



The European Legal Forum

Forum iuris communis Europae

Kreiner, Sebastian

**Luxemburger Sündenfall: Staatlicher Zwang zur Subventionierung
von Konkurrenten gemeinschaftlich zulässig**

The European Legal Forum (D) 5-2000/01, 312 - 318

© 2000/01 IPR Verlag GmbH München

Zum freien Dienstleistungsverkehr

35. Mit seinen Vorlagefragen möchte das vorlegende Gericht zweitens wissen, ob die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr einem Verbot von Werbeanzeigen für alkoholische Getränke wie dem in § 2 des Alkoholreklamag entgegenstehen.

36. Der Verbraucherbeauftragte, die GIP, die schwedische Regierung und die Kommission stimmen darin überein, dass das Zurverfügungstellen von Anzeigenraum eine grenzüberschreitende Dienstleistung darstellen kann, die unter Art. 59 EG-Vertrag fällt. Die übrigen beteiligten Regierungen sind dagegen der Ansicht, dass Art. 59 im Ausgangsverfahren keine Anwendung finde.

37. Wie der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, kann sich ein Unternehmen gegenüber dem Staat, in dem es niedergelassen ist, auf den freien Dienstleistungsverkehr berufen, sofern die Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind.⁶

38. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Recht eines Mitgliedstaats, wie im Ausgangsverfahren, das Recht der im Gebiet dieses Mitgliedstaats niedergelassenen Presseunternehmen beschränkt, möglichen Inserenten, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, Anzeigenraum in ihren Veröffentlichungen anzubieten.

39. Denn eine Maßnahme von der Art des im Ausgangsverfahren streitigen Werbeverbots beeinträchtigt angesichts des internationalen Charakters des Marktes der Werbung für die Kategorie von Erzeugnissen, für die das Verbot gilt, auch dann, wenn sie keinen diskriminierenden Charakter hat, das grenzüberschreitende Angebot von Anzeigenraum in besonderer Weise und stellt

daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 59 EG-Vertrag dar.⁷

40. Eine derartige Beschränkung kann jedoch durch den Gesundheitsschutz gerechtfertigt sein, der zu den im Allgemeininteresse liegenden Gründen gehört, die der gemäß Art. 66 EG-Vertrag (jetzt Art. 55 EG) auf das Sachgebiet des freien Dienstleistungsverkehrs anwendbare Art. 56 EG-Vertrag anerkennt.

41. Wie in Randnummer 33 dieses Urteils in Bezug auf die Behinderung des freien Warenverkehrs festgestellt worden ist, obliegt es dem vorlegenden Gericht, zu beurteilen, ob das im Ausgangsverfahren streitige Werbeverbot unter den rechtlichen und tatsächlichen Umständen, die die Lage in dem betroffenen Mitgliedstaat kennzeichnen, die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erfüllt, wie es notwendig ist, damit die Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr als gerechtfertigt angesehen werden kann.

42. Daher ist in Bezug auf den freien Dienstleistungsverkehr zu antworten, dass die Art. 56 und 59 EG-Vertrag einem Verbot von Werbeanzeigen für alkoholische Getränke wie dem in § 2 des Alkoholreklamag nicht entgegenstehen, sofern sich nicht unter den rechtlichen und tatsächlichen Umständen, die die Lage in dem betroffenen Mitgliedstaat kennzeichnen, erweist, dass der Schutz der Gesundheit gegen schädliche Auswirkungen des Alkohols durch Maßnahmen gewährleistet werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beeinträchtigen. (...)"

⁶ U. a. EuGH 17. 5. 1994 – C-18/93 – *Corsica Ferries*, Rn. 30, und EuGH 10. 5. 1995 – C-384/93 – *Alpine Investments*, Rn. 30.

⁷ In diesem Sinn EuGH 10. 5. 1995 – C-384/93 – *Alpine Investments*, Rn. 35.

INTERNATIONALES UND EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTS- UND WETTBEWERBSRECHT

Luxemburger Sündenfall: Staatlicher Zwang zur Subventionierung von Konkurrenten gemeinschaftsrechtlich zulässig

*Sebastian Kreiner**

I. Einleitung

Am 13. 3. 2001 hat der EuGH über die Vereinbarkeit der zentralen Vorschriften des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG) mit dem EG-Vertrag entschieden.¹ Der Gerichtshof hat – zur Überraschung vieler Kritiker – die deutsche Regelung als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen. Die Bedeutung der Entscheidung beschränkt sich dabei keineswegs auf die konkrete Regelung, vielmehr lassen sich unschwer ähnliche Regelungsmodelle denken und tatsächlich werden solche auch in anderen Mitgliedstaaten praktiziert.² Im folgenden soll nach einem Überblick über die Regelungen des StrEG und deren Auswirkungen auf den Strommarkt so-

wie das Ausgangsverfahren (sub II) die Entscheidung des Gerichtshofes kritisch gewürdigt werden (sub III). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf zu erwartende Folgen der vorliegenden Entscheidung ab.

II. Deutsches Stromeinspeisungsgesetz und Ausgangsverfahren

Das StrEG ist am 1. 1. 1991 in Kraft getreten.³ Es wurde in den folgenden Jahren in einzelnen Punkten geändert. Mittlerweile ist es durch das Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG)⁴ abgelöst worden. Ziel sowohl des StrEG als auch nunmehr des EEG ist es, die Erzeugung von Strom aus regenerativen Energiequellen, d.h. aus Wind- und Wasser-

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Politik und öffentliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München (D).

¹ EuGH 13. 3. 2001 – Rs. C-379/98 – *PreussenElektra*.

² Vgl. die Übersicht bei *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz-Kommentar, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999, S. 106.

³ Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz vom 7. 12. 1990, BGBl. 1990 I, S. 2633.

⁴ Vom 29. 3. 2000, BGBl. I, S. 305.

kraft, aus Sonnenenergie, Deponie- und Klärgas, aus Biomasse und jetzt auch aus Grubengas und Geothermie⁵ zu fördern,⁶ ein Ziel das auch einen wesentlichen Aspekt der Energie- und Klimapolitik der Gemeinschaft darstellt.⁷ Hierfür wird ein Konzept, bestehend aus Abnahmeverpflichtungen und Preisregelungen eingeführt. Dieses Konzept wurde durch die genannten Änderungsgesetze und insbesondere durch den Erlaß des EEG zum Teil erheblich modifiziert jedoch nicht grundsätzlich geändert.⁸

