

Zur Vereinbarkeit des Ökostrom-Marktmodells mit höherrangigem Recht

Rechtsgutachten

im Auftrag der Elektrizitätswerke Schönau, Greenpeace
Energy e.G. und Naturstrom AG



Rechtsanwalt Christian Maaß, Staatsrat a.D.

Hamburg, 25. Februar 2014

Inhalt

A	Zusammenfassung.....	3
B	Problemaufriss und Fragestellung.....	13
C	Vereinbarkeit mit europäischem Recht	18
	1. Beihilferecht.....	18
	1.1. Macht das Ökostrom-Marktmodell aus dem EEG eine Beihilfe?	19
	1.2. Keine Beihilfe aufgrund von Ermäßigungen zur EEG-Umlage.....	28
	1.3. Übertragung der Grünstromeigenschaft als Beihilfe?	30
	2. Warenverkehrsfreiheit.....	32
	2.1. Wird der mit dem EEG ohnehin verbundene Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch das ÖMM signifikant intensiviert?	33
	2.2. Statuiert das ÖMM neue, eigenständige Marktbarrieren?	36
	3. Binnenmarkt-Richtlinie	38
	4. Erneuerbare-Energien-Richtlinie	44
D	Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	46
	1. Vorrang des Gemeinschaftsrechts.....	46
	2. Grundrechte von Energieversorgungsunternehmen.....	48
	2.1. Art. 12 GG Berufsfreiheit.....	48
	2.2. Art. 3 Abs. 1 GG Gleichheitsgrundsatz	55
	3. Grundrechte Stromkunden, Art. 2 Abs. 1 GG	56
	Literaturverzeichnis.....	63

A Zusammenfassung¹

Problemaufriss

- EEG-Strom ist derzeit nur sehr begrenzt als Ökostrom handelbar. Nach der geplanten Abschaffung des sog. Grünstromprivilegs wäre nach dem EEG geförderter Strom praktisch überhaupt nicht mehr als Ökostrom in Deutschland zu vermarkten.
- Diese Entkoppelung des Produktes Strom von der Kennzeichnung seiner Qualität ist problematisch:
 - Das Ziel der Direktvermarktung, deutschen Grünstrom an den Markt heran zu führen verlangt, dass Grünstrom im Wettbewerb langfristig ohne besondere Förderung bestehen soll. Spätestens dann muss auch die Grünstromeigenschaft marktfähig sein. Zu einer schrittweisen Heranführung der Erneuerbaren Energien an den Markt gehört somit auch, den Wert der Grünstromeigenschaft in den Markt einzuführen.
 - Energiewirtschaftlich attraktive regionale Vermarktungsmodelle, werden verhindert oder zumindest deutlich erschwert. Die Möglichkeit, hierüber zusätzliche Anreize zur verbesserten Systemintegration der EE-Anlagen zu setzen, wird verbaut.
 - Die Potenziale des freiwilligen Ökostrommarkts, durch den Erwerb der Grünstromeigenschaft eine Entlastung der EEG-Umlage zu bewirken, werden nicht gehoben.
- Den energiewirtschaftlichen Chancen von Modellen, welche die Grünstromeigenschaft direkt vermarktetem Strom überlassen, werden auch vom EEG-Erfahrungsbericht 2011 gesehen. Den Vorteilen stehen rechtliche Unsicherheiten gegenüber, die bisher nur zum Verfassungsrecht gutachterlich untersucht wurden. Dieses Gutachten schließt diese Lücke. Es verfolgt das Ziel, in dem europa- und verfassungsrechtlich sensiblen Kontext des EEGs keine zusätzlichen rechtlichen Risiken für die grundsätzliche Fortgeltung des EEG zu schaffen.
- Das Ökostrom-Marktmodell (ÖMM) sieht vor, dass Strom aus nach dem EEG geförderten Anlagen unter bestimmten Bedingungen als Ökostrom vermarktet werden darf. Strom aus der Direktvermarktung von EEG-Anlagen soll als Ökostrom vermarktet werden dürfen, wenn der Erwerber des Stroms folgende Bedingungen erfüllt:
 - Der Strommix des Energieversorgers (bezogen auf den gesamten Letztabsatz in Deutschland) enthält einen Anteil fluktuierender Erneuerbarer Energien (fEE) aus der Direktvermarktung, der

¹ Dieses Rechtsgutachten ist parallel zu einem Rechtsgutachten für einen weiteren Ökostrom-Anbieter zur rechtlichen Überprüfung der geltenden Regelungen zur Kennzeichnung von Grünstrom erstellt worden. Inhaltliche Überschneidungen beider Gutachten entsprechen dem mit den Auftraggebern verabredeten Vorgehen.

