmal mehr gezeigt, dass Reformen des EEG mittlerweile ein sehr zeitintensives sowie inhaltlich und gesetzgebungstechnisch komplexes Unterfangen geworden sind. Dies liegt zum einen an der Fülle der inhaltlichen Einzelfragen, der fachlich-politischen Auseinandersetzung über deren Lösung und dem historisch gewachsenen Regelungsgeflecht des EEG. Zum anderen aber auch daran, dass zusätzlich zu den Diskussionen auf nationaler Ebene auch die zahlreichen Anforderungen des EU-Beihilferechts berücksichtigt werden müssen. Durch das Beihilferecht kommt der EU-Kommission eine Rolle als zusätzliche Akteurin mit erheblichem Einfluss auf die zeitlichen Abläufe des Gesetzgebungsverfahrens und die inhaltliche Ausgestaltung des EEG zu. Dies hat sich nicht nur beim EEG 2021, sondern auch bei den vergangenen Gesetzesnovellen seit dem EEG 2014 gezeigt.²

In der Praxis führt diese Gemengelage dazu, dass die teilweise mühsam und unter Zeitdruck gefundenen inhaltlichen Regelungen des EEG zwar schlussendlich in Kraft treten, allerdings nur unter beihilferechtlichem Genehmigungsvorbehalt (siehe § 105 EEG 2021). Dies bedeutet erstens, dass sich die Anwendung der neuen Regelungen bis zur Erteilung der Genehmigung durch die EU-Kommission verzögert. Zweitens können die Regelungen regelmäßig nicht als endgültig angesehen werden, sondern es werden immer dann erneute Änderungen am Gesetz notwendig, wenn diese im

Beihilfungsverfahren durch die EU-Kommission gefordert werden. Drittens wird hierdurch die Planungssicherheit für die im EEG adressierten Anlagenbetreiber, Unternehmen und Behörden erschwert. Dies zeigt die Analyse der Erfahrungen aus den bisherigen Beihilfungsverfahren zum EEG (Abschnitt 1).

Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, grundsätzlich darüber nachzudenken, wie das EEG gesetzgebungstechnisch wieder handhabbarer gemacht werden kann. Dies könnte zwar grundsätzlich durch die prozedurale Entzerrung des Gesetzgebungsverfahrens, etwa durch längere Vorlaufzeiten, auf nationaler Ebene erreicht werden. Damit würde erreicht, dass rechtzeitig vor Inkrafttreten des Gesetzes auch die beihilferechtliche Genehmigung vorliegt. Die im Rahmen des Beihilfverfahrens erforderlichen Anpassungen am Gesetzesentwurf könnten dann mit ausreichendem zeitlichem Vorlauf mit den Stakeholdern diskutiert und vor Inkrafttreten in das Gesetz eingearbeitet und vom Bundestag verabschiedet werden. Angesichts der bereits jetzt recht langen Vorlaufzeiten für EEG-Reformen, praktischer politischer Abläufe und der schwer zu prognostizierenden Genehmigungsdauer im Beihilfungsverfahren ist jedoch fraglich, ob ein solcher Vorsatz praktisch durchhalten wäre.

In diesem Papier wird daher untersucht, wie der beihilferechtliche Einfluss auf das EEG gesenkt – und damit auch die nationale Gesetzgebung erleichtert – werden kann. Erste Ansätze hierzu wurden bereits aufgezeigt,³ die an dieser Stelle vertieft werden sollen. Hier wird nun eine Trennung in zwei Finanzierungsmechanismen vorgeschlagen, wobei

¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

² Pause/Kahles: *Der Einfluss der EU-Kommission auf das EEG 2014 und EEG 2017*. ER 2017, S. 55 ff.

³ Kahles/ Müller: *Senkung der EEG-Umlage und Beihilferecht – Optionen für die Verwendung der Einnahmen aus dem Brennstoffemissionshandelsgesetz und deren Rechtsfolgen*. Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 48 vom 08.01.2020

der neue Finanzierungsmechanismus beihilfefrei ausgestaltet ist (Abschnitt 2).

Die Ergebnisse und Handlungsempfehlungen werden abschließend in einem Fazit zusammengefasst (Abschnitt 3).

1 Lessons learned: Erfahrungen aus den bisherigen Beihilfeverfahren zum EEG

1.1 Beihilferelevanz des EEG

Seit Langem wird über die Beihilferelevanz des EEG und auch bereits über dessen Vorgängergesetz, das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG)⁴, diskutiert. Zweimal hat auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) schon zu dieser Frage entschieden, jeweils mit dem Ergebnis, dass keine Beihilfe vorliegt.⁵

Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen der Mitgliedstaaten an Unternehmen oder Produktionszweige sind nach EU-Recht grundsätzlich verboten, vgl. Art. 107 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).⁶ Dies gilt, sofern in den Verträgen, insbesondere in Art. 107 Abs. 3 AEUV, nichts anderes bestimmt ist. Die EU-Kommission prüft als Kontrollinstanz, ob Beihilfen ausnahmsweise doch vereinbar mit dem

Binnenmarkt sind (Art. 108 AEUV). Neue Beihilfen sowie Änderungen an bestehenden Beihilfen müssen daher bei der EU-Kommission notifiziert werden. Die jeweilige Maßnahme unterliegt bis zur Genehmigung durch die EU-Kommission einem Durchführungsverbot (Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV).

Das EEG unterliegt daher der Aufsicht der EU-Kommission, soweit und sofern es sich dabei um eine Beihilfe handelt. Die wesentliche Frage im Kontext des EEG ist dabei, ob es sich bei der EEG-Umlage um eine „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gewährte Beihilfe handelt. Eine solche Beihilfe liegt vor, wenn sie erstens dem Staat zurechenbar ist und zweitens unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird.⁷ Die erste Voraussetzung ist nach ständiger Rechtsprechung bereits dann erfüllt, wenn staatliche Stellen am Erlass der betreffenden Maßnahme beteiligt sind.⁸ Diese Voraussetzung ist aber nicht allein maßgeblich. Entscheidend ist daher mit Blick auf das EEG zudem, ob die EEG-Umlage aus staatlichen Mitteln gewährt wird. Damit sind nicht nur unmittelbar vom Staat gezahlte Leistungen gemeint, sondern auch Beihilfen, die von öffentlichen oder privaten Einrichtungen gewährt werden, die der Staat zur Verwaltung der Beihilfe errichtet oder benannt hat.⁹ Die Frage, ob dies bei der durch die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) verwalteten EEG-Umlage der Fall ist, hat die Entwicklung des EEG in den letzten Jahren maßgeblich geprägt.¹⁰

⁴ Stromeinspeisungsgesetz vom 07.12.1990: BGBl. I S. 2633, in der Fassung des Art.3 Nr.2 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 734

⁵ EuGH Urt. v. 13.03.2001 – C-379/98 – PreussenElektra sowie EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – Deutschland/Kommission

⁶ ABl. EU Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 1

⁷ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – Deutschland/Kommission, Rn. 48-49 m. w. N.

⁸ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – Deutschland/Kommission, Rn. 49 m. w. N.

⁹ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – Deutschland/Kommission, Rn. 52 m. w. N.

¹⁰ vgl. hierzu ausführlich Pause/Kahles: *Der Einfluss der EU-Kommission auf das EEG 2014 und EEG 2017* ER 2017, S. 58 ff.

Die EU-Kommission hatte zwei Jahre nach Inkrafttreten des EEG 2012 beihilferechtliche Bedenken erhoben und kam im Rahmen eines förmlichen Prüfverfahrens zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Beihilfe handele, diese aber mit dem Binnenmarkt vereinbar sei.¹¹ Trotzdem hat Deutschland Nichtigkeitsklage gegen diesen Beschluss beim Europäischen Gericht (EuG) mit dem Argument eingereicht, dass bereits keine Beihilfe vorliege.¹² In erster Instanz entschied das EuG im Sinne der EU-Kommission, dass es sich bei den von den ÜNB verwalteten Geldern um staatliche Mittel handele und wies die Klage ab.¹³ Hiergegen legte die Bundesregierung Rechtsmittel vor dem EuGH ein.¹⁴

In der Zwischenzeit hatte die Bundesregierung das EEG 2014 aus Gründen der Rechtssicherheit als „Nicht-Beihilfe“ bei der EU-Kommission notifiziert,¹⁵ welches von dieser wiederum als Beihilfe geprüft und genehmigt wurde.¹⁶ Die Notifizierung einer Maßnahme als „Nicht-Beihilfe“ bietet sich an, wenn Zweifel an der Beihilfefreiheit bestehen.