Es sieht zunächst vor, dass Strom, der von privaten Erzeugern in kleineren Anlagen⁹ aus einer der genannten Energiequellen gewonnen wird, von den Netzbetreibern abgenommen werden muß.¹⁰ Netzbetreiber sind Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU), die Netze für die allgemeine Versorgung betreiben.¹¹ Der auf Grund dieser gesetzlichen Pflicht den Erzeugern abgenommene Strom ist zu vergüten, wobei die Höhe der Vergütung wiederum gesetzlich geregelt ist.¹² Den genannten Förderzweck erreicht die Regelung dadurch, dass die zu zahlende Vergütung den am Markt zu erzielenden Preis regelmäßig erheblich übersteigt. Die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen ist derzeit jedenfalls im Regelfall noch zu teuer als dass dieser auf dem Markt mit konventionell erzeugtem Strom konkurrieren könnte.¹³ Durch die gesetzlich festgelegten Vergütungen soll den Investoren garantiert werden, dass sie Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien bei rationeller Betriebsführung wirtschaftlich, d.h. profitabel, betreiben können.¹⁴ Hierdurch soll eine dynamische Entwicklung in Gang gesetzt werden. Erwartet wird, dass die vermehrte Produktion von Strom aus alternativen Energiequellen zu einem Innovationsschub bei der Entwicklung der entsprechenden Anlagen, zu sinkenden Stückkosten und damit letztlich geringeren Stromgestehungskosten führen wird.¹⁵

Die Entwicklung seit Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes Anfang 1991 zeigen, dass diese Erwartungen durchaus zutreffend sind. Vor allem im Bereich der Förderung der Windenergie hat sich das StrEG als durchschlagender Erfolg entpuppt. So hat sich die Zahl der Windenergieanlagen in

Deutschland zwischen 1990 und 1997 von 200 auf 5.200 erhöht, die Gesamtleistung dieser Anlagen stieg im selben Zeitraum überproportional von gerade einmal 40 MW auf 2.100 MW.¹⁶

Diese Entwicklung ist mitunter euphorisch gefeiert worden, das StrEG wurde teilweise gar als das „erfolgreichste umweltrechtliche Instrument der deutschen Energiepolitik“¹⁷ bezeichnet. So beeindruckend und umweltpolitisch begrüßenswert der politische Erfolg des mit dem StrEG bzw. nunmehr dem EEG verfolgten Förderkonzeptes ist, so darf er dennoch nicht über erhebliche Probleme verfassungs- und europarechtlicher Art hinwegtäuschen. Diese sind, erwartungsgemäß insbesondere von Seiten der Energiewirtschaft, schon frühzeitig thematisiert worden, mittlerweile beschäftigen sie auch die Gerichte in zunehmendem Maße.¹⁸ Unter gemeinschaftsrechtlichem Gesichtspunkt steht vor allem die Frage im Mittelpunkt, ob die Regelung des StrEG/EEG eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt und ob eine solche Beihilfe gegebenenfalls mit dem gemeinsamen Markt vereinbar wäre. Daneben wird regelmäßig auch das Problem erörtert, ob durch die Förderung der Erzeugung und des Absatzes von Strom aus erneuerbaren Energiequellen der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird. In dem hier zu besprechenden Verfahren hatte der Gerichtshof Gelegenheit, zu beiden Fragen Stellung zu nehmen. Die Ausführungen des EuGH zur Vereinbarkeit des StrEG mit der Warenverkehrsfreiheit sind dabei zwar, was die Dogmatik des Art. 28 EGV betrifft, höchst interessant. Dennoch sollen diese Fragen hier nur vergleichsweise kurz angesprochen werden. Der Schwerpunkt der Betrachtungen soll sich den beihilferrechtlichen Ausführungen widmen, eröffnet der Gerichtshof damit den Wirtschaftspolitikern in den Mitgliedstaaten doch ein allzu weites Feld für kreative Betätigung.

Das Verfahren kam durch einen Vorlagebeschluß des Landgerichts Kiel¹⁹ nach Art. 234 EGV in Gang. Gegenstand²⁰ des vor diesem Gericht geführten Ausgangsverfahrens war ein Streit zwischen der PreussenElektra AG und der Schleswig AG. Erstere ist ein EVU der sogenannten ersten, überregionalen, Ebene. Sie betreibt mehrere Kraftwerke sowie Netze der Höchst- und Hochspannungsebene und liefert ihren Strom an regionale EVU, größere Stadtwerke und große Industrieunternehmen. Die Schleswig AG ist ein regionales EVU in Schleswig-Holstein. Sie steht mehrheitlich im Besitz der PreussenElektra AG²¹ und bezieht den Strom, mit dem sie ih-

⁵ Vgl. § 1 StrEG 1998 bzw. § 2 EEG.

⁶ Der Förderungszweck ist nunmehr ausdrücklich in § 1 EEG geregelt, er lag indes auch schon dem StrEG zugrunde, vgl. die Begründung zum Stromeinspeisungsgesetz, BT-Drs. 11/7816, S. 3.

⁷ Vgl. den Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM 2000, S. 279 endg.; Energie für die Zukunft: Erneuerbare Energieträger - Weißbuch für eine Gemeinschaftsstrategie und Aktionsplan, KOM 1997, S. 599 endg.

⁸ Zu den Neuerungen des EEG und den Gründen für seinen Erlass (drohender Investitionsstopp wegen Erreichens des sog. zweiten Dekkels der Härteklausele des § 4 StrEG, Sinken der an die Strompreise gekoppelten Einspeisevergütungen), s. Raabe/Meyer, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz, NJW 2000, S. 1298.

⁹ Vgl. § 1 Satz 2 Nr. 1 StrEG bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 EEG.

¹⁰ § 2 StrEG bzw. § 3 EEG.

¹¹ Vgl. nunmehr die Legaldefinition in § 2 Abs. 1 EEG.

¹² § 3 StrEG bzw. §§ 4 - 9 EEG.

¹³ S. hierzu differenzierend für unterschiedliche Arten der Stromgewinnung Pfaffenberger, in: Brune, Zur deutschen Energiewirtschaft an der Schwelle des neuen Jahrhunderts, Stuttgart/Leipzig (D), 2000, S. 158 (173 ff.).

¹⁴ S. Begründung des Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen zum EEG, BT-Drs. 14/2341, S. 1, 7 und 8.

¹⁵ Begründung zum EEG (oben Fn. 14), S. 1.

¹⁶ Mengers, Novellierungs- bzw. Anpassungsmöglichkeiten des Stromeinspeisungsgesetzes, ZNER 1998, S. 29.

¹⁷ Karstens, Das novellierte Stromeinspeisungsgesetz und alternative Möglichkeiten der Förderung regenerativer Energien, ZUR 1999, S. 188; Gellermann, Das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DVBl. 2000, S. 509. Vgl. auch das positive Fazit der Regierungsfractionen in: Begründung zum EEG (oben Fn. 14), S. 7.

¹⁸ S. etwa BVerfG (D) 9. 1. 1996, NJW 1997, S. 573; BGH (D) 22. 10. 1996, NJW 1997, S. 574; OLG Stuttgart (D) 18. 3. 1996, NJW 1997, S. 595; LG Karlsruhe (D) 10. 5. 1996, NJW 1997, S. 590; AG Plön (D) 13. 6. 1996, NJW 1997, S. 591.

¹⁹ LG Kiel (D) 1. 9. 1998, EuZW 1999, S. 29.