mindestens so hoch ist, wie der Anteil des Stroms aus „Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem EEG“, den der Anbieter gemäß § 54 EEG in der Stromkennzeichnung ausweisen darf. Momentan liegt der Anteil für reine Ökostromanbieter bei 29,4%, mit steigendem Anteil des EEG-Stroms am Strommix steigt der Anteil der im Rahmen des ÖMM zu integrierenden fluktuierenden EE entsprechend. Als *optionale* Variante sehen die Initiatoren des ÖMM die Möglichkeit, dass für die Erfüllung der fEE-Quote auch ausländische Anlagen herangezogen werden können. Diese fEE-Anlagen müssen ihren Strom dann ebenfalls in den Direktvermarktungsbilanzkreis liefern und entsprechend im Kundenlastgang untergebracht werden. Den ausländischen fEE-Anlagen erwächst daraus kein Anspruch auf die Marktprämie, jedoch soll ihr Strom – unter Verwendung von Herkunftsnachweisen – im Rahmen des ÖMM vermarktet werden können.

- Die Teilnehmer am ÖMM müssen eine Entlastung der allgemeinen EEG-Umlage durch Bezahlung des Marktpreises für die Grünstromgesellschaft bewirken; für dieses Gutachten wurde ein Marktpreis von 0,25 Ct/kWh unterstellt;
- ÖMM-Teilnehmer müssen für solche Strommengen, die sie nicht im Bedarfslastgang ihrer Kunden unterbringen können, eine Abgabe von 2 ct/kWh an das EEG-System zahlen.

Für dieses Gutachten wird unterstellt, dass

- der Anteil des nach dem ÖMM vermarkteten Stroms zunächst auf maximal 30% des EEG-Strom aus der Direktvermarktung begrenzt wird – eine solche mengenmäßige Begrenzung ist nicht notwendigerweise mit dem ÖMM verbunden, sie ist optional jedoch zumindest übergangsweise vorstellbar, um Erfahrungen zu sammeln und Befürchtungen einer unkontrollierten Migration von Grünstromeigenschaften zu begegnen;
 - die Teilnehmer am ÖMM das Recht erhalten zur Kennzeichnung des Stroms als „Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem EEG“;
 - die Teilnehmer am ÖMM keine automatische „Zuweisung“ von Grünstrom-Kennzeichnungsrechten aus dem normalen EEG-Mechanismus gem. § 54 EEG erhalten.
- Das ÖMM soll das Marktprämien-Modell ergänzen. Es unterscheidet sich grundlegend vom bisherigen Grünstromprivileg.

Europäisches Beihilferecht

- Die Einführung des ÖMM macht aus dem EEG keine Beihilfe. Die Anforderungen des *PreussenElektra*-Urteils werden vom EEG auch nach Einführung des ÖMM erfüllt. Das ÖMM führt nicht zu einer staatlichen

Verstrickung im System der Förderung der Erneuerbaren Energien. Die Vergütungs- und Wälzungsmechanismen des EEG bleiben unberührt.