Anderenfalls besteht nämlich das Risiko, dass die EU-Kommission die Maßnahme nachträglich als rechtswidrige Beihilfe einstuft und die Rückforderung anordnet. Auch die Regelungen des EEG 2017 wurden von der Bundesregierung als „Nicht-Beihilfe“ notifiziert,¹⁷ bevor der EuGH zur Beihilfeeigenschaft des EEG 2012 final entschieden hatte. Separate beihilferechtliche Verfahren zum EEG 2017 betrafen die reduzierten Umlagen für Eigenstromerzeugung¹⁸ und KWK.¹⁹

Der EuGH entschied schließlich mit Urteil vom 28. März 2019, dass das EEG 2012 keine Beihilfe dargestellt habe.²⁰ Er lehnte dabei das Vorliegen der Tatbestandsmerkmals „staatliche Mittel“ ab, da der EEG-Umlagefinanzierungsmechanismus zwar dem Staat zurechenbar sei, aber die zweite Voraussetzung, wonach die Gelder „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt“ worden sein müssen, nicht vorläge.²¹ Im Unterschied zu anderen, vom EuGH bereits als Beihilfe eingestuften Finanzierungsmechanismen auch anderer Mitgliedsstaaten²²

¹¹ C(2014) 8786 final vom 25.11.2014: SA. 33995 – *Support of renewable electricity and reduced EEG surcharge for energy-intensive users*

¹² Rs. T-47/15, Abl. EU Nr. C 127 v. 20.04.2015, S. 31

¹³ EuG: Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15 – Deutschland/Kommission, Rn. 93 ff

¹⁴ Rs. C-405/16, Abl. EU C 326/18 vom 05.09.2016, S. 18-19

¹⁵ C(2014) 5081 final vom 23.07.2014: SA.38632: *EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law*, Rn. 5

¹⁶ C(2014) 5081 final vom 23.07.2014, SA.38632: *EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law*

¹⁷ C(2016) 8789 final vom 20.12.2016, SA.45461 – *EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law*, Rn. 3

¹⁸ C(2017) 8482 final vom 19.12.2017, SA.46526: *Reduced surcharge for self-generation under EEG 2017*

¹⁹ C(2018) 5019 final vom 01.08.2018, SA.49522: *Reduced surcharge for cogeneration under EEG 2017*

²⁰ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission; vgl. hierzu vertiefend Kahles/Nysten: *Alles auf Anfang? – Die fehlende Beihilfeeigenschaft des EEG*. EnWZ 2019, S. 147-152; Stiftung Umweltenergierecht: *Das EEG 2012 ist keine Beihilfe – was genau bedeutet das EuGH-Urteil?* Fragen und Antworten, Hintergrundpapier. Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 41 vom 04.04.2019

²¹ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission, Rn. 48 ff.

²² EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission, Rn. 56 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – C-262/12 – *Vent de Colère*, Rn. 19 und EuGH, Urt. v. 13.09.2017 – C-329/15 – *ENEA*, Rn. 24

werde das EEG 2012 aus drei Gründen nicht unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt:

- Da es keine gesetzliche Pflicht des Letztverbrauchers zur Zahlung der EEG-Umlage gäbe, könne die Umlage nicht mit einer Abgabe gleichgesetzt werden; die de facto Abwälzung der Kosten auf die Letztverbraucher sei dabei unerheblich.²³
- Weiterhin habe der Staat weder staatliche Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder noch stünden diese anderweitig unter staatlicher Kontrolle.²⁴
- Schließlich bestünde auch, anders als bei Übernahme einer Garantiefunktion, kein Zusammenhang zwischen Begünstigung und einer potenziellen Belastung des Staatshaushalts.²⁵

Die vermeintlich durch das EuGH-Urteil gewonnene Gestaltungsfreiheit liegt jedoch mit Blick auf das EEG 2021 aus zweierlei Gründen nicht vor:

- Erstens wird seitens der EU-Kommission die Auffassung vertreten, dass das Urteil nur den Ausgleichs- und Fördermechanismus des EEG 2012 betreffe und aufgrund von Unterschieden (siehe Abschnitt 2.2) nicht ohne Weiteres auf nachfolgende EEG-Novellierungen übertragbar sei.²⁶ Dies bedeutet in der Praxis, dass ein erheblicher Druck besteht, EEG-Reformen dennoch mit der EU-Kommission im Vorfeld im Rahmen von Beihilfverfahren abzustimmen. Denn auf

nicht notifizierte Beihilfen kann die EU-Kommission mit Durchführungsverboten und Rückforderungsanordnungen reagieren.

- Zweitens ist die Beihilfeeigenschaft des EEG ohnehin mit Einführung des EEG 2021 unstrittig. Denn seit dem 1. Januar 2021 fließen erstmals Mittel aus dem Bundeshaushalt in den EEG-Finanzierungsmechanismus (§ 3 Abs. 3a, Abs. 9 Erneuerbare-Energien-Verordnung (EEV)²⁷). Das Vorliegen des Beihilfentatsbestandsmerkmals „aus staatlichen Mitteln gewährt“ ist damit nun unzweifelhaft gegeben.

1.2 Folgen für das EEG

Die Einordnung als Beihilfe hat für Gesetzgebungsverfahren zum EEG eine hohe praktische Bedeutung sowohl in inhaltlicher Hinsicht als auch mit Blick auf die gesetzgeberischen Abläufe.

Die Beurteilung der Frage, ob Beihilfen zur Förderung Erneuerbarer Energien mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, richtet sich grundsätzlich nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV (Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige). Bei der konkreten Anwendung und Auslegung im Einzelfall verfügt die EU-Kommission über einen weiten Ermessens- und Entscheidungsspielraum.²⁸ Die Kriterien, die sie bei der Beurteilung von Beihilfen aus bestimmten Bereichen anwendet, legt die EU-Kommission in Leitlinien fest. Im Bereich der

²³ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission, Rn. 70 f.

²⁴ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission, Rn. 73, 80

²⁵ EuGH, Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P: Deutschland/Kommission, Rn. 84

²⁶ Maiworm: *EEG 2012 keine staatliche Beihilfe*. IR 2019, S. 156

²⁷ Erneuerbare-Energien-Verordnung vom 17. Februar 2015 (BGBl. I S. 146), die zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 21. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3138) geändert worden ist.

²⁸ Von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 72. EL Februar 2021, Art. 107 AEUV Rn. 149 m. w. N.

Erneuerbaren Energien erfolgte die Beurteilung der Beihilfe auf Grundlage der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (UEBLL)²⁹ (zu deren aktuellen Weiterentwicklung vgl. Abschnitt 1.2.4).

Diese Leitlinien stellen als selbstbindendes Innenrecht zwar nur den internen Beurteilungsspielraum der EU-Kommission dar und verfügen daher eigentlich über keine Außenwirkung. Praktisch haben die Leitlinien jedoch eine kaum zu überschätzende Relevanz, da die Genehmigung der nationalen Maßnahme auf Grundlage der dort festgelegten Kriterien erfolgt. In wechselseitiger Wirkung werden demnach auch nationale Maßnahmen unter Berücksichtigung der dort festgelegten Kriterien konzipiert.

Die hohe Praxisrelevanz der Leitlinien, obwohl diese gerade nicht im Wege eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens unter Beteiligung von Parlament und Rat erlassen werden, wird demnach auch als „Energiepolitik durch die Hintertür“ kritisiert.³⁰

1.2.1 EEG 2014 und EEG 2017

So stellte die Kommissionsentscheidung zum EEG 2014 – obwohl die Bundesregierung der Überzeugung war, dass die EU-Kommission mangels Beihilfeeigenschaft des EEG gar nicht zuständig war – das Einfallstor für die zuständige Ausgestaltung des EEG nach den Kriterien der UEBLL dar. Dies betraf

beispielsweise die Umstellung des Fördersystems auf Ausschreibungen, die Einführung von Vorgaben zur verpflichtenden Direktvermarktung und die Einschränkung der Förderung in Zeiten negativer Preise.³¹

Entsprechend wurde auch die Nachfolgenovellierung des EEG 2017 durch das beihilferechtliche Kontrollverfahren geprägt. Hierbei rückte angesichts des Grundsatzes technologieneutraler Ausschreibungen im Rahmen der UEBLL verstärkt die Frage in den Mittelpunkt, welche Möglichkeiten zur Steuerung und Differenzierung des Ausbaus Erneuerbarer-Energien-Anlagen dem Gesetzgeber im Rahmen von Ausschreibungen in technologie-spezifischer, räumlicher und mengenmäßiger Hinsicht noch verbleiben. Der Ansatz des EEG, den Ausbau mit technologiespezifischen Ausschreibungen und Elementen wie dem Referenzertragsmodell zu steuern, geriet dabei zunehmend unter Rechtfertigungsdruck.³²

1.2.2 EEG 2021

Auch das Gesetzgebungsverfahren zum EEG 2021 war stark durch parallel laufende Vorabkontakte mit der EU-Kommission und das dann folgende förmliche Beihilfeverfahren geprägt. Das eigentlich am 1. Januar in Kraft getretene EEG 2021 konnte daher bezüglich der beihilferechtlich relevanten Teile erst nach Erteilung und nach Maßgabe der

²⁹ KOM, Mitteilung: *Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020*. Abl. EU Nr. C 200 vom 28.06.2014, S. 1

³⁰ kritisch zu Einfluss und Legitimationsdefizit etwa Kachel: *Der Ärger mit den UEBLL – Energiepolitik und Beihilferecht*. ZUR 2016, S. 642; grundsätzlich zum Selbstverständnis der Kommission in der Beihilfenkontrolle auch Stöbener de Mora: *EuZW 2016, Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfegriff*, S. 685 ff.

³¹ siehe hierzu Pause/Kahles: *Der Einfluss der EU-Kommission auf das EEG 2014 und EEG 2017*. ER 2017, S. 58 ff.; Kahle: *Die beihilfenrechtliche Genehmigung des EEG 2014 durch die Europäische Kommission – Eine kritische Würdigung*. NVwZ 2014, S. 1563 ff.

³² Pause/Kahles: *Der Einfluss der EU-Kommission auf das EEG 2014 und EEG 2017*. ER 2017, S. 59 ff.

Kommissionsgenehmigung³³ rückwirkend angewendet werden (§ 105 Abs. 1 EEG).

Einige Regelungen des EEG 2021 sind entweder nicht in dieser Form (zum Beispiel die Anschlussförderung für Windenergieanlagen an Land)³⁴ oder noch nicht (zum Beispiel die Südquote und die Umlagebefreiung für grünen Wasserstoff)³⁵ genehmigt worden.³⁶ Gleichzeitig finden sich im EEG 2021 Regelungen, die vor allem aufgrund von Anforderungen der EU-Kommission eingeführt wurden.³⁷ Dies betrifft etwa die Erweiterung der endogenen Mengensteuerung für Windenergie an Land, § 28 Abs. 6 EEG 2021, die darauf zielen soll, im Fall drohender Unterzeichnungen der Ausschreibungen durch die Reduzierung des Ausschreibungsvolumens den Wettbewerbsdruck zu erhöhen. Auch große Teile der am 24. Juni 2021 im Rahmen des Energie- und Klimapakets beschlossenen Änderungen des EEG³⁸ (zum Beispiel die Erhöhung der Ausschreibungsmengen) stehen unter dem Vorbehalt der beihilferechtlichen Genehmigung nach dem insofern neu gefassten § 105 EEG 2021 und können solange nicht angewendet werden.