²⁰ Vgl. die Darstellungen des Sachverhaltes durch das LG Kiel (oben Fn. 19); Jacobs, Schlussanträge v. 26. 10. 2000 - C-379/98 - PreussenElektra, Rz. 45 ff.

²¹ Den hieraus abgeleiteten Einwand, der Ausgangsrechtsstreit sei konstruiert und die Vorlage daher nicht zulässig, hat der EuGH zu Recht verworfen, EuGH (oben Fn. 1), Rz. 38 ff.

re Kunden beliefert, überwiegend von dieser. Daneben bezieht sie, entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 2 StrEG 1998²² Strom von in ihrem Versorgungsgebiet ansässigen Windstromerzeugern. Der Anteil des so aufgenommenen und durch die Schleswig an ihre Kunden abgegebenen Windstromes stieg über die Jahre kontinuierlich an. Im Jahre 1998 schließlich war dieser Anteil so groß geworden, dass die Schleswig AG nach der Regelung des § 4 StrEG einen Anspruch gegen die PreussenElektra-AG auf Erstattung eines Teils der ihr durch die hohen Abnahmevergütungen entstandenen Mehrkosten hatte.²³ Vor dem LG Kiel begehrte nun die PreussenElektra AG die Rückzahlung eines Teilbetrages in Höhe von 500.000 DM. Dieser sei nach ihrer Ansicht ohne Rechtsgrund gezahlt worden und daher zu erstatten. Die Regelungen der §§ 2 ff. StrEG stellten nämlich eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 EGV. Die Änderung des § 4 StrEG durch das Gesetz von 1998 hätte daher gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV notifiziert werden müssen. Das LG Kiel hat sich diese Argumentation erkennbar zu eigen gemacht²⁴ und dem Gerichtshof entsprechende Fragen nach der Auslegung des Beihilfiebegriffs vorgelegt. Daneben warf es für den Fall, dass die Regelung des StrEG nicht dem Beihilferegime unterfallen sollte, die Frage der Vereinbarkeit der §§ 2 und 3 StrEG mit Art. 28 EGV auf.

III. Die Entscheidung des Gerichtshofs

Der Gerichtshof ist, im Ergebnis, den Bedenken des LG Kiel sowohl in beihilferechtlicher Hinsicht, als auch im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit entgegengetreten. Interessant ist dabei auch die unterschiedliche Begründung.

1. StrEG mit Art. 28 EGV vereinbar

Das StrEG/EEG legt, wie gezeigt, den Netzbetreibern die Pflicht auf, Strom aus erneuerbaren Energien den Produzenten abzukaufen. Erfolgt aber die Deckung eines Teils des Strombedarfes der Netzbetreiber zwangsweise durch inländische Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, so ist eine potentielle Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels nicht auszuschließen. Ein Teil der Nachfrage der Netzbetreiber wird durch die Abnahmepflicht gebunden. Bei freier Wahl des Stromlieferanten könnte der betreffende Netzbetreiber dagegen die entsprechende Menge Strom auch aus dem EG-Ausland importieren. Im Sinne der *Dassonville*-Formel²⁵ bejaht daher der Gerichtshof das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung.²⁶ Allerdings hält der EuGH das StrEG unter Berücksichtigung von dessen umweltpolitischer Zielsetzung mit Art. 28 EGV vereinbar. Die Förderung der Nutzung

erneuerbarer Energiequellen gehöre auch zu den vorrangigen Zielen der Gemeinschaft, die sich diese zur Umsetzung des Kyoto-Protokolls gesetzt habe. Auffällig bei der Erörterung des Rechtfertigungsgrundes „Umweltschutz“ ist dabei zweierlei. Zum einen wird auf die Tatsache, dass die Regelung des StrEG in- und ausländischen Strom unterschiedlich behandelt nicht eingegangen. Das StrEG regelt nur die Abnahme von in Deutschland erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energiequellen²⁷. Es stellt somit nach der herkömmlichen Differenzierung eine diskriminierende Maßnahme dar. Die „zwingenden Erfordernisse“ im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung²⁸ des Gerichtshofes gelten indes, anders als die in Art. 30 EGV genannten Ausnahmen zum Verbot mengenmäßiger Beschränkungen, nur für nichtdiskriminierende Maßnahmen.²⁹ Der Umweltschutz ist in Art. 36 EGV nicht erwähnt, wohl aber vom EuGH in der Folge von *Cassis de Dijon* als „zwingendes Erfordernis“ anerkannt worden.³⁰ Diskriminierende Maßnahmen wie hier waren also nach der bisherigen Rechtsprechung durch Aspekte des Umweltschutzes nicht zu rechtfertigen. Vielleicht erklärt sich hieraus, dass der EuGH im vorliegenden Urteil zwar maßgeblich auf die umweltschützende Zielsetzung des StrEG abstellt, gleichwohl aber in Rz. 75 eine der in Art. 30 EGV genannten Ausnahmen heranzieht indem er feststellt: „Diese Politik (scil.: die Förderung der Nutzung erneuerbarer Energieträger) bezweckt zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen.“ Es bleibt abzuwarten, ob die unterschiedliche Behandlung von diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Maßnahmen damit generell aufgegeben ist,³¹ oder aber ob der EuGH im Anschluss an die Argumentation von Generalanwalt *Jacobs*³² lediglich dem Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund höheres Gewicht beimessen wollte.

Der zweite auffällige Aspekt an den Ausführungen des Gerichtshofes zu der die Warenverkehrsfreiheit betreffenden Vorlagefrage ist, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme mit keinem Wort erwähnt wird. Sowohl die im Urteil *Cassis de Dijon* und der Folgerechtsprechung entwickelten Ausnahmetatbestände, als auch die Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EGV greifen nur, wenn das Ausmaß der Beeinträchtigung des Warenverkehrs zu dem verfolgten Ziel nicht außer Verhältnis steht.³³ Das völlige Fehlen entsprechender Ausführungen ist umso bemerkenswerter, als Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit - und damit der Rechtfertigungsfähigkeit des StrEG insgesamt - äußerte.³⁴ Der Gerichtshof wollte offenbar - und das wird auch an anderer Stelle des Urteils deutlich³⁵ - die Regelung des StrEG um jeden Preis billi-

²² Entspricht § 3 EEG.

²³ Die als Härteklausele betitelte Vorschrift des § 4 StrEG bezweckte eine großräumige Verteilung der durch das StrEG entstehenden Kosten, indem diese teilweise auf das dem aufnahmepflichtigen Unternehmen vorgelagerte EVU der höheren Versorgungsstufe abgewälzt werden konnten, vgl. BT-Drs. 13/5375, S. 5. Diese Regelung hat sich aus verschiedenen Gründen nicht bewährt und wurde im EEG durch ein anderes Ausgleichsmodell ersetzt, vgl. § 11 EEG.

²⁴ LG Kiel (oben Fn. 19), S. 32.

²⁵ EuGH 11. 7. 1974 - 8/74 - *Dassonville*, Slg. 1974, S. 837, Rz. 5.