- Für eine beihilferechtliche Relevanz könnte argumentiert werden, dass der *PreussenElektra*-Entscheidung ein Fördersystem mit einem Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis zwischen den Zahlern der Stromeinspeise-Umlage und den Anlagenbetreibern als Nutznießern der Förderung zugrunde gelegen haben könnte. Die Kennzeichnung der Grünstromqualität könnte durch die bisherigen Änderungen des EEG bedeutsam geworden sein: Heute findet keine physische, sondern nur eine finanzielle Wälzung statt. Quasi als Surrogat für die physische Lieferung des EE-Stroms tritt an dessen Stelle die Übertragung der Grünstromqualität auf die Energieversorgungsunternehmen, welche diese gegenüber ihren Kunden im Rahmen der Stromkennzeichnung ausweisen. Im Rahmen dieser Argumentation hat die Übertragung der Grünstromqualität eine Bedeutung, weil damit das Grundprinzip Leistung/Gegenleistung zumindest in abgewandelter, wenn auch abstrahierter Weise aufrechterhalten wird.
- Diese Argumentation verkennt, dass ein Austauschverhältnis zwischen den Geldleistungen des Zahlungspflichtigen und den Leistungen des Zahlungsempfängers irrelevant für die Frage ist, ob die zugrundeliegende gesetzlich definierte Zahlungspflicht dem Staat als Beihilfe zuzurechnen ist. Implizit hatte der EuGH bereits im *PreussenElektra*-Urteil eine Gegenleistungspflicht als Zulässigkeitskriterium abgelehnt. Ein Verzicht auf eine individuelle Gegenleistung für die gesetzlich angeordnete Zahlungspflicht macht aus einer Umlage auch keine Abgabe. In den Urteilen *Pearle*, *Essent* und *Doux Élevage* stellt der EuGH alleine auf formale Kriterien ab, um eine Zurechnung der Mittel gegenüber dem Staat zu prüfen.
- Wäre ein Austauschverhältnis Voraussetzung für die Anwendung der *PreussenElektra*-Rechtsprechung, spricht einiges dafür, dass diese Anforderungen spätestens mit der Einführung einer verpflichtenden Direktvermarktung nicht mehr erfüllt wären. Im Ergebnis liegt bei der verpflichtenden Direktvermarktung und der Marktprämie eine vollständige Desintegration der Leistungsbeziehungen bei der Stromlieferung und den Zahlungsströmen der EEG-Umlage vor. Die Zahlungsströme verlaufen in keiner Weise mehr parallel zur Lieferung des Stroms, sondern sind vollständig hiervon entkoppelt.
- Zumindest dürfte ein partieller Eingriff in die Übertragung von Informationsrechten zur Grünstromeigenschaft durch das ÖMM keine wesentliche Veränderung der bereits sehr abstrakten „Leistungsbeziehung“ zwischen Zahlungspflichtigen und Begünstigtem darstellen.
- Mit der Mitteilung der Kommission zur Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes empfiehlt diese den Mitgliedstaaten die Abkehr von Einspeisevergütungen und den Übergang zu Prämien-Modellen. Mit diesen ist notwendigerweise verbunden, dass Stromlieferung und Prämienleistungen nicht im Austauschverhältnis stehen können. Auch, wenn die Kommission damit keine Aussage zur Frage der Beihilfe-Eigenschaft trifft,

spricht die Mitteilung daher dafür, dass eine Abkehr von den in Vergütungssystemen typischen Austauschbeziehungen „Strom gegen Mindestpreis-Zahlung“ von der Kommission gemeinschaftsrechtlich als weniger problematisch angesehen wird.

- Anders als beim Grünstromprivileg besteht beim ÖMM nicht der Verdacht, dass die Regelung aufgrund der Schaffung einer Ausnahme von der EEG-Umlagepflicht eine Beihilfe darstellen könnte. Die Teilnehmer am ÖMM sind wie alle anderen Marktteilnehmer zur Zahlung der vollen EEG-Umlage verpflichtet.
- Auch die Übertragung der Grünstromeigenschaft auf die ÖMM-Teilnehmer stellt keine Beihilfe dar. Erstens erfolgt die Übertragung durch eine gesetzliche Regelung ohne staatliche Intervention in Form eines Fonds o.ä. Zweitens müssen die ÖMM-Teilnehmer den Marktpreis für die Grünstromeigenschaft bezahlen und erlangen damit keinen finanziellen Vorteil gegenüber Wettbewerbern.

Warenverkehrsfreiheit

- Vergleichsmaßstab für die Vereinbarkeit des ÖMM mit der Warenverkehrsfreiheit kann sinnvollerweise nur sein, ob die Einführung des ÖMM zu einer wesentlichen *Erhöhung* des Risikos führt, sodass das EEG vom EuGH als unverhältnismäßiger, rechtswidriger Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit beurteilt werden könnte.
- Zur Beantwortung der Frage, ob das ÖMM zu einer Intensivierung des Eingriffs des EEG in die Warenverkehrsfreiheit führt, muss der in der *PreussenElektra*-Entscheidung herausgearbeitete Eingriffscharakter des EEG zugrunde gelegt werden: Die Eingriffsqualität ergibt sich demzufolge erstens aus der „Sperrwirkung“ für Stromimporte, indem der Einspeisevorrang des EEG faktisch einen Marktanteil für inländische EE-Anlagen reserviert, sowie zweitens aus der Exklusivität der Vergütung für inländisch erzeugten Strom. In beiden Punkten führt das EEG bereits heute zu hohen Marktbarrieren, die durch das ÖMM nicht signifikant erhöht werden.
- Das ÖMM führt auch zu keinen ersichtlichen eigenständigen, neuen Marktbarrieren. Insbesondere stellt die Begrenzung der Übertragbarkeit der Grünstromeigenschaft auf ÖMM-Teilnehmer keine Handelsbarriere dar. Anders als im Fall *Essent II* (Rs. C-204/12 bis C-208/12) erhalten die ÖMM-Teilnehmer für den direkt vermarkteten Strom aus EEG-Anlagen keine getrennt handelbaren Herkunftsnachweise, sondern nur das gesetzliche, nicht-handelbare Recht zur Kennzeichnung einer erworbenen Strommenge als Grünstrom, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind. Es fehlt daher von vorneherein an einer handelbaren Ware als Anknüpfungspunkt für einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit.
- Die jüngst im Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland zur Gemeinschaftsrechtskonformität (Art. 30 und 110 AEUV) des EEG geäußerten Bedenken der Europäischen Kommission gegenüber dem Grünstromprivileg im