Abgesehen von der Einschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit durch den nationalen Gesetzgeber birgt dieser Genehmigungsvorbehalt auch rein praktisch zahlreiche Probleme und Rechtsunsicherheiten. So fanden die Ausschreibungen Anfang 2021

entweder nach alter Rechtslage oder unter Genehmigungsvorbehalt (zum Beispiel zur Neuregelung des Flexibilitätszuschlags für Biogas, § 50a EEG 2021) statt. So konnten die erfolgreichen Gebote der ersten Ausschreibungsrunden des Jahres 2021 für Windenergie an Land zum Gebotstermin 1. Februar 2021 und Solarenergie des ersten Segments sowie Biomasseanlagen zum Gebotstermin 1. März 2021 durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) erst nach erfolgter beihilferechtlicher Genehmigung bekannt gegeben werden, obwohl die Ausschreibungen längst durchgeführt worden waren.³⁹ Potenzielle Bieter mussten sich daher trotz Inkrafttreten des EEG 2021 zum 1. Januar 2021 erst orientieren, welche Regeln in den Ausschreibungen überhaupt gelten. Für Ausschreibungen unter Genehmigungsvorbehalt bestanden für die Bieter weder gesicherte Grundlagen, auf denen sie ihr Angebot kalkulieren konnten, noch Anhaltspunkte dafür, ob und wann eine Zuschlagserteilung überhaupt erfolgt.

1.2.3 Verfahrensdauern

Neben den möglichen inhaltlichen Differenzen und kurzfristigen Änderungsaufgaben seitens der EU-Kommission hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des EEG ist auch die Synchronisierung des nationalen Gesetzgebungsverfahrens mit dem Ablauf

³³ C(2021) 2960 final vom 29.04.2021, SA.57779 - EEG 2021

³⁴ vgl. BT-Drs. 19/29461, S. 2 f.

³⁵ C(2021) 2960 final vom 29.04.2021, SA.57779 - EEG 2021, Fn. 1

³⁶ siehe hierzu Neufassung des § 105 EEG, BT-Drs. 578/21, S. 45 f.

³⁷ C(2021) 2960 final vom 29.04.2021, SA.57779 - EEG 2021, Rn. 353 ff.

³⁸ vgl. Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht in der Fassung der Beschlussempfehlungen des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drs. 19/30899 v. 22.06.2021

³⁹ BNetzA, Pressemitteilung v. 30.04.2021: *Ergebnisse der Ausschreibungen für Solaranlagen des ersten Segments, Windenergieanlagen an Land, Biomasseanlagen und innovative Anlagenkonzepte*. S. 1

und der Dauer des Beihilfegenehmigungsverfahrens schwierig.

Im Fall des EEG 2012 vergingen fünf Jahre und drei Monate, bis durch das EuGH-Urteil Klarheit geschaffen wurde (vgl. Abbildung 1). Bis dahin waren wesentliche gesetzgeberische Entscheidungen im EEG 2014 und im EEG 2017 bereits getroffen (s. o. Abschnitt 1.2.1).

Das EEG 2014 wurde zwar prinzipiell binnen drei Monaten und damit äußerst schnell genehmigt.⁴⁰ Allerdings variierten die Genehmigungsdauern der ebenso notifizierungspflichtigen Novellierungen innerhalb der Geltungsdauer des EEG 2014 zwischen zwei⁴¹, zehn⁴² und sechzehn Monaten⁴³. Notifizierungen innerhalb des EEG 2017 erfolgten binnen sieben⁴⁴, fünfzehn⁴⁵ und neun⁴⁶ Monaten.

Das EEG 2021 weist mit sechseinhalb Monaten Genehmigungsverfahrensdauer zunächst keine sonderlich lange Genehmigungsdauer auf (vgl. Abbildung 2). Allerdings sind wesentliche Teile auch in gesonderte Verfahren ausgelagert und bisher noch gar nicht entschieden worden (s. o. Abschnitt 1.2.2).

Zu den angegebenen Zeiträumen müssen in der Praxis allerdings zwingend die regelmäßig erfolgenden Vorabgespräche mit der EU-Kommission vor

der formellen Notifizierung hinzugerechnet werden. Diese werden insbesondere bei komplexeren Maßnahmen oftmals vor der Notifizierung geführt, um entsprechenden Änderungs- oder erhöhten Darlehensbedarf zu eruieren und das tatsächliche Notifizierungsverfahren zu beschleunigen. Dies erklärt vor allem auch die eigentlich kurze formale Genehmigungsdauer des EEG 2014. Die Einführung der Pilotphase für Ausschreibungen wurde dabei bereits im Vorfeld der förmlichen Notifizierung ausführlich diskutiert und vorbereitet, da sich diese Entwicklung auf Basis der damals neu eingeführten UEBLL bereits abzeichnete. Auch dem aktuellen EEG 2021 gingen Vorabkontakte voraus (vgl. Abbildung 2).

1.2.4 Ausblick: Reform der Beihilfeleitlinien

Mit Blick auf die künftigen Rechtsentwicklungen ist absehbar, dass die EU-Kommission ihren Gestaltungsanspruch auch in Zukunft in starkem Maße ausüben wird. So enthält auch die jüngst veröffentlichte Entwurfsfassung der überarbeiteten Klima-, Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (KUEBLL)⁴⁷ spezifische Vorgaben für Art und Form der Förderung von Erneuerbaren Energien. Dabei hält die EU-Kommission unter anderem an dem Grundsatz der technologieneutralen Ausschreibung fest, von

⁴⁰ C(2014) 5081 final vom 23.07.2014, SA.38632: *EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law*

⁴¹ C(2015) 3472 final vom 27.05.2015, SA.41381: *Relief from the EEG surcharge for companies in NACE sectors 25.50 and 25.61*

⁴² C(2016) 8789 final vom 20.12.2016, SA.44679: *Modification of the method used to define electro-intensity under the EEG*

⁴³ C(2016) 2406 final vom 19.04.2016, SA.40912: *Modification of the modalities of the support under the EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law*

⁴⁴ C(2016) 8789 final vom 20.12.2016, SA.45461: *EEG 2017 – Reform of the Renewable Energy Law*

⁴⁵ C(2017) 8482 final vom 19.12.2017, SA.46526: *Reductions on EEG-surcharges for self-consumption*

⁴⁶ C(2018) 5019 final vom 01.08.2018: *Reductions on EEG-surcharges for self-supply of electricity in high energy efficient cogeneration installations that entered into operation after July 2014*

⁴⁷ KOM-Mitteilung, Entwurfsfassung: *Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022*. 07.06.2021, https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-ceeag_en