²⁶ EuGH (oben Fn. 1), Rz. 71.

²⁷ § 1 StrEG, ebenso jetzt § 2 EEG.

²⁸ EuGH 20. 2. 1979 - 120/78 - *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649.

²⁹ *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., München (D), 1999, Rz. 1299 f.; instruktiv auch *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl., Neuwied/Kriftel/Berlin (D), 1996, Rz. 1139.

³⁰ Etwa EuGH 20. 9. 1988 - 302/86 - *Kommission/Dänemark*, Slg. 1988, S. 4607, Rz. 9.

³¹ So *Ruge*, Anmerkung zu EuGH 13. 3. 2001 - C-379/98 - *PreussenElektra*, EuZW 2001, S. 247 (248).

³² *Jacobs* (oben Fn. 20), Rz. 230 ff.

³³ Vgl. nur *Oppermann* (oben Fn. 29), Rz. 1300 und 1308.

³⁴ *Jacobs* (oben Fn. 20), Rz. 234 ff.

³⁵ Vgl. hierzu unten bei Fn. 77.

gen, vielleicht um damit die Energiepolitik der EU, die, wie bereits geschildert, die Förderung der Stromgewinnung aus erneuerbaren Energien zu einem ihrer Ziele erkoren hat, zu stützen.³⁶ Nur so lässt sich erklären, dass er trotz der offensichtlich ungenügenden Sachaufklärung zu den Auswirkungen des StrEG auf den innergemeinschaftlichen Stromhandel³⁷ kategorisch feststellt, dass „eine Regelung wie das (...) Stromspeisungsgesetz beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts (...) nicht gegen Art. 30 EGV (jetzt Art. 28 EGV, Anm. d. Verf.) verstößt.“³⁸

2. StrEG keine Beihilfe

Im Hinblick auf Art. 28 EGV sah der EuGH den Tatbestand einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung noch grundsätzlich als gegeben an. Dagegen verneint der Gerichtshof bereits das Vorliegen einer Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 GG.³⁹ Von dieser Vorschrift seien nämlich nur solche Beihilfen erfasst, die „unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.“⁴⁰ Dies sei nach der Regelung des StrEG nicht der Fall, eine „unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel“⁴¹ auf die geförderten Unternehmen finde nicht statt.

Diese Begründung muß angesichts des Wortlautes des Art. 87 EGV überraschen, wonach im Grundsatz „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 (sind), soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Unumstritten ist, dass sowohl nach dem Wortlaut der Norm („gleich welcher Art“) als auch nach der Intention des EGV der Begriff der Beihilfe weit auszulegen ist.⁴² Alle staatlichen Begünstigungen von Unternehmen und Produktionszweigen, die nicht durch eine marktgemäße Gegenleistung des Begünstigten kompensiert werden, fallen darunter.⁴³ Dass die Regelung des StrEG zugunsten der Betreiber von alternativen Stromerzeugungsanlagen eine Begünstigung in diesem Sinne

darstellt liegt auf der Hand. Diese erhalten durch die Regelungen der §§ 2 und 3 StrEG zweifelsohne einen finanziellen Vorteil, ohne eine marktgemäße Gegenleistung zu erbringen, denn das für die Einspeisung nach § 3 StrEG von den Netzbetreibern zu zahlende Entgelt liegt weit oberhalb des am Markt erzielbaren Preises und beinhaltet somit einen erheblichen Subventionsanteil.

Fraglich ist allein, ob die Beihilfen staatliche sind oder jedenfalls solche, die aus staatlichen Mitteln gewährt werden.⁴⁴ Denn dieser Subventionsanteil wird nicht vom Staat, sondern gerade von den durch §§ 2, 3 StrEG in Anspruch genommenen Netzbetreibern finanziert. Entsprechend wurde in Teilen der Literatur der Beihilfecharakter der Regelung verneint.⁴⁵ Dieser Argumentation ist nunmehr auch der EuGH gefolgt. Dies war nicht unbedingt zu erwarten, lassen sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH doch zwei konträre Linien feststellen.

a. Die bisherige Rechtsprechung zur „Staatlichkeit“ der Beihilfen

Eine dieser Rechtsprechungslinien ist diejenige, in deren Tradition der Gerichtshof die *PreussenElektra*-Entscheidung selbst stellt,⁴⁶ nämlich die Urteile *van Tiggele*⁴⁷ und *Slooman Neptun*.⁴⁸ In der Tat taucht bereits in diesen Entscheidungen die Formulierung auf, dass Beihilfen im Sinne des Art. 87 EGV unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln stammen müssen.⁴⁹

Daneben gab es aber auch Urteile, in denen der Gerichtshof gerade andersherum entschieden und es als unwesentlich angesehen hat, ob eine Beihilfe aus Mitteln des Staatshaushaltes stammte: „Bereits aus dem Wortlaut des Artikels 92 Absatz 1 ergibt sich, dass staatliche Beihilfen nicht nur solche sind, die aus staatlichen Mitteln finanziert worden sind.“⁵⁰ Nicht auf die Herkunft der Mittel sollte es also ankommen, entscheidend für die Anwendbarkeit des Art. 87 Abs. 1 EGV und damit der gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegelungen sollte

³⁶ So *Ruge* (oben Fn. 31), S. 248.

³⁷ Vgl. die Ausführungen von Generalanwalt *Jacobs*, der dem Gerichtshof sogar nahegelegt hat, die mündliche Verhandlung zum Zweck der weiteren Sachaufklärung wieder zu eröffnen (oben Fn. 20), Rz. 195 f.

³⁸ Vgl. dagegen die skeptische Formulierung von Generalanwalt *Jacobs* (oben Fn. 20), Rz. 239.

³⁹ Über eine eventuelle Rechtfertigung des StrEG nach Art. 87 Abs. 1 und 2 EGV hätte der EuGH auch nicht zu entscheiden gehabt. Dies wäre im Rahmen des Verfahrens nach Art. 88 EGV Sache der Kommission. Dem vorliegenden LG Kiel ging es – wie oben bei Fn. 24 geschildert – allein um die Klärung der Frage, ob das StrEG eine Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt und daher gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV hätte notifiziert werden müssen.

⁴⁰ EuGH (oben Fn. 1) Rz. 58.

⁴¹ EuGH (oben Fn. 1) Rz. 59.

⁴² v. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, EGV-Kommentar, München (D), 1998, Art. 92 (a.F.) Rz. 5 m.w.N.; *Rawlinson*, in: *Lenz* (Hrsg.), EGV-Kommentar, 2. Aufl., Köln (D), 1999, Art. 87 Rz. 2; siehe auch *Hoischen*, Die Beihilferegelung in Art. 92 EWGV, Köln/Berlin/Bonn/München (D), 1989, S. 42 ff.; *Oldiges*, Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996, NVwZ 2001, S. 280 (281).