Hinblick auf mögliche Wettbewerbsnachteile europäischer Grünstromhändler stehen dem ÖMM nicht im Wege. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es sich – anders als beim Grünstromprivileg - bei der vorgeschlagenen Regelung nicht um eine Ausnahme vom EEG handelt. Für die nach dem ÖMM vermarktete Menge Grünstrom ist die EEG-Umlage in voller Höhe zu zahlen. Eine entsprechende Rechtsänderung würde lediglich die Vermarktung von Strom aus deutschen, nach dem EEG geförderten Anlagen mit Strom aus ausländischen, nach dortigen Förderregelungen geförderten Anlagen gleichstellen. Aus Artikel 15 Abs. 2 UAbs. 3 der Richtlinie 2009/28/EG (Erneuerbare-Energien-Richtlinie) ergibt sich zudem, dass eine Vermarktung von Grünstrom aus geförderten Anlagen nach dem Gemeinschaftsrecht zulässig ist.

Binnenmarkt-Richtlinie 2009/72/EG

- Prüfungsmaßstab für die Vereinbarkeit des ÖMM mit der Binnenmarkt-RL kann sinnvollerweise nur sein, ob die Einführung des ÖMM zu einer wesentlichen *Erhöhung* des Risikos führt, dass das EEG i.V.m. § 42 EnWG von der Kommission oder dem EuGH als rechtswidrig beurteilt werden könnte.
- Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie 2009/72/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf ihren Rechnungen den Anteil der einzelnen Energiequellen am Gesamtenergieträgermix auszuweisen, „den der Lieferant im vorangegangenen Jahr verwendet hat“. In Deutschland sollen diese Verpflichtungen durch § 42 EnWG und §§ 54ff. EEG umgesetzt werden.
- Mit der Einführung des ÖMM würde die Art und Weise der Zurechnung der Grünstromeigenschaften von direkt vermarkteten EE-Anlagen gegenüber Endkunden verändert werden. Anders als bisher, würde eine wahrhaftige Kennzeichnung des tatsächlich beschafften Stroms stattfinden. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Kennzeichnung von tatsächlich im Rahmen der Direktvermarktung bezogenem Strom aus nach dem EEG geförderten Anlagen das Risiko eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarktrichtlinie gegenüber dem derzeitigen deutschen Recht erhöhen könnte.
- Es spricht einiges dafür, dass die in Deutschland vorgeschriebene Kennzeichnung von Strom aus der Direktvermarktung als Graustrom gegen Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarktrichtlinie verstößt und eine Kennzeichnung als Grünstrom gemeinschaftsrechtlich geboten ist: Unter dem Begriff der „verwendeten“ Energie lässt sich nur die tatsächlich vom Energieversorger beschaffte und verkaufte Energie verstehen. Maßgeblich für die Zusammensetzung des Energieträgermixes ist daher die vom Unternehmen tatsächlich beschaffte Energie.
- Lediglich für an der Börse oder aus dem außereuropäischen Ausland beschafften Strom erlaubt Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL Abweichungen vom Grundsatz der Kennzeichnung entlang der tatsächlich verwendeten Energie. Es gibt keine Hinweise, dass die Richtlinie weitere Ausnahmen vom

Grundsatz der Kennzeichnung des tatsächlich beschafften und verkauften Stroms zulässt. Der Fall der Direktvermarktung ist vielmehr der klassische Fall eines Direktbezugs von Strom, den der Richtliniengeber bei der Schaffung der Kennzeichnungsvorschrift vor Augen hatte.

- Demgegenüber verbietet das deutsche Recht die Einbeziehung des tatsächlich bezogenen Stroms aus nach dem EEG geförderten Anlagen in den der Stromkennzeichnung zugrunde zu legenden Energieträgermix des Unternehmens und geht damit bewusst ein gemeinschaftsrechtliches Risiko ein. Das geltende deutsche Recht setzt sich dabei über den Wortlaut und den Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL hinweg, da im Ergebnis die deutschen Stromkunden für den betroffenen EE-Marktanteil die Beschaffungsstrategien der Anbieter nicht in ihr Konsumverhalten einbeziehen können. Dieser gewollte Mechanismus wird vom Verbot der Kennzeichnung von direkt beschafftem EEG-Ökostrom unterminiert.

Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG

- Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Statuierung eines Verbots der Ausstellung von Herkunftsnachweisen durch geförderte Anlagen enthält Art. 15 EE-RL weder ausdrücklich noch implizit.
- Auch das Doppelvermarktungsverbot des Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2 EE-RL steht einer Umsetzung des ÖMM nicht im Wege. Die Vorschrift regelt lediglich, dass die Grünstromeigenschaft nur ein einziges Mal (sowohl gegenüber Kunden als auch zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der EE-Richtlinie) in Ansatz gebracht werden darf. Dies wird durch das ÖMM gewährleistet.

Vorrang des Gemeinschaftsrechts

- Sollte die oben vertretene Auffassung zutreffend sein, dass das Gemeinschaftsrecht entgegen §§ 42 EnWG, 54 EEG eine Stromkennzeichnung des tatsächlich verwendeten Energiemix verlangt, ergeben sich hieraus Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Weitergabe der Grünstromeigenschaft. Dieses Ergebnis stünde im Widerspruch zu einer – im Gutachten von *Schlacke/Kröger* angenommenen und an dieser Stelle hilfsweise unterstellten – Verletzung von Grundrechten durch die Übertragung der Grünstromeigenschaft im Rahmen der Direktvermarktung.
- Dieser Konflikt wäre im Ergebnis zugunsten des Gemeinschaftsrechts aufzulösen. Nach der *Solange II*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Grundrechtsverstöße durch Gemeinschaftsrechtsakte nicht Gegenstand der nationalen gerichtlichen Überprüfung. Demnach wäre ein Verstoß gegen Grundrechte von Energieversorgern oder Kunden durch die Übertragung der Grünstromeigenschaft an die Erwerber von Strom aus der Direktvermarktung jedenfalls dann nicht maßgeblich, wenn eine entsprechende Pflicht, wie aufgrund von Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL, besteht.

Art. 12 Abs. 1 GG - Wettbewerbsfreiheit von Energieversorgungsunternehmen

- Die Verordnungsermächtigungen des §§ 64 d Nr. 6, 64 f Nr. 6 lit. b) cc) EEG zeigen, dass der Gesetzgeber die Übertragung von Herkunftsnachweisen für Strom aus EEG-Anlagen offenbar grundsätzlich für zulässig gehalten hat. Zumindest war der Gesetzgeber jedoch offenbar davon überzeugt, dass eine verfassungskonforme Ausgestaltung einer solchen Regelung möglich ist.
- Ob mit der Einführung des ÖMM nach den Maßstäben des Gutachtens von *Schlacke/Kröger* ein Grundrechtseingriff vorliegt, muss bezweifelt werden. In ihrem Gutachten weisen diese darauf hin, dass ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit „*sehr wahrscheinlich*“ nicht gegeben wäre, wenn eine Ausweitung der Kennzeichnung als „Grünstrom“ auch auf einspeisevergüteten Strom erfolgt. Auf diese Weise wäre dafür gesorgt, dass nicht nur Teilnehmer an der Direktvermarktung die Grünstromeigenschaft erhielten, sondern alle Marktteilnehmer in gleicher Weise. Den Autoren geht es darum, dass die Teilnahme an der Direktvermarktung nicht unterschiedlich zur bloßen Zahlung der Einspeisevergütung im Hinblick auf die Stromkennzeichnungsmöglichkeiten behandelt wird.
- Eine solche Parallelität bietet das ÖMM. Sowohl der Erwerber der direkt vermarkteten Strommenge als auch das Energieversorgungsunternehmen, das lediglich am Finanzierungsmechanismus des EEG teilnimmt, erhalten gleiche Rechte in Bezug auf die Grünstromeigenschaft. Der Anteil des Stroms aus EEG-Anlagen, der nicht im Wege des ÖMM vermarktet wird, wird weiterhin sämtlichen Energieversorgern und Kunden im Rahmen der Stromkennzeichnung gemäß § 54 EEG zugerechnet. Des Weiteren sieht das ÖMM vor, dass die Teilnehmer an diesem Modell ihr Anrecht auf eine Zuteilung von Grünstromeigenschaften im Rahmen des bisherigen Mechanismus des § 54 EEG verlieren..
- Hält man den oben zitierten Gedanken von *Schlacke/Kröger* hingegen nicht für das ÖMM anwendbar, verbleiben dennoch Zweifel an der Eingriffsqualität des ÖMM in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Es überzeugt wenig, wenn *Schlacke/Kröger* das Vorliegen eines Eingriffs mit dem erhöhten Aufwand begründen, den ein Stromhändler mit dem Erwerb der Grünstromeigenschaft hätte. Mittlerweile haben praktisch alle Stromanbieter Grünstromprodukte im Angebot. Strom aus Direktvermarktung ist ein gängiges Produkt, dass von spezialisierten Unternehmen an Energieversorger vertrieben wird und von diesen ohne besondere Schwierigkeiten in das eigene Produktportfolio integriert werden kann. Die Einführung des ÖMM verhält sich damit weitgehend wettbewerbsneutral im Hinblick auf die Konkurrenzsituation zwischen den Energieversorgern.
- Unterstellt man gleichwohl das Vorliegen eines Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit, kann diese durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. Die beiden Hauptziele des ÖMM – die Verbesserung der Systemintegration der Erneuerbaren Energien sowie die Entlastung der EEG-Umlage – stellen in diesem Sinne grundsätzlich im Sinne