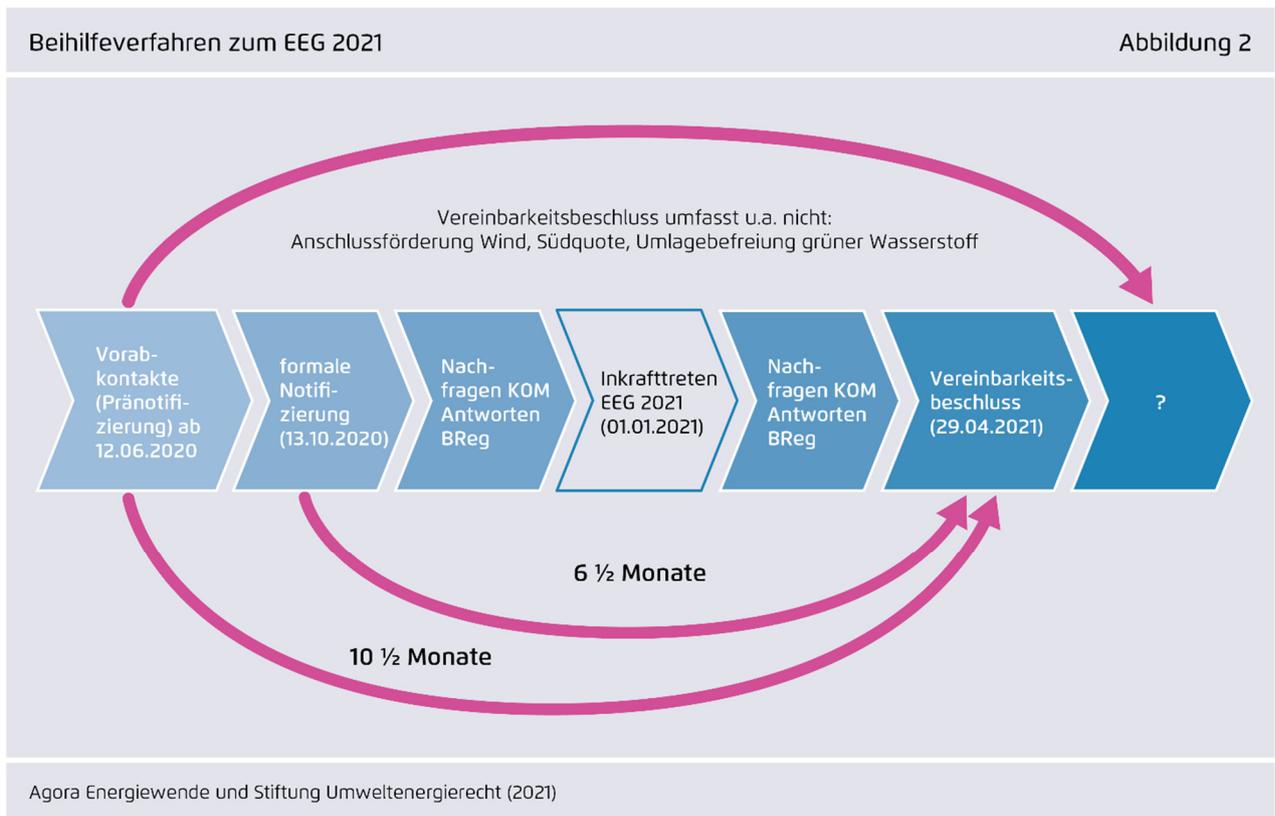
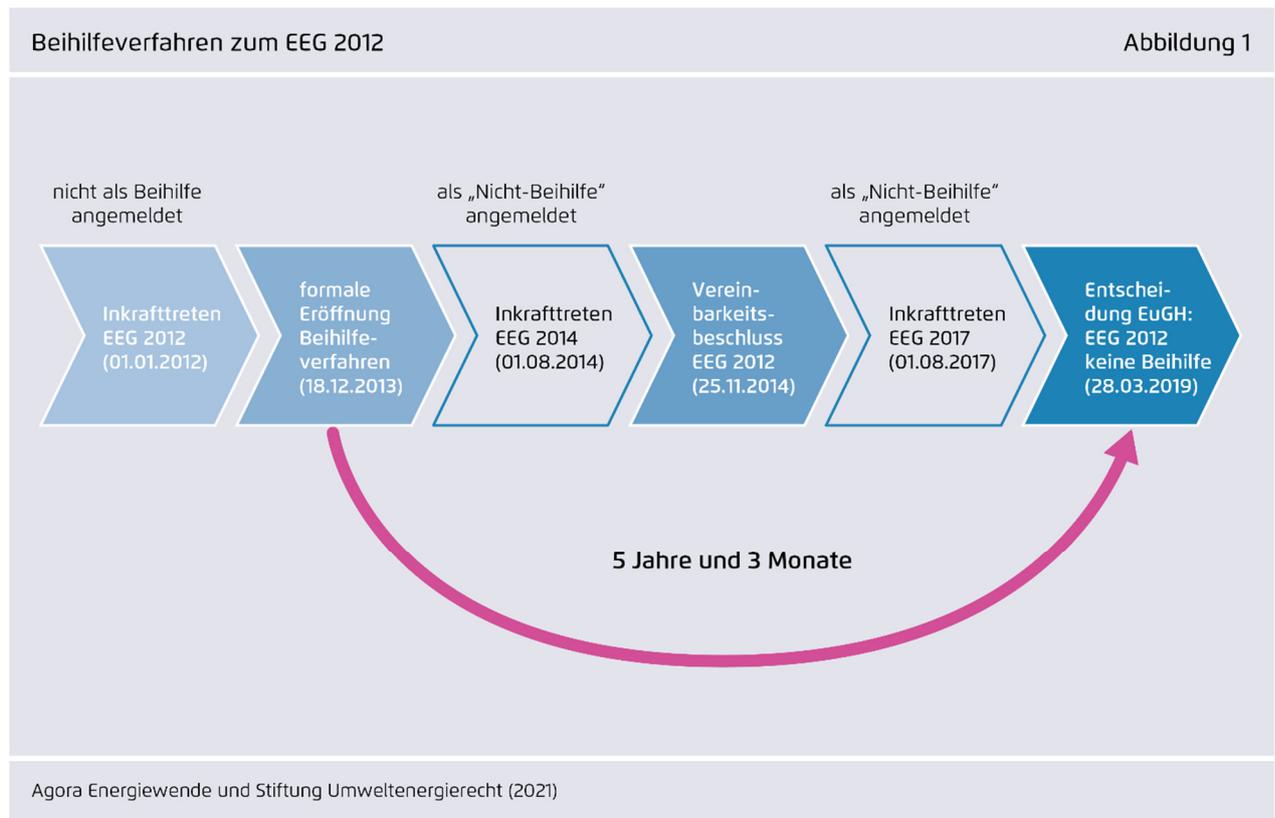
dem nur in Ausnahmefällen abgewichen werden kann.⁴⁸ Diese Ausnahmefälle sind auch enger gefasst, als es die mittlerweile sekundärrechtlich determinierten Vorgaben zur Förderung von Erneuerbaren Energien im Rahmen von Ausschreibungsverfahren voraussetzen.⁴⁹ Dies lässt erwarten, dass der in Deutschland verfolgte Ansatz der mengenmäßigen, technologiespezifischen und räumlichen Steuerung der Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien im EEG auch in Zukunft in hohem Maße rechtfertigungsbedürftig und damit verhandlungsintensiv bleiben dürfte.

1.3 Zwischenfazit

Die EU-Kommission hat einen großen inhaltlichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen im EEG. Dies gilt sowohl hinsichtlich der durch die Leitlinien bereits konkretisierten Vereinbarkeitsvorgaben als auch hinsichtlich etwaiger neu konzipierter Regelungen, deren Bewertung durch die EU-Kommission ex ante nur bedingt vorhersehbar ist. Selbst berechtigte inhaltliche Gegenwehr ist nur verspätet möglich, wie der Rechtsstreit um das EEG 2012 zeigt. Dadurch geht inhaltliche Gestaltungsfreiheit verloren und Gesetzgebungsprozesse werden verkompliziert. Mit Blick auf den Entwurf der ab 2022 geltenden KUEBILL ist auch in Zukunft davon auszugehen, dass die EU-Kommission ihren starken inhaltlichen Gestaltungsanspruch aufrechterhält.

⁴⁸ KOM-Mitteilung, Entwurfsfassung: *Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022*. Rn. 82 ff.

⁴⁹ Art. 4 der Richtlinie (EU) 2018/2001 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (RED II).



2 Vorschlag: Trennung in zwei Finanzierungsmechanismen

Nachfolgend wird eine Möglichkeit vorgestellt, Beihilfefreiheit zu erlangen, ohne gleichzeitig die getroffene Weichenstellung zum Einsatz von Haushaltsmitteln im EEG rückgängig machen zu müssen. Dies kann durch die Einführung gesetzlich getrennter Finanzierungssysteme erreicht werden, die den Stromverbrauchern separat ausgewiesen werden. Hierzu könnte der bisherige Finanzierungsmechanismus des EEG 2021 in eine „EEG-Umlage I“ und eine „EEG-Umlage II“ aufgeteilt werden.

2.1 EEG-Umlage I

Die „EEG-Umlage I“ soll dazu dienen, die Kosten der Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen zu finanzieren, die in der Vergangenheit in Betrieb genommen wurden.

2.1.1 Beschreibung des Finanzierungsmechanismus

Die „EEG-Umlage I“ unterscheidet sich in ihrer Konstruktion nicht vom bisherigen Finanzierungsmechanismus des EEG 2021 (vgl. Abbildung 3). Letztlich unterscheiden sich nur die Empfänger der Zahlungen. Empfänger der Zahlungen wären nicht mehr alle Anlagenbetreiber im Rahmen des EEG, sondern Betreiber von Bestandsanlagen (vgl. Abbildung 4). Damit könnte die „EEG-Umlage I“ den Kostenrucksack durch den Förderbedarf älterer EE-Anlagen abdecken.

Diese älteren und teureren Anlagen könnten zukünftig über die „EEG-Umlage I“ mit Bundeszuschüssen finanziert werden. Die „EEG-Umlage I“

könnte damit, je nach Höhe der Bundeszuschüsse, potenziell auch bis auf null gesenkt werden.⁵⁰

Die bisher im EEG 2021 vorgesehenen Ermäßigungen von der EEG-Umlage (BesAR, Wasserstoff, Landstrom, E-Busse, Eigenversorgung) könnten künftig nur noch für die „EEG-Umlage I“ gelten.

2.1.2 Beihilferechtliche Bewertung

Der Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage I“ wäre, wie das derzeitige EEG 2021, eine Beihilfe. Denn es würden in den Ausgleichsmechanismus durch die Bundeszuschüsse staatliche Mittel im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV fließen. Für Bestandsanlagen würde der bisherige Finanzierungsmechanismus somit ohne Änderung in der Sache beibehalten. Die in ihrer Entscheidung zum EEG 2021 getroffene Bewertung der EU-Kommission als mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe dürfte damit unverändert bleiben.

2.2 EEG-Umlage II

Die „EEG-Umlage II“ soll dazu dienen, die zukünftigen Kosten der Förderung von EE-Anlagen zu finanzieren.

2.2.1 Beschreibung des Finanzierungsmechanismus

Im Gegensatz zur „EEG-Umlage I“ könnte die „EEG-Umlage II“ Neuanlagen finanzieren. Anders als das bisherige EEG 2021 oder die „EEG-Umlage I“ sollte die „EEG-Umlage II“ ohne Bundeszuschüsse finanziert werden (vgl. Abbildung 5). Die „EEG-Umlage II“ sollte möglichst exakt dem

⁵⁰ vgl. Deutsche Energie-Agentur: *Vorschlag für die Senkung der EEG-Umlage auf null*. 07/2020

Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 entsprechen (siehe folgenden Abschnitt 2.2.2).

Die beihilfefreie Umfinanzierung im Zuge der „EEG-Umlage II“ zielt darauf, dem Gesetzgeber für die Zukunft wieder mehr eigenständigen Spielraum bei der Gestaltung der Energiewende zu ermöglichen. Der exakte Anwendungsbereich der „EEG-Umlage II“ wäre letztlich vom Gesetzgeber näher zu bestimmen. Die „EEG-Umlage II“ sollte jedoch in Abgrenzung zur „EEG-Umlage I“ die neuen und damit vergleichsweise günstigen Anlagen finanzieren. Damit stünde zu erwarten, dass die „EEG-Umlage II“ im Vergleich zur heutigen EEG-Umlage sehr niedrig ausfallen würde.