⁴³ EuGH 15. 3. 1994 – C-387/92 – *Banco Exterior*, Slg. 1994, I-877, Rz. 12 ff.; EuGH 26. 9. 1996 – C-241/94 – *Frankreich/Kommission*, Slg. 1996, I-4551 Rz. 20, 34; *Geiger*, EGV-Kommentar, 2. Aufl., München (D), 1995, Art. 92 (a.F.) Rz. 9 ff.; *Hoischen*, aaO (Fn. 42), S. 4 f.

⁴⁴ Auch im Verfahren vor dem EuGH wurde von keinem Beteiligten bestritten, dass alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EGV erfüllt sind, vgl. *Jacobs* (oben Fn. 20), Rz. 112.

⁴⁵ *Pohlmann*, Rechtsprobleme der Stromspeisung nach dem Stromspeisungsgesetz, Köln/Berlin/Bonn/München (D), 1996, S. 62 ff.; *Falk*, Die materielle Beurteilung des deutschen Stromspeisungsgesetzes nach europäischem Beihilferecht, ZIP 1999, S. 738 (739); *Mengers* (oben Fn. 16), S. 29 (30); *Pünder*, Die Förderung alternativer Energiequellen durch das Stromspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts, NJW 1999, S. 1059; *Gellermann* (oben Fn. 17), S. 514. Den Beihilfecharakter bejahend dagegen *Richter*, Die Unvereinbarkeit des Stromspeisungsgesetzes mit europäischem Beihilferecht, RdE 1999, S. 23 (24 f.); *Iro*, Die Vereinbarkeit des Stromspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RdE 1998, S. 11 (13 f.); *Salje*, Die Vereinbarkeit des Stromspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RIW 1998, S. 186 (188); *Ritgen*, Stromspeisungsgesetz und europäisches Beihilfenaufsichtsrecht, RdE 1999, S. 176 (179 ff.).

⁴⁶ EuGH (oben Fn. 1), Rz. 58.

⁴⁷ EuGH 24. 1. 1978 – 82/77 – *van Tiggele*, Slg. 1978, S. 25.

⁴⁸ EuGH 17. 3. 1993 – C-72/91 und C-73/91 – *Slooman Neptun*, Slg. 1993, I-887.

⁴⁹ EuGH (oben Fn. 47), Rz. 25; EuGH (oben Fn. 48), Rz. 19. Vgl. auch EuGH 30. 11. 1993 – C-189/91 – *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, Rz. 16 und die Kammerentscheidungen EuGH 7. 5. 1998 – C-52/97 bis C-54/97 – *Viscido*, Slg. 1998, I-2629, Rz. 13; EuGH 1. 12. 1998 – C-200/97 – *Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907, Rz. 35; EuGH 17. 6. 1999 – C-295/97 – *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735, Rz. 35.

⁵⁰ EuGH 30. 1. 1985 – 290/83 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1985, S. 439, Rz. 14.

letztlich allein sein, ob die Beihilfeleistung dem Staat zugerechnet werden kann.⁵¹ Deshalb hat der Gerichtshof es auch als vollkommen gleichgültig angesehen, ob der gewährte Vorteil „ganz oder teilweise durch Beiträge finanziert wird, die von Staats wegen von den betreffenden Unternehmen erhoben werden“.⁵² Von dieser, nach dem Wortlaut des Art. 87 EGV jedenfalls naheliegenden Rechtsprechung, hat sich der Gerichtshof nunmehr verabschiedet, übrigens ohne sie auch nur mit einem Wort zu erwähnen. Nunmehr sollen Beihilfen im Sinne des Art. 87 EGV nurmehr solche sein, die – wie erwähnt – unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln stammen, die zu einer Übertragung staatlicher Mittel auf die Begünstigten führt. In dieser Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EGV stehen die beiden Alternativen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln“ nicht mehr alternativ nebeneinander, vielmehr geht es nunmehr darum, ob die Beihilfen aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Das Tatbestandsmerkmal „staatlich“ kennzeichnet lediglich diejenigen aus staatlichen Mitteln finanzierten Beihilfen, die auch unmittelbar durch den Staat gewährt werden.⁵³

Betrachtet man nun die vom EuGH in Bezug genommenen Urteile *van Tiggele* und *Sloman Neptun* etwas genauer,⁵⁴ so zeigt sich, dass sie die Entscheidung im Fall *PreussenElektra* jedenfalls nicht in der Art und Weise präjudizieren, wie der Gerichtshof glauben machen will.

Der Rechtssache *Sloman Neptun* lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach einer Regelung im deutschen Flaggenrechtsgesetz sind unter gewissen Voraussetzungen die deutschen Lohnregelungen auf ausländische Seeleute auf unter deutscher Flagge fahrenden Schiffen nicht anwendbar. Hintergrund der Regelung ist es, ein weiteres Ausflaggen von Schiffen zu verhindern. Die Unanwendbarkeit der deutschen Tarifbedingungen führt dazu, dass wegen der niedrigeren Löhne der ausländischen Seeleute von den Reedereien auch weniger Steuern und Sozialbeiträge abgeführt werden müssen. Die Verringerung der staatlichen Einnahmen an Steuern und Sozialabgaben führt aber automatisch zu einer entsprechenden Belastung staatlicher Mittel. An der Staatlichkeit der Beihilfen war in diesem Fall also gar nicht zu zweifeln. Der EuGH hat denn auch maßgeblich darauf abgestellt, dass „eine eventuelle Einbuße an Steuererträgen infolge der geringen Höhe der Vergütungen (...) einer solchen Regelung immanent“ seien, und kein Mittel darstellen, um den betroffenen Unternehmen einen bestimmten Vorteil zu gewähren.⁵⁵ Mit anderen Worten, darauf, ob die Vorteilsgewährung zugunsten der Reedereien aus staatlichen Mitteln gewährt wurden oder nicht, kam es dem EuGH gar nicht an. Die Ausführungen hierzu sind daher als bloße obiter dicta zu bezeichnen.

Bedeutung hatte die Frage nach der Staatlichkeit der Beihil-

fen dagegen im Fall *van Tiggele*. In diesem ging es – ähnlich wie im vorliegenden – um staatliche Preisregelungen zugunsten bestimmter Verkäufer. Für diesen Fall hatte der EuGH damals entschieden, dass die Lasten der Fördermaßnahme allein die Verbraucher zu tragen hätten; die Vorteile auf Seiten der geförderten Verkäufer stammten weder unmittelbar noch mittelbar aus staatlichen Mitteln, weshalb keine staatliche Beihilfe vorläge.