des Gemeinwohls vernünftige Ziele dar. Im Hinblick auf diese Zwecke müssen die gesetzlichen Grundlagen für das ÖMM auch verhältnismäßig sein, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen.

- Im Hinblick auf das Ziel der Entlastung der EEG-Umlage ist das ÖMM grundsätzlich *geeignet*, eine Verringerung der EEG-Umlage für die Endverbraucher zu erreichen. Vorbehaltlich der näheren energiewirtschaftlichen Untersuchungen ist das ÖMM auch geeignet, zu einer verbesserten Marktintegration der Erneuerbaren Energien beizutragen.
- Das ÖMM ist auch erforderlich, um die genannten Ziele zu erreichen, d.h. es steht kein gleich geeignetes, aber im Hinblick auf den Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit milderes Mittel zur Verfügung. Die gesetzgeberischen Möglichkeiten zur Senkung der bestehenden Verpflichtungen sind begrenzt. Eingriffe in Vertrauenstatbestände der Anlagenbetreiber sind im Hinblick auf die Eingriffsintensität erheblich schärfere Mittel. Als mildere Mittel stehen somit nur marktliche Instrumente wie das ÖMM zur Verfügung, mit denen die freiwillige Mehrzahlungsbereitschaft von Kunden für deutschen Grünstrom genutzt wird. Die Erforderlichkeit des ÖMM als Mittel zur schrittweisen Heranführung der Erneuerbaren Energien an den Markt ergibt sich daraus, dass mit diesem Ziel notwendigerweise auch die Heranführung der Grünstromeigenschaft an den Markt verfolgt werden muss. Führt man hingegen das Prinzip weiter, wonach die Grünstromeigenschaft gleichmäßig auf die Energieversorger verteilt wird, erhöht man die Barrieren für den Wechsel in ein Marktsystem ohne besondere Förderung für EE-Anlagen.
- Bei der Beurteilung der Angemessenheit eines (unterstellten) Grundrechtseingriffs durch das ÖMM ist zu berücksichtigen, dass die Belastung der ÖMM-Teilnehmer voraussichtlich um ein Vielfaches höher liegt als deren Entlastung. Stellt man die Be- und die Entlastung der Erwerber der Grünstromeigenschaft gegenüber, bleibt netto für die ÖMM-Teilnehmer eine deutliche Belastung übrig, während bei den übrigen Marktteilnehmern eine monetäre Entlastung zu verbuchen ist. Die Menge der im Rahmen des § 54 EEG zu verteilenden Grünstromeigenschaften wird zwar durch die Übertragung von Grünstrommengen in das ÖMM gemindert – diese Menge kann jedoch durch den (optional) vorgesehenen Mengendeckel für das ÖMM auf einem überschaubaren Niveau gehalten werden. Im Gegenzug verringert sich auch die Menge der Marktteilnehmer, die vom Verteilmechanismus des § 54 EEG profitieren, da die ÖMM-Teilnehmer an der Verteilung der außerhalb des ÖMM generierten Grünstromeigenschaften nicht teilnehmen.
- Das Ziel der Direktvermarktung, den deutschen Grünstrom an den Markt heran zu führen, damit dieser langfristig ohne besondere Förderung auskommt, gehört zu den überragenden Herausforderungen der Energiewende. Diese hohe Bedeutung der Systemintegration der Erneuerbaren Energien ist in der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zu berücksichtigen. Hierzu gehört auch die schrittweise Heranführung der Grünstromeigenschaft an den Markt. Das bisherige Prinzip, wonach die