Insoweit bieten sich zwei Optionen besonders an: Es könnten entweder alle Neuanlagen mit der „EEG-Umlage II“ finanziert werden. Oder die „EEG-Umlage II“ könnte nur den weiteren Ausbau derjenigen Technologien finanzieren, auf die das größte Ausbauvolumen entfällt (Windenergie an Land, (Freiflächen-)Solaranlagen), um diesbezüglich maximale gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit zu erlangen. Ein möglicher weiterer Vorteil wäre hier, dass diese Technologien verhältnismäßig niedrige durchschnittliche Stromgestehungskosten aufweisen und die „EEG-Umlage II“ damit nur in einer geringen Höhe anfallen würde. Dann könnte diesbezüglich, anders als bei der „EEG-Umlage I“, auch die Notwendigkeit für Ermäßigungstatbestände in Bezug auf die „EEG-Umlage II“ entfallen.

2.2.2 Beihilferechtliche Bewertung

Der Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage II“ sollte möglichst exakt demjenigen des EEG 2012 entsprechen. Denn in diesem Fall könnte für die „EEG-Umlage II“ die Rechtsprechung des EuGH zum EEG 2012 „eins zu eins“ herangezogen werden (vgl. hierzu unter Abschnitt 1).

Als eine Option könnte der Gesetzgeber hierfür erwägen, die damaligen Regelungen in derselben Form wieder zu erlassen, also den Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 exakt nachzubauen.

Regelungstechnisch geschickter und schlanker könnte es allerdings sein, direkt auf die damaligen Normen in der Fassung des EEG 2012 zu verweisen, die der Entscheidung des EuGH zugrunde lagen. Dies hätte den Vorteil, dass jegliche Zweifel darüber, ob es sich tatsächlich um denselben Finanzierungsmechanismus handelt, ausgeschlossen wären. Auch etwaige unbeabsichtigte Übertragungsfehler oder sonstige nachteilige Anpassungen wären dadurch von vornherein unmöglich. Daher erscheint die Option des Verweises auf die damaligen Regelungen des EEG 2012 insgesamt als die vorzugswürdige.

Damit wäre die „EEG-Umlage II“ als beihilfefrei einzustufen und müsste nicht durch die EU-Kommission genehmigt werden.

Zwar bestünden im Vergleich des heutigen EEG-Systems mit dem EEG 2012 dennoch Unterschiede bezüglich der Art und Weise, wie die Zahlungen gewährt werden. Diese begründen aber keine andere beihilferechtliche Bewertung, wie im Folgenden näher ausgeführt wird.

a) BNetzA als ausschreibende Behörde

Im EEG 2012 gab es noch keine Ausschreibungen. Dadurch, dass nun die BNetzA als ausschreibende Behörde fungiert und Zuschläge erteilt, ändert sich aber nichts daran, dass auch im Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage II“, wie im EEG 2012, keine staatlichen Mittel vorhanden wären. Denn durch die Rolle der BNetzA als ausschreibende Behörde wird keine staatliche Kontrolle über die Gelder im Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage II“ begründet.

In der bisherigen Rechtsprechung des EuGH wurde eine staatliche Kontrolle oder Verfügungsgewalt über die Mittel innerhalb eines Finanzierungsmechanismus nur dann angenommen, wenn eine öffentliche Stelle die Mittel nicht bloß zweckgebunden verwaltete, wie im Fall *Pearle*⁵¹, sondern zusätzlich auch eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Staates auf die Mittel bestand, wie etwa in den Fällen *Frankreich/Kommission*⁵², *Essent*⁵³ oder *Vent de Colère*⁵⁴. Im Rahmen der Fälle *Elcogàs*⁵⁵ und *Achema*⁵⁶ wurde, anders als im EEG, jeweils der konkrete Finanzbedarf durch staatliche Stellen determiniert.

Anders als in den vorstehend genannten Fällen würde die BNetzA nicht die im Rahmen des Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage II“ erwirtschafteten Gelder verwalten oder einen konkreten Finanzierungsbedarf festlegen. Die Gelder würden, ebenso wie auf Grundlage des EEG 2012, ohne Zugriffsmöglichkeit des Staates durch die ÜNB verwaltet. Die BNetzA wäre als staatliche Stelle somit nicht in die Verwaltung der Gelder involviert, sondern nur für die Durchführung von Ausschreibungsverfahren zur wettbewerblichen Ermittlung der Zahlungsempfänger und der Höhe der Zahlungen zuständig. Die BNetzA würde die Zahlungen zudem auch nicht selbst ausschütten. Die Zahlungen würden, ebenso wie auf Grundlage des EEG 2012, durch die Netzbetreiber an die Anlagenbetreiber erfolgen. Als ausschreibende Stelle würde die BNetzA somit lediglich

über den ordnungsgemäßen Vollzug wachen, indem sie die wettbewerbliche Auswahl der Zahlungsempfänger sowie die wettbewerbliche Ermittlung der Zahlungshöhe sicherstellen würde.

Wollte man den möglichen Einwand zur Rolle der BNetzA in den Ausschreibungen von vornherein ausschalten, wäre zu erwägen, den Vollzug der Ausschreibungen auf die ÜNB zu übertragen. Damit würde keine staatliche Stelle, wie die BNetzA als Behörde, sondern es würden private Unternehmen per Gesetz als ausschreibende Stelle fungieren. Durch die bloße Zuweisung der Aufgabe als ausschreibende Stelle per Gesetz würde nach der Rechtsprechung des EuGH zum EEG 2012 keine staatliche Verfügungsgewalt über die Mittel im Finanzierungskreislauf der „EEG-Umlage II“ begründet. Denn laut EuGH kann ein bloßer staatlicher Einfluss per Gesetz nicht mit einer Verfügungsgewalt über die eingesetzten Gelder gleichgesetzt werden.⁵⁷ Die gesetzliche Festlegung der Verwendung der Gelder aus der EEG-Umlage spreche vielmehr dafür, dass der Staat nicht über diese Gelder verfügen könne, das heißt keine andere als die im Gesetz vorgesehene Verwendung beschließen könne.⁵⁸ Darüber hinaus stehen nach Ansicht des EuGHs in seiner Entscheidung zum EEG 2012 auch die ÜNB selbst nicht unter einer Beihilfeeigenschaft der EEG-Umlage begründenden staatlichen Kontrolle.⁵⁹

⁵¹ EuGH: Urt. v. 15.07.2004 – C-345/02 – *Pearle BV u.a.*, Rn. 36

⁵² EuGH: Urt. v. 16.05.2002 – C-482/99 – *Frankreich/Kommission*, Rn. 38

⁵³ EuGH: Urt. v. 17.06.2008 – C-206/06 – *Essent Netwerk Noord u.a.*, Rn. 66, 67

⁵⁴ EuGH: Urt. v. 19.12.2013 – C-262/12 – *Vent de Colère*, Rn. 22 f., 26

⁵⁵ EuGH: Urt. v. 22.10.2014 – C-275/13 – *Elcogàs*

⁵⁶ EuGH: Urt. v. 15.05.2019 – C-706/17 – *Achema*

⁵⁷ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 75

⁵⁸ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 76

⁵⁹ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 80

b) Kein Durchgriff auf Letztverbraucher

Der EuGH stellte in seiner Entscheidung zum EEG 2012 ferner fest, dass die sich aus der EEG-Umlage ergebende faktische finanzielle Abwälzung auf die Letztverbraucher keine ausreichende Grundlage für die Schlussfolgerung darstelle, nach der die EEG-Umlage mit dem im Rahmen seines Urteils *Essent Netwerk Noord*⁶⁰ geprüften Aufschlag auf den Stromtarif vergleichbar sei.⁶¹ Dabei zielte der EuGH maßgeblich darauf ab, dass das EEG 2012 die Energieversorgungsunternehmen (EVU) nicht dazu verpflichtete, die aufgrund der EEG-Umlage gezahlten Beträge auf die Letztverbraucher abzuwälzen.⁶² Insofern greife die Argumentation des EuG und der EU-Kommission nicht, dass die EEG-Umlage einer „Abgabe“ im Sinne einer einseitig per Gesetz auferlegten Belastung gleichgestellt werden könne.⁶³

Der Vorschlag zur Schaffung einer „EEG-Umlage II“ entspricht dieser Anforderung des EuGH, da zur Abwicklung der Finanzierung der Mechanismus des EEG 2012 benutzt wird, indem regelungstechnisch direkt auf diesen verwiesen wird.

Daher ist es mit Blick auf die „EEG-Umlage II“ unschädlich, dass die EU-Kommission als entscheidenden beihilferechtlichen Unterschied zum Fall des EEG 2012 anführt, dass im EEG 2021 nun in bestimmten Fällen der Durchgriff auf die Letztverbraucher gesetzlich normiert ist.⁶⁴

Das EEG 2021 enthält zwar keine allgemeine Verpflichtung der EVU, die EEG-Umlage von den Letztverbrauchern zu erheben. Es enthält allerdings, im

Gegensatz zum EEG 2012, die Verpflichtung der Netzbetreiber, die EEG-Umlage von denjenigen EVU zu verlangen, die Strom an Letztverbraucher liefern („berechtigt und verpflichtet“, vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 EEG 2021). Dies war im EEG 2012 lediglich als Anspruchsgrundlage formuliert („können“, vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 EEG 2012). Zusätzlich enthält das EEG 2021 die Verpflichtung der Netzbetreiber, die EEG-Umlage von stromkostenintensiven Unternehmen (§ 60a EEG 2021) sowie in bestimmten Fällen auch von anderen Letztverbrauchern zu verlangen. Dies sind die Fälle der Eigenversorgung und des sonstigen Verbrauchs von Strom, der nicht durch EVU geliefert wird (§§ 61, 61j EEG 2021). Auch diese Verpflichtungen der Netzbetreiber bestanden im EEG 2012 nicht.

Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob die Argumentation der EU-Kommission zum Durchgriff auf die Letztverbraucher beihilferechtlich überhaupt stichhaltig ist. Denn durch die Nutzung des Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 für die Zwecke der „EEG-Umlage II“ wäre in diesem Fall auch die Rückkehr zur damaligen fakultativen Ausgestaltung der Erhebung der EEG-Umlage verbunden („können“, vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 EEG 2012). Kehrt man somit auch diesbezüglich auf den Stand des EEG 2012 zurück, wird wieder die Rechtslage erreicht, die der EuGH als beihilfefrei eingestuft hatte.

c) Exkurs: Problematik Art. 30/110 AEUV

Im Rahmen der bisherigen Beihilfeverfahren wurde durch die EU-Kommission auch vorgebracht, dass das EEG eine diskriminierende Abgabe im Sinne der

⁶⁰ EuGH: Urt. v. 17.06.2008 – C-206/06 – *Essent Netwerk Noord* u. a.

⁶¹ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 71

⁶² EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 70

⁶³ EuGH: Urt. v. 28.03.2019 – C-405/16 P – *Deutschland/Kommission*, Rn. 68 bis 72

⁶⁴ C(2021) 2960 final vom 29.04.2021, SA.57779: *Germany EEG 2021*. Rn. 251 i. V. m. Rn. 174-175; vgl. hierzu bereits die entsprechende Argumentation der EU-Kommission im Fall des EEG 2017: C(2016) 8789 final, SA.45461 (2016/N) – EEG 2017 Rn. 164

Art. 30/110 AEUV sei. Aus diesem Grund hatte sich Deutschland unter anderem zur Öffnung des EEG für Anlagenbetreiber in anderen Mitgliedstaaten verpflichtet. Dieses Rechtsproblem wurde allerdings nur aus Anlass des Beihilfeverfahrens mitverhandelt (vgl. Rn. 29 UE BLL). Eigentlich handelt es sich dabei um einen gesonderten Problembereich, der durch eine künftige beihilfefreie Ausgestaltung des EEG nicht gleichzeitig als ebenfalls gelöst angesehen werden kann. Die bisher im EEG vorgesehene Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen auch den Betreibern von Erneuerbare-Energien-Anlagen in anderen Mitgliedstaaten einen Zahlungsanspruch nach dem EEG zu gewähren (§ 5 Abs. 2 bis 6 EEG 2021), sollte daher unabhängig von der künftigen beihilfrechtlichen Einordnung des EEG beibehalten werden. Rückwirkungen auf die Beihilfeeigenschaft des EEG sind damit nicht verbunden.

d) **Nächste Schritte**

Da die „EEG-Umlage II“ nach der vorgenommenen rechtlichen Bewertung keine Beihilfe darstellt, könnte diese theoretisch ohne vorherige Notifizierung bei der EU-Kommission in Kraft gesetzt werden. In der Vergangenheit hatte die EU-Kommission allerdings den Beihilfebegriff bezüglich des EEG regelmäßig weit ausgelegt und, letztlich zu Unrecht, eine Beihilfenkontrolle ausgeübt (vgl. Abschnitt 1). Es stellt sich daher die Frage, warum dies dieses Mal mit Blick auf die neue „EEG-Umlage II“ anders sein sollte. Hierfür spricht, dass mit dem Rückgriff auf den Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 im Vergleich zu den letzten Beihilfeverfahren zum EEG 2014, 2017 und 2021 eine neue Situation geschaffen würde. Denn durch die Nutzung des Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 würde ein Gleichlauf mit der diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung erreicht, der so in den Beihilfeverfahren zum EEG 2014, 2017 und 2021 nicht gegeben war. Damit

müsste sich die EU-Kommission zur Annahme einer Beihilfe im Fall der „EEG-Umlage II“ explizit gegen die rechtliche Argumentation des EuGHs zum EEG 2012 stellen. Im Falle der Umsetzung der „EEG-Umlage II“ sollte die Bundesregierung somit über Vorabkontakte mit der EU-Kommission eine Verständigung darüber erzielen, wie ein erneuter Rechtsstreit vor dem EuGH vermieden werden könnte.

2.2.3 Weiterentwicklungsoption: „EEG-Umlage II“ mit *Contracts for Difference*

Das Konzept der „EEG-Umlage II“ wäre auch anschlussfähig mit Blick auf eventuelle zukünftige Förderkonzepte für Strom aus Erneuerbaren Energien. Derzeit werden hierfür etwa Konzepte diskutiert, den Zahlungsanspruch des EEG in Form der Marktprämie weiterzuentwickeln, zum Beispiel in Form von sogenannten Differenzverträgen, auch bekannt unter der englischen Bezeichnung *Contracts for Difference* (CfD)⁶⁵. Dabei würde, etwa im Rahmen von Ausschreibungen, ein Preis ermittelt (*strike price*). Liegt der zugrunde gelegte Strommarktpreis unter dem *strike price*, erhält der Anlagenbetreiber die Differenz als Zahlung. Liegt der zugrunde gelegte Strommarktpreis über dem *strike price*, muss der Anlagenbetreiber die Differenz bezahlen.

Um das Konzept von CfD mit der bisherigen gesetzlichen Konzeption des EEG-Fördersystems zu kombinieren, wäre nicht notwendigerweise der Abschluss von Differenzverträgen erforderlich. Eventuelle Rückzahlungen der Anlagenbetreiber könnten auch auf der bisherigen Basis gesetzlich festgelegter Ansprüche in das System der „EEG-Umlage II“ integriert werden (vgl. Abbildung 6).

⁶⁵ vgl. zu CfD als Förderkonzept für Strom aus Erneuerbaren Energien grundlegend etwa: May/Neuhoff/Richstein: *Kostengünstige Stromversorgung durch*

Differenzverträge für erneuerbare Energien.
DIW Wochenbericht 28/2018

Die BNetzA (beziehungsweise eine von den ÜNB gebildete Stelle) könnte hierzu als ausschreibende Stelle Zuschläge an diejenigen Bieter mit dem niedrigsten gebotenen *strike price* vergeben. Der bisherige gesetzliche Zahlungsanspruch der Anlagenbetreiber müsste um einen Rückzahlungs- und Verrechnungsanspruch der Netzbetreiber bei Überschreitung des zugeschlagenen *strike price* ergänzt werden. Die Netzbetreiber müssten entsprechend gesetzlich verpflichtet werden, eventuelle Rückzahlungen der Anlagenbetreiber an die ÜNB weiterzureichen.

Beihilferechtlich sind CfD-Förderkonzepte von der EU-Kommission schon mehrfach genehmigt worden und somit als beihilferechtlich umsetzbar einzustufen (siehe zum Beispiel die Beihilfeentscheidungen zu UK⁶⁶, Dänemark⁶⁷, Polen⁶⁸). Ziel der „EEG-Umlage II“ ist es allerdings nicht, beihilfekonform, sondern von vornherein beihilfefrei zu sein.

Sollten eventuelle Rückzahlungen innerhalb eines CfD-Förderkonzepts dazu führen, dass die „EEG-Umlage II“ negativ wird, wäre somit aus beihilferechtlicher Sicht darauf zu achten, wie eventuelle Überschüsse verwendet werden. Soll die Beihilfefreiheit erhalten bleiben, dürften die Überschüsse beispielsweise keinesfalls dazu verwendet werden, die Bundeszuschüsse im Rahmen der „EEG-Umlage I“ zu minimieren. Denn damit hätte der Finanzierungsmechanismus der „EEG-Umlage II“ Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, was wiederum die Annahme beihilferelevanter staatlicher Mittel nach Art. 107 Abs. 1 AEUV begründen könnte.

Im Fall von Überschüssen wäre somit darauf zu achten, dass diese innerhalb des Systems der „EEG-Umlage II“ verbleiben und ausschließlich dort

Verwendung finden. Hierfür sind unterschiedliche Optionen denkbar. So könnten die Überschüsse etwa dazu verwendet werden, zusätzliche und teurere Neuanlagen anderer Technologien in die „EEG-Umlage II“ zu integrieren, die anfangs noch nicht durch die „EEG-Umlage II“ finanziert wurden. Es ist aber beispielsweise auch denkbar, dass die Überschüsse von den EVU über die Stromrechnung an die Letztverbraucher ausbezahlt werden. Die hier skizzierten Optionen sind dabei als nicht abschließende Beispiele für eine Verwendung rückgezahlter Mittel anzusehen und müssten bei der tatsächlichen Umsetzung einer Kombination aus CfD und „EEG-Umlage II“ im Einzelnen noch näher geprüft werden.

2.3 Zwischenfazit

Die „EEG-Umlage I“ würde strukturell dem aktuellen Finanzierungsmechanismus des EEG 2021 entsprechen und wäre damit wegen der Bundeszuschüsse als Beihilfe einzuordnen. Finanziert würden damit die vergleichsweise teuren Altanlagen. Eine weitere Abschmelzung durch zusätzliche Bundeszuschüsse ist möglich.

Die „EEG-Umlage II“ würde die zukünftigen Kosten der Förderung von neuen Erneuerbare-Energien-Anlagen ohne Bundeszuschüsse durch den Mechanismus des EEG 2012 finanzieren.