Die Regelung des deutschen Stromeinspeisungsgesetzes ist mit dem der Entscheidung *van Tiggele* zugrunde liegenden Sachverhalt trotz gewisser Ähnlichkeiten nicht vergleichbar. Zum einen wird beim StrEG die Preisfestsetzung durch eine Abnahmepflicht flankiert.⁵⁶ Neben die Festsetzung der wichtigsten Modalität des Vertrages zwischen Käufer und Verkäufer – eben des Preises – tritt damit für den Käufer ein Zwang zum Vertragsschluss. Zudem werden gerade nicht die Verbraucher verpflichtet, den festgesetzten Preis mit seinem erheblichen Subventionsanteil zu bezahlen, sondern Unternehmen, die mit den zu fördernden Stromerzeugern im Wettbewerb stehen. Tatsächlich sind nämlich die durch das StrEG verpflichteten Unternehmen regelmäßig auch selbst als Stromerzeuger tätig. Diese können zwar die zu leistenden Subventionen – jedenfalls in gewissem Rahmen – auf die Endverbraucher abwälzen. In einem liberalisierten Strommarkt sind einer solchen Weitergabe der Kosten aber Grenzen gesetzt: Das StrEG richtet sich zwar grundsätzlich an alle Netzbetreiber. Tatsächlich sind diese aber nicht in gleicher Weise betroffen. Vielmehr sind diejenigen Netzbetreiber stärker belastet, in deren Gebiet besonders günstige natürliche Bedingungen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen bestehen. Diese konkurrieren aber auf dem Markt mit Unternehmen, die von dem Regime des StrEG ungleich weniger oder – im Falle von ausländischen EVU – überhaupt nicht belastet werden.⁵⁷

Anders als bei einer reinen staatlichen Preisfestsetzung hat das StrEG also erhebliche Wettbewerbsverzerrungen zur Folge. Die leichthändige Art, mit der der EuGH diese Zwangsubventionierung von Konkurrenten aus dem Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegimes ausnimmt, muss daher erstaunen. Dies umso mehr, als er in der Rechtssache *Steinike und Weinlig*⁵⁸ die Beihilfequalität für eine gesetzliche Regelung bejaht hat, die mit derjenigen des StrEG mindestens ebenso viel Ähnlichkeit besitzt wie die im Fall *van Tiggele* behandelte. Im Fall *Steinike und Weinlig* war durch Gesetz ein „Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft“ eingerichtet worden.⁵⁹ Dieser Fonds hatte vor allem die Förderung des Exportes von Erzeugnissen der genannten Branche zur Aufgabe. Er wurde durch Beiträge von in dieser Branche tätigen Betrie-

⁵¹ So ausdrücklich EuGH 2. 2. 1988 – 67/85, 68/85 und 70/85 – *van der Kooy*, Slg. 1988, S. 219.

⁵² EuGH 22. 3. 1977 – 78/76 – *Steinike und Weinlig*, Slg. 1977, S. 595, Rz. 22.

⁵³ EuGH (oben Fn. 1), Rz. 58.

⁵⁴ Die übrigen in Rz. 58 der *PreussenElektra*-Entscheidung (vgl. oben Fn. 1) zitierten und in Fn. 49 genannten Urteile können dabei außer Betracht bleiben. Der EuGH verweist dort jeweils lediglich auf die Urteile *van Tiggele* und *Sloman Neptun*, die insofern als Leitentscheidungen betrachtet werden können.

⁵⁵ EuGH (oben Fn. 48), Rz. 21.

⁵⁶ Auf diesen Unterschied weist zutreffend hin: *Ritgen* (oben Fn. 45), S. 184.

⁵⁷ Diese unterschiedliche Belastung soll im neuen EEG durch eine bundesweite Ausgleichsregelung behoben werden (vgl. § 11 EEG), nachdem die Härteklausele des StrEG nur eine Belastungsverteilung zwischen den EVU der verschiedenen Versorgungsunternehmen einer Region vorsah, s. hierzu *Raabe/Meyer* (oben Fn. 8), S. 1299; *Salje*, Vorrang für Erneuerbare Energien, RdE 2000, S. 125 (129 f.).

⁵⁸ EuGH (oben Fn. 52).

⁵⁹ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Absatzfonds war Gegenstand des Urteils des BVerfG (D) 31. 5. 1990, BVerfGE 82, S. 159.

ben finanziert. Der Fonds selbst war eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Der EuGH hat zu diesem System ausgeführt, dass eine staatliche Maßnahme, die bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse begünstigt, den Charakter einer Beihilfe nicht dadurch verliert, dass sie ganz oder teilweise durch Beiträge finanziert wird, die von den betreffenden Unternehmen erhoben werden.⁶⁰ Mit anderen Worten: die Tatsache, dass nicht Mittel des ordentlichen Staatshaushaltes, sondern durch eine Sonderabgabe der geschilderten Art erlangte Gelder an die Subventionsempfänger verteilt werden, hindert die Qualifizierung als Beihilfe i.S.d. Art. 87 Abs. 1 EGV nicht. Wenn aber die Subventionierung von Unternehmen mit Mitteln, die von diesen oder anderen Unternehmen zuvor durch eine Abgabe der genannten Art erhoben wurden, eine Beihilfe darstellt, so kann für die Regelung des StrEG nichts anderes gelten. Der Unterschied zwischen den beiden Systemen ist rein formal. Allein die Tatsache, dass im einen Fall die den Begünstigten zur Verfügung gestellten Mittel den Weg über eine staatliche Stelle nehmen, während sie im anderen Fall unmittelbar von einem Unternehmen zum anderen fließen, kann nicht entscheidend sein, zumal, wenn es, wie der Gerichtshof an anderer Stelle festgestellt hat, maßgeblich auf die Wirkung der fraglichen Regelung ankommt.⁶¹

Entscheidender Gesichtspunkt für die Subsumtion der Regelung des StrEG unter den Beihilfebegriff des EGV ist jedoch nicht so sehr die Vergleichbarkeit mit einem der genannten Präjudizien,⁶² sondern Sinn und Zweck⁶³ des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbotes unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung.

b. Sinn und Zweck des Beihilfeverbotes als Gesichtspunkt für die Einstufung als Beihilfe

Ein freiheitliches Gemeinwesen ist ohne freiheitliche Wirtschaftsordnung nicht denkbar.⁶⁴ Auch dem Gemeinschaftsrecht liegt die Vorstellung einer freien, marktwirtschaftlich geprägten Wirtschaftsordnung mit freiem Wettbewerb (Art. 4 Abs. 1 EGV) zugrunde. Dies zeigt sich neben den durch die

Grundfreiheiten geschaffenen Rechten der Einzelnen, sich grenzüberschreitend wirtschaftlich zu betätigen, maßgeblich auch in den Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 ff. EGV.⁶⁵ Der Staat ist selbstverständlich auch in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nicht gehindert, gestaltend und lenkend in den Wirtschaftsprozess einzugreifen, sei es aus von den zuständigen Stellen, insbesondere dem Gesetzgeber, autonom gesetzten Zwecken, sei es, um Vorgaben des Verfassungs-, Gemeinschafts- oder sonstigen überstaatlichen Rechts zu erfüllen. Selbstverständlich ist der Schutz der Umwelt legitimer Zweck staatlicher Lenkung und Regelung. Dies ist sowohl im europäischen Gemeinschaftsrecht,⁶⁶ als auch im deutschen Verfassungsrecht⁶⁷ anerkannt. Entscheidend ist jedoch die Beachtung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme: die freie, von staatlichen Ingerenzen unbeeinflusste Wirtschaft ist die Regel, staatliche Einflussnahme die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.⁶⁸