Grünstromeigenschaft gleichmäßig auf die Energieversorger verteilt wird, stellt ein erkennbares Hindernis für den Wechsel in ein Marktsystem ohne besondere Förderung für EE-Anlagen dar. Bereits heute müssen die Weichen so gestellt werden, dass ein möglichst gleitender Übergang aus dem heutigen Förderregime gelingt. Ein solcher gleitender Übergang erfordert eine schrittweise Integration der Grünstromeigenschaft in ein Marktregime, wie es das ÖMM vorsieht. Ziel muss daher sein, parallel zum Ausbau der EE-Menge und zur Absenkung der individuellen Förderungshöhe auch Wege zur Vermarktung der Grünstromeigenschaft des Stroms zu finden. Setzt man die hohe Bedeutung dieses Zieles ins Verhältnis zur geringen Eingriffstiefe des mit dem ÖMM (an dieser Stelle unterstellt) verbundenen Grundrechtseingriffs, der durch diverse Maßnahmen abgeschwächt wird, so stellt sich das ÖMM auch im engeren Sinne als verhältnismäßig dar.

Art. 3 Abs. 1 GG – Gleichheitsrecht der Energieversorger

- Im Hinblick auf den Grundrechtseingriff ist insoweit auf das oben zu Art. 12 Abs. 1 GG Gesagte zu verweisen, als dass die im ÖMM vorgesehene Gleichbehandlung der Direktvermarktung und der Einspeisevergütung die Eingriffsqualität in Frage stellt.
- Geht man dennoch von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG durch die Schaffung von Regelungen für das ÖMM aus, ist zu beachten, dass die Differenzierungen zwischen Teilnehmern am Strommarkt rein anhand von sachlichen Unterscheidungsmerkmalen vorgenommen wird und somit der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der Marktteilnehmer hat. Ein „Systembruch“, der diesen Spielraum überschreitet, kann für das ÖMM nicht konstatiert werden, da es sich am System der Stromkennzeichnung gemäß Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL orientiert.

Art. 2 Abs. 1 GG – Grundrechte der Stromkunden

- *Schlacke/Kröger* sehen eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Übertragung von Herkunftsnachweisen an geförderte EE-Anlagen im Wege der Direktvermarktung. Hierin liege ein Element der Täuschung, da die Stromkunden von Graustromhändlern mit ihrer EEG-Umlage die Herstellung des Stroms finanzieren würden, während die Grünstromeigenschaft auf einen Grünstromhändler bzw. dessen Kunden transferiert werde, der dafür keinen annähernd angemessenen Wert bezahlt hat.
- Es ist zu bezweifeln, dass der von *Schlacke/Kröger* unterstellte Eingriff durch die Hervorrufung einer falschen Vorstellung auf Seiten der Verbraucher tatsächlich vorliegt. Dies würde voraussetzen, dass mit der bisherigen Stromkennzeichnung ein kohärentes und transparentes System vorliegt, dass eine genaue Zuteilung der Grünstromeigenschaft auf die Stromkunden entsprechend ihrer EEG-Umlage vornimmt, auf das sich der Verbraucher verlässt.