Aufgrund der Nutzung des Finanzierungsmechanismus des EEG 2012 wäre die „EEG-Umlage II“ als beihilfefrei einzustufen. Hinsichtlich der Frage des Durchgriffs auf die Letztverbraucher bestünde dann kein Unterschied zur damaligen, vom EuGH als beihilfefrei eingestufteten Rechtslage. Der verbleibende Unterschied, der darin besteht, dass nunmehr Ausschreibungen durchgeführt werden und die BNetzA

⁶⁶ C(2014) 5079 final, SA.36196: *Electricity Market Reform – Contract for Difference for Renewables*

⁶⁷ C(2021) 1447 final, SA.57858: *Thor Offshore wind farm*

⁶⁸ C(2017) 8334 final, SA.43697: *Polish support scheme for RES and relief for energy-intensive users*

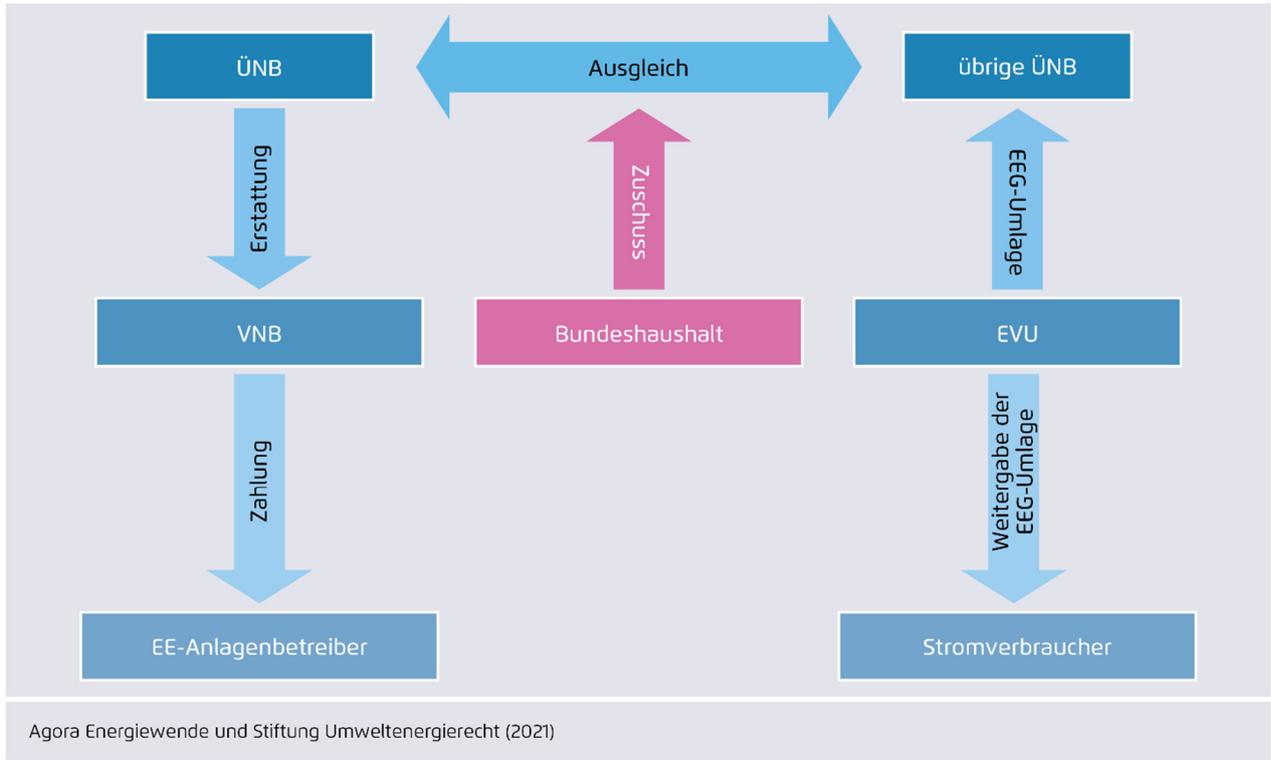
darin als ausschreibende Stelle fungiert, führt nicht zur Annahme einer Beihilfe. Zudem könnte, bei anderer Einschätzung dieser Frage, ein vermeintlich hierin liegender staatlicher Einfluss von vornherein ausgeschlossen werden, indem etwa diese Aufgabe per Gesetz den ÜNB übertragen wird.

Die beihilfefreie Umfinanzierung im Wege der „EEG-Umlage II“ zielt darauf, dem Gesetzgeber für die Zukunft wieder mehr eigenständigen Spielraum bei der Gestaltung der Energiewende zu ermöglichen. Der exakte Anwendungsbereich der „EEG-Umlage II“ wäre letztlich vom Gesetzgeber näher zu bestimmen. Die „EEG-Umlage II“ sollte jedoch in Abgrenzung zur „EEG-Umlage I“ neue und damit vergleichsweise günstige Anlagen finanzieren. Dies könnten solche Neuanlagen sein, auf die das größte Ausbauvolumen entfällt und die verhältnismäßig niedrige Stromgestehungskosten aufweisen (Windenergie an Land, (Freiflächen-)Solaranlagen). Damit stünde zu erwarten, dass die „EEG-Umlage II“ im Vergleich zur heutigen EEG-Umlage niedrig ausfallen würde.

Die „EEG-Umlage II“ wäre auch mit aktuell diskutierten Weiterentwicklungsoptionen, wie CfD, kompatibel. Dies gilt mit Blick auf die Erhaltung der Beihilfefreiheit, solange darauf geachtet wird, dass eventuelle Rückzahlungen im geschlossenen System der „EEG-Umlage II“ verbleiben.

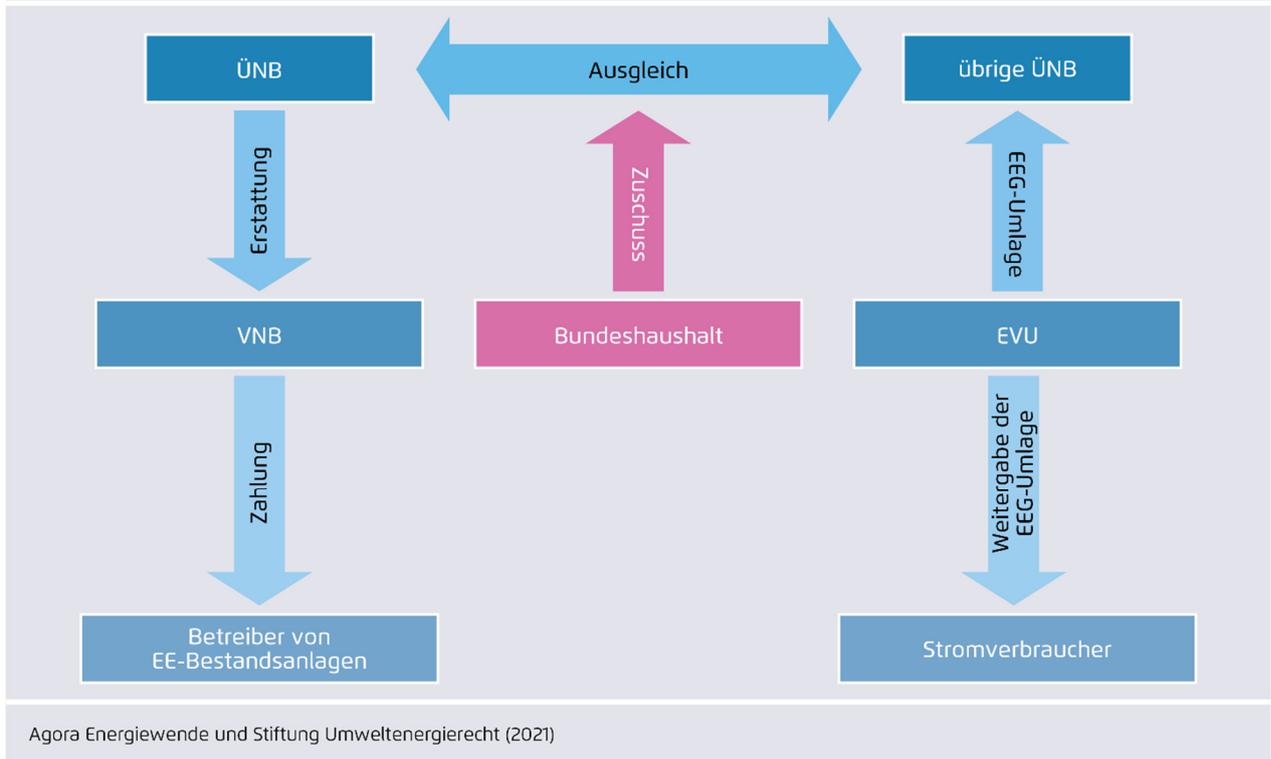
Aktueller Finanzierungsmechanismus des EEG 2021