Neben diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis ist stets die Form staatlicher Wirtschaftslenkung im Auge zu behalten. Die Formgebundenheit staatlichen Handelns ist rechtsstaatliches Gebot.⁶⁹ Hierdurch wird staatliches Handeln berechenbar, wird die Zuordnung staatlicher Handlungen an die handelnden Organe ermöglicht und damit die Einhaltung der Kompetenzordnung überprüfbar.⁷⁰ Klassische staatliche Handlungsformen wie Ge- und Verbote durch Gesetz und Verwaltungsakt werden jedoch zunehmend als unzureichend empfunden. Immer neue Mittel und Formen staatlicher Einflussnahme und Steuerung lassen sich beobachten,⁷¹ die um der Begrenzung staatlicher Allmacht willen jeweils der rechtsstaatlichen Bändigung bedürfen.⁷²

Ein vergleichsweise altbekanntes Mittel staatlicher Wirtschaftslenkung ist das der Subvention. Dieses scheint auf den ersten Blick vergleichsweise unproblematisch, tritt der Staat hier doch lediglich als großzügiger Verteiler von Geldern auf. Allerdings können Subventionen zu erheblichen Wettbe-

⁶⁰ EuGH (oben Fn. 52), Rz. 21.

⁶¹ EuGH 2. 7. 1974 – 173/73 – *Italien/Kommission*, Slg. 1974, S. 709, Rz. 26/28; EuGH (oben Fn. 43), Rz. 20.

⁶² Die Diskussion, ob die Regelung des StrEG eher mit dem rein preisrechtlichen System im Fall *van Tiggele* oder aber dem Sonderabgabenregime aus dem Fall *Steinike und Weinlig* zu vergleichen ist, findet ihre Entsprechung in der Debatte um die Vereinbarkeit des StrEG mit dem deutschen Grundgesetz. Auch hier spielt der Unterschied zwischen preisrechtlichen Regelungen und Sonderabgaben eine entscheidende Rolle. Vgl. hierzu *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen des Stromeinspeisungsgesetzes, ET 1996, S. 94; *Friauf*, Das Stromeinspeisungsgesetz als Mittel einer unzulässigen Zwanssubventionierung zu Lasten privater Unternehmen, ET 1995, S. 597; *Arndt*, Zur verfassungsrechtlich Zulässigkeit subventionierender Vergütung nach dem Stromeinspeisungsgesetz vom 7. 12. 1990, RdE 1995, S. 41; *Pohlmann*, Der Streit um das Stromeinspeisungsgesetz vor dem Grundgesetz, NJW 1997, S. 545; *Theobald*, Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, NJW 1997, S. 550; *Blanke/Peilert*, Zur Verfassungsmäßigkeit energiewirtschaftlicher Subventionsregime, RdE 1999, S. 96 (97 ff.); *Dederer/Schneller*, Garantierte Stromeinspeisungs-Vergütung versus Zertifikats-Handelsmodell, RdE 2000, S. 214 (215 ff.).

⁶³ Zur besonderen Bedeutung der teleologischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht s. *P. Meyer*, Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, S. 455 (456); *Streinz*, in: Festschrift Everling, Baden-Baden (D), 1995, S. 1491.

⁶⁴ Zur Bedeutung grundrechtlicher Freiheiten für die Wirtschaftsverfassung vgl. *Di Fabio*, Art. 2 Abs.1, Rz. 76, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt, Stand 2001 (im Erscheinen).

⁶⁵ *Mestmäcker*, in: Festschrift Willgerodt, Stuttgart (D), 1994, S. 263 (270); *Schmidt-Preuß*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion, DVBl. 1993, S. 236 (237).

⁶⁶ Art. 2, 3 Abs. 1 lit. I, 174 ff. EGV. Allgemein zum Gemeinschaftsziel „Umweltschutz“ *Schröder*, in: *Rengeling*, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Köln/Berlin/Bonn/München (D), 1998, Bd. I, § 9.

⁶⁷ Art. 20 a GG. Ob sich aus diesem Verfassungsauftrag indes eine staatliche Pflicht zur Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien ableiten lässt (so *Behrends*, Schutz der Umwelt (Art. 20a GG) und gesetzgeberische Behandlung der regenerativen Energieerzeugung, KJ 2000, S. 376) erscheint doch sehr fraglich.

⁶⁸ *Di Fabio* (oben Fn. 64); zur Geltung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses im Rahmen des Art. 87 EGV instruktiv v. *Danwitz*, Grundfragen der Europäischen Beihilfenaufsicht, JZ 2000, S. 429 (430).

⁶⁹ Das Rechtsstaatsprinzip ist unionsrechtlich verankert in Art. 6 Abs. 1 EUV.

⁷⁰ *Kirchhof*, in: *Isensee/ders* (Hrsgg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl., Heidelberg (D), 1996, § 59, Rz. 40.

⁷¹ S. die Beispiele bei *Kloepfer*, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, S. 737.

⁷² Vgl. zu verschiedenen neuartigen Handlungs- und Steuerungsformen *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (268 f.); *ders.*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationsstätigkeit, JZ 1993, S. 689; *ders.*, Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, S. 1; *ders.*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft – Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, JZ 1997, S. 969.

werbsverzerrungen führen. Die wirtschaftliche Ausgangslage wird durch die staatliche Begünstigung einzelner Wirtschaftsteilnehmer regelmäßig zu Lasten von deren Konkurrenten verändert.⁷³ Der EGV sieht daher in Art. 87 Abs. 1 ein grundsätzliches Verbot von Beihilfen vor. Die Mitgliedstaaten sollen gerade gehindert werden, durch die Subventionierung einzelner Unternehmen den Wettbewerb zu verzerren und dadurch den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.⁷⁴ Dieses Ziel des EGV hat der Gerichtshof mit seiner Entscheidung im Fall *PreussenElektra* durchkreuzt. Stellen nämlich, wie geschildert, Subventionen im herkömmlichen Sinne schon eine erhebliche Gefahr für den freien Wettbewerb dar, so gilt dies umso mehr für Regelungen, wie die des StrEG. Bei ersteren nämlich sind den Staaten einerseits rechtlich durch das Haushalts- und das Finanzverfassungsrecht (insbesondere bei Verschonungssubventionen und Sonderabgaberegimen) und andererseits schlicht durch die Begrenztheit staatlicher Mittel noch gewisse Grenzen gezogen. Die nunmehr gemeinschaftsrechtlich gewährte Möglichkeit, frei von solchen Bindungen Private zur Subventionierung anderer Privater zu verpflichten, eröffnet den Staaten schier unbegrenzte Möglichkeiten zu wettbewerbsverzerrenden Maßnahmen – sofern ihnen dabei nicht das nationale Verfassungsrecht entgegen steht.⁷⁵ Hinzu kommt, dass staatliche Beihilfen im klassischen Sinne lediglich den Beihilfeempfänger stärken und sich auf den Konkurrenten nur mittelbar auswirken. Bei der Verpflichtung des einen Wettbewerbers, den anderen zu subventionieren, wird der in Pflicht genommene darüber hinaus auch noch selbst finanziell geschwächt. Die Wettbewerbsverfälschung verstärkt sich dadurch erheblich. Eine derartige Umgehung der gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegulungen ist somit nicht nur aus den genannten rechtsstaatlichen Gründen sondern auch von ihrer Wirkung her bedeutend problematischer als die Gewährung von Beihilfen im herkömmlichen Sinne.⁷⁶

Der EuGH hätte nach alledem gut daran getan, den Beihilfecharakter der Regelung des StrEG zu bejahen. Sowohl der Wortlaut des Art. 87 Abs. 1 EGV mit seiner Unterscheidung von staatlichen Beihilfen einerseits und solchen aus staatlichen Mitteln andererseits, als auch die bisherige Rechtsprechung hätten hierfür eine gute Stütze abgeben können. Nach Sinn und Zweck des Beihilfeverbotes wäre eine solche Entscheidung sogar zwingend gewesen.

Der Gerichtshof ist bei seinem offensichtlichen Bemühen, die Politik der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern zu billigen,⁷⁷ erkennbar über das Ziel hinaus geschossen. Denn auch bei einer Anwendung der Beihilfenvorschriften auf das StrEG wäre der Stab darüber noch nicht gebrochen worden. Vielmehr hätte dann die Kommission, so wie schon nach Erlass des StrEG in Jahre 1990,⁷⁸ die Regelung

im Rahmen des Verfahrens des Art. 88 EGV auf ihre Vereinbarkeit mit den allerdings grundsätzlich eng auszulegenden⁷⁹ Ausnahmetatbeständen der Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV überprüfen und gegebenenfalls genehmigen können. Als Ausnahme kommt hier konkret Art. 87 Abs. 3 lit. b EGV in Betracht.⁸⁰ Die Beihilfe des StrEG dient, wie bereits mehrfach erwähnt, der Förderung der Stromgewinnung aus regenerativen Energien, also der Ressourcenschonung und dem Klimaschutz und somit dem Umweltschutz. Umweltschutz liegt aber, wie sich schon aus Art. 174 ff. EGV ergibt, im gemeinsamen europäischen Interesse. Auch konkret die Förderung der Nutzung erneuerbarer Energiequellen ist, wie gezeigt, gemeinschaftsrechtlich anerkannt.⁸¹ Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Förderung der Betreiber von Anlagen zur Stromerzeugung aus regenerativen Energieträgern nach dem StrEG unter die Ausnahmevorschrift des Art. 87 Abs. 3 lit. b EGV fällt. Die Kommission hätte demnach zu entscheiden, ob die vom StrEG bewirkten Auswirkungen auf den Gemeinsamen Markt im Hinblick auf das mit ihnen verfolgte Ziel verhältnismäßig sind⁸² und entsprechend ihrem pflichtgemäßen Ermessen⁸³ zu entscheiden.⁸⁴

IV. Ausblick

Das Stromeinspeisungsgesetz ist als ordnungspolitischer Sündenfall bezeichnet worden.⁸⁵ Nach der gemeinschaftsrechtlichen Billigung durch den EuGH steht zu befürchten, dass die Phantasie mitgliedstaatlicher Politik neue Nahrung erhält. Die Neigung, weiter in dieser Art zu sündigen, sollte angesichts der ohnehin zu beobachtenden Tendenz der Mitgliedstaaten, die gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenvorschriften systematisch zu umgehen⁸⁶ nicht unterschätzt werden.⁸⁷ Die Versuchung, großzügig Subventionen verteilen zu können ohne gleichzeitig Verluste an der Front der Haushaltskonsolidierung vermelden zu müssen, erscheint gerade in Wahlkampfzeiten nur allzu groß.

Erlass des StrEG, vgl. *Iro* (oben Fn. 45), S. 11 mit Fn. 3, davon aus, dieses enthalte keine nach Art. 88 Abs. 3 EGV notifizierungspflichtige Beihilfe, s. die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundeswirtschaftsministerium *Mosdorf* auf eine entsprechende parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 14/3577, S. 26.

⁷⁹ Zum Grundsatz der restriktiven Auslegung von Ausnahmenvorschriften in der Rechtsprechung des EuGH s. *Schilling*, *Singularia non sunt extendenda*. Die Auslegung der Ausnahme in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1996, S. 44.

⁸⁰ *Richter* (oben Fn. 45), S. 29 ff.; *Falk* (oben Fn. 45), S. 741 ff.

⁸¹ Vgl. oben Fn. 7.

⁸² Zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Ausnahmen vom Beihilfeverbot s. v. *Wallenberg* (oben Fn. 42) Rz. 42 ff.; *Hoischen* (oben Fn. 42), S. 112 ff., jeweils mwN.

⁸³ Zur Ermessensausübung im Rahmen des Art. 87 Abs. 3 EGV s. v. *Danwitz* (oben Fn. 68), S. 433.

⁸⁴ Für grundsätzlich rechtfertigungsfähig hält das StrEG *Falk* (oben Fn. 45). Dagegen jedoch *Salje* (oben Fn. 45), S. 189; *Richter* (oben Fn. 45), S. 28 ff.

⁸⁵ *Klinger*, in: Festschrift für Bodo Börner, Köln/Berlin/Bonn/München (D), 1992, S. 541.

⁸⁶ *Koenig/Kühling*, Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs, EuZW 1999, S. 517 (518).

⁸⁷ Generalanwalt *Jacobs* (oben Fn. 20), Rz. 158, hält diese Gefahr deshalb für gering, weil die betroffenen Unternehmen alle rechtlichen und politischen Instrumente nutzen würden, entsprechende Maßnahmen zu bekämpfen; eine erstaunliche Argumentation, wenn er gleichzeitig dafür plädiert, ihnen eines dieser Mittel aus der Hand zu schlagen.

⁷³ Vgl. hierzu sehr instruktiv *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 1967, S. 257 (301 ff.).

⁷⁴ *Rawlinson*, in: *Lenz*, EGV-Kommentar, 2. Aufl., Köln (D), 1999, Vorbem. Art. 87-89, Rz. 1 f.

⁷⁵ Zur verfassungsrechtlichen Diskussion in Deutschland s. die Nachweise in Fn. 62.

⁷⁶ Vgl. hierzu und zum vorstehenden auch *Kirchhof*, FAZ Nr. 106 v. 8. 5. 2001, S. 11.

⁷⁷ Beifall hierzu bei *Ruge* (oben Fn. 31), S. 248.

⁷⁸ Die Bundesregierung ging, bei Erlass des EEG, anders als noch 1990 bei