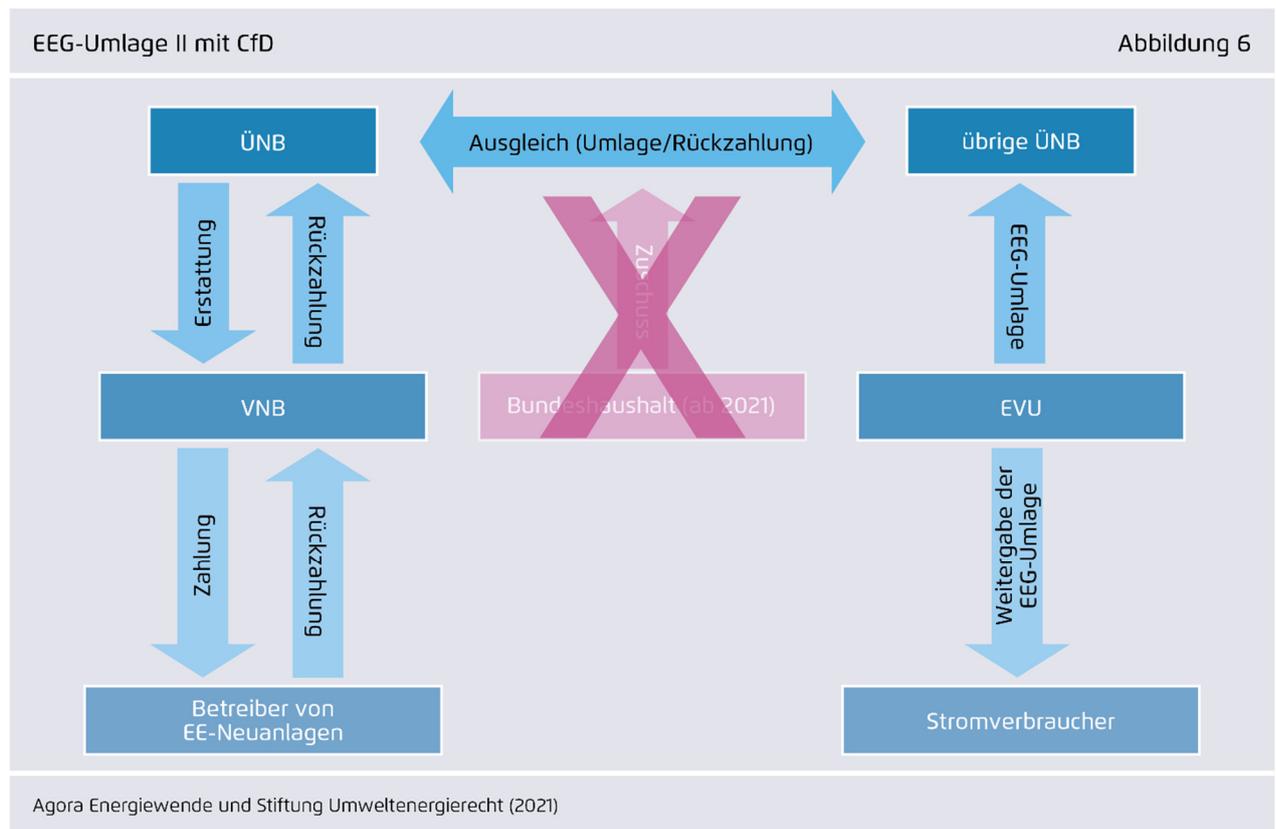
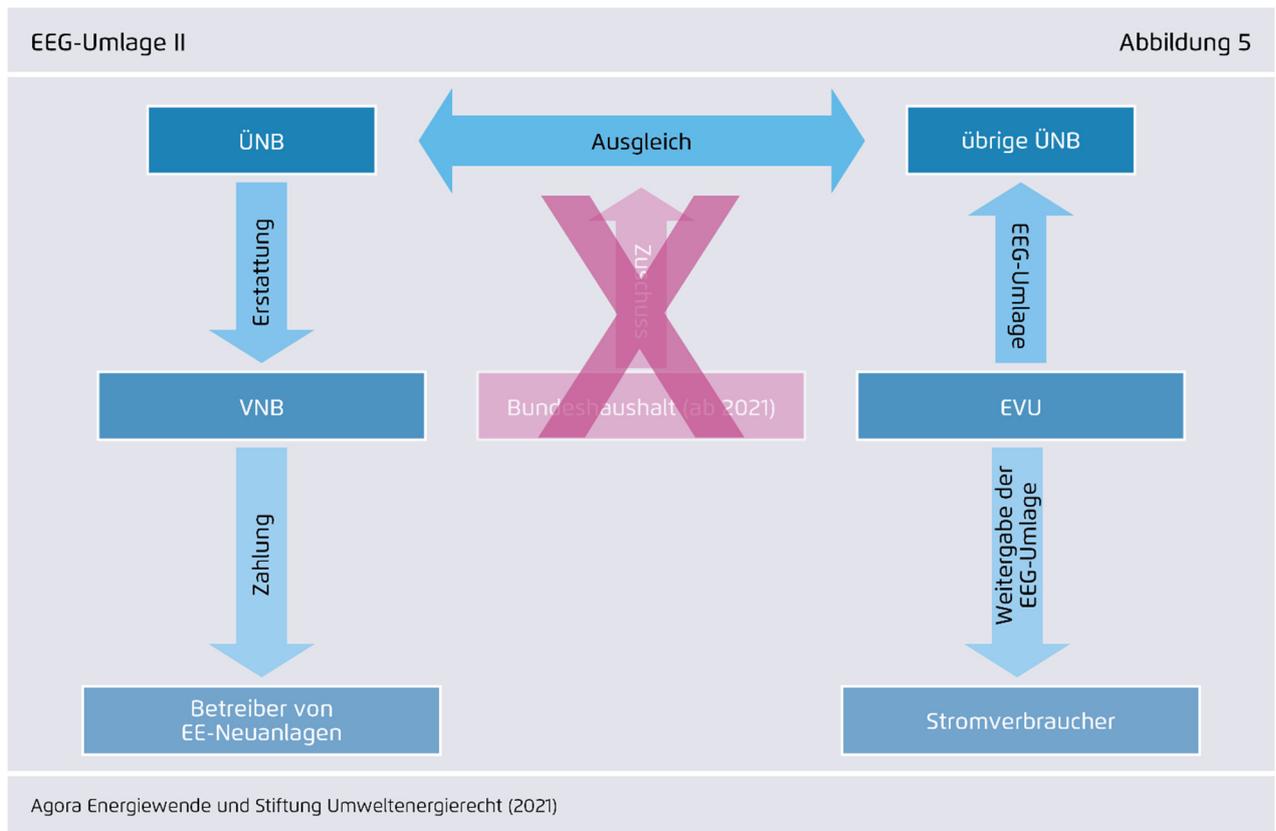
Abbildung 3



EEG-Umlage I

Abbildung 4





3 Fazit und Handlungsempfehlungen

Die Durchführung von Beihilfeverfahren hat in der Vergangenheit stark dazu beigetragen, dass Gesetzgebungsverfahren zum EEG inhaltlich komplex und zeitlich schwer zu kalkulieren waren. Die EU-Kommission ist dadurch faktisch zu einer zusätzlichen Akteurin im Gesetzgebungsverfahren geworden. Ein Ansatz, Gesetzgebungsverfahren zum EEG für den Gesetzgeber und alle betroffenen Akteure im EEG wieder handhabbarer und kalkulierbarer zu machen, ist es, diesen beihilferechtlichen Einfluss der EU-Kommission für die Zukunft zu reduzieren.

Dies ist nach dem in diesem Papier vorgeschlagenen Konzept möglich, indem der bisherige Finanzierungsmechanismus des EEG in zwei voneinander unabhängige Finanzierungsmechanismen aufgeteilt wird. Vorgeschlagen wird eine Aufteilung in eine „EEG-Umlage I“ und eine „EEG-Umlage II“.

Die „EEG-Umlage I“ würde strukturell dem aktuellen Finanzierungsmechanismus des EEG 2021 entsprechen und wäre damit wegen der erfolgenden Bundeszuschüsse als Beihilfe einzuordnen. Finanziert würden damit aber nur noch die vergleichsweise teuren Bestandsanlagen. Eine weitere Abschmelzung durch zusätzliche Bundeszuschüsse ist möglich.

Die „EEG-Umlage II“ würde die zukünftigen Kosten der Förderung von Neuanlagen ohne Bundeszuschüsse durch den Mechanismus des EEG 2012 finanzieren. Damit wäre die „EEG-Umlage II“ als beihilfefrei einzustufen. Hinsichtlich der Frage des Durchgriffs auf die Letztverbraucher bestünde dann kein Unterscheid zur vom EuGH als beihilfefrei eingestuften Rechtslage des EEG 2012. Der verbleibende Unterschied, der darin besteht, dass Ausschreibungen durchgeführt werden und die BNetzA darin als ausschreibende Stelle fungiert, führt nicht zur Annahme einer Beihilfe. Zudem könnte ein vermeintlich hierin liegender staatlicher Einfluss weiter minimiert werden, indem die Ausschreibungen nicht durch eine staatliche Behörde durchgeführt werden.

Der exakte Anwendungsbereich der „EEG-Umlage II“ wäre letztlich vom Gesetzgeber zu bestimmen. Die „EEG-Umlage II“ sollte jedoch in Abgrenzung zur „EEG-Umlage I“ neue und damit vergleichsweise günstige Anlagen finanzieren. Damit stünde zu erwarten, dass die „EEG-Umlage II“ im Vergleich zur heutigen EEG-Umlage niedrig ausfallen würde.

Die beihilfefreie Umfinanzierung im Wege der „EEG-Umlage II“ zielt darauf, dem Gesetzgeber für die Zukunft wieder mehr eigenständigen Spielraum bei der Gestaltung der Energiewende zu ermöglichen. Daher könnte es sich anbieten, damit den weiteren Ausbau derjenigen Technologien zu finanzieren, auf die das größte Ausbauvolumen entfällt und die verhältnismäßig niedrige Stromgestehungskosten aufweisen (Windenergie an Land, (Freiflächen-)Solaranlagen). Damit würde diesbezüglich die maximale gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit erlangt.

Die „EEG-Umlage II“ wäre zudem mit derzeit diskutierten Weiterentwicklungsoptionen in Form von CfD kompatibel. Dies gilt mit Blick auf die Erhaltung der Beihilfefreiheit, solange eventuelle Rückzahlungen geschlossen im System der „EEG-Umlage II“ verbleiben.



Agora Energiewende

Anna-Louisa-Karsch-Straße 2 | 10178 Berlin

P +49. (0) 30. 7001435-000

F +49. (0) 30. 7001435-129

www.agora-energiewende.de

info@agora-energiewende.de