- Ein solches kohärentes und transparentes System der Zuordnung von Grünstromeigenschaften existiert jedoch nicht. Der Gesetzgeber verlangt in § 54 EEG lediglich eine Kennzeichnung des Strommix des gesamten Energieversorgers, nicht jedoch eines bestimmten Tarifs oder einer bestimmten Kundengruppe. Für Energieversorger ist es daher zulässig, wenn sie gegenüber privaten Endkunden lediglich ihren Gesamt-Strommix angeben. Daher gehen bei Stromhändlern, die auch gemäß § 40 ff. EEG privilegierte Unternehmen beliefern, bei der Kennzeichnung des Strommix in sehr relevanter Höhe „verloren“. Mit anderen Worten akzeptiert der Gesetzgeber des EEG bereits heute, dass den Endverbrauchern nicht die gesamte Grünstromeigenschaft in der Höhe gutgeschrieben wird, die er finanziert.
- Bei dieser Ausgangssituation verbietet es sich, eine untergeordnete Verschiebung von Grünstromeigenschaften durch das ÖMM als eine relevante „Täuschung“ anzusehen. Die gegenwärtigen Rechtsvorschriften bieten keinerlei Anlass, eine entsprechende Erwartung beim Verbraucher zu wecken, dass sein Finanzierungsbeitrag in einem quantitativ realen Verhältnis zur gekennzeichneten Menge des EE-Anteils seines Versorgers steht. Sofern man dennoch im ÖMM eine entsprechende Täuschung und einen ungerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG sieht, würde dies erst recht auf die Vorschrift des § 54 EEG zutreffen.
- Unterstellt man einen Grundrechtseingriff zu Lasten anderer Stromkunden, so wäre dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass die Eingriffsintensität durch mehrere vorgesehene Regelungen minimiert wird: Durch die optional anfänglich vorgesehene quantitative Begrenzung des ÖMM auf maximal 30% der Direktvermarktung sowie durch den vorgeschlagenen Wegfall der automatischen „Zuweisung“ von Grünstrom-Kennzeichnungsrechten gemäß § 54 EEG an die ÖMM-Teilnehmer wird die mögliche Verschiebung von Grünstromeigenschaften von vorneherein auf einen überschaubaren Umfang beschränkt; zudem werden alle Stromkunden durch die Zahlungen der ÖMM-Marktteilnehmer von der EEG-Umlage in einem gewissen Umfang entlastet, während die ÖMM-Kunden erhebliche Mehrkosten tragen, um die energiewirtschaftlichen Anforderungen des ÖMM zu erfüllen und damit einen Beitrag zur Verbesserung der Stabilität und Nachhaltigkeit des Energiesystems leisten, von dem letztlich wieder alle Stromkunden profitieren. Angesichts dessen erscheint es gegenüber Stromkunden, denen bei Anwendung des ÖMM möglicherweise in relativ geringem Umfang zukünftig weniger Grünstromeigenschaften im Rahmen der Stromkennzeichnung zugerechnet werden könnten, nicht unverhältnismäßig, den Gemeinwohlbelang der Sicherung einer stabilen und umweltverträglichen Energieversorgung – für welche die Systemintegration der fluktuierenden Erneuerbaren Energien unabdingbar ist – mit den für das ÖMM vorgesehenen Mitteln und Konsequenzen zu verfolgen.

B Problemaufriss und Fragestellung

EEG-Strom ist derzeit nur sehr begrenzt als Ökostrom handelbar. Gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EEG dürfen keine Herkunftsnachweise für EEG-Strom ausgestellt werden, der eine Marktprämie oder eine Einspeisevergütung erhält. Nur EEG-Strom, der unter das Grünstromprivileg gem. §§ 33 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 4 EEG fällt, sowie EEG-Strom aus sonstiger Direktvermarktung (§ 33b Nr. 3 EEG) kann im freiwilligen Ökostrommarkt vermarktet werden. Strom aus EEG-Anlagen wird bisher in aller Regel als Graustrom über die Börse oder im Wege der Direktvermarktung vermarktet. Die Grünstromeigenschaft von Strom aus Anlagen, die eine Marktprämie oder eine Einspeisevergütung erhalten, wird nach den in § 54 EEG festgelegten Regeln auf alle Stromversorger und Endkunden verteilt, unabhängig davon, ob die Versorger tatsächlich Grünstrom beschafft haben.

Das Grünstromprivileg soll laut Koalitionsvertrag in der EEG-Novelle 2014 abgeschafft werden. Auch die jüngst bekannt gewordenen ersten Entwürfe der EEG-Novellierung sehen eine entsprechende Streichung vor. Damit wäre nach dem EEG geförderter Strom praktisch überhaupt nicht mehr als Ökostrom in Deutschland zu vermarkten. Die gesamte nach dem EEG geförderte Strommenge wäre als Graustrom zu vermarkten.

Diese Entkoppelung des Produktes Strom von der Kennzeichnung seiner Qualität stellt in mehrerer Hinsicht ein Problem dar:

- Ein wesentliches Ziel der Direktvermarktung besteht darin, deutschen Grünstrom an den Markt heran zu führen. Langfristig soll Grünstrom im Wettbewerb ohne besondere Förderung bestehen. Spätestens dann muss auch die Grünstromeigenschaft marktfähig sein. Zu einer schrittweisen Heranführung der Erneuerbaren Energien an den Markt gehört somit auch, den Wert der Grünstromeigenschaft in den Markt einzuführen. Führt man hingegen das Prinzip weiter, wonach geförderter EEG-Strom nicht als solcher vermarktet werden darf, erhöhen sich mit wachsendem Anteil des EEG-Stroms auch die Barrieren für die angestrebte endgültige Marktintegration des Grünstroms.
- Kommt es mit der EEG-Novelle zu einem ausnahmslosen Verbot der Direktvermarktung von EEG-gefördertem Strom als Grünstrom, wären die Anbieter von Ökostrom zukünftig gezwungen, ihre Stromprodukte aus Anlagen -neben den nur begrenzt verfügbaren nicht geförderten deutschen Anlagen – aus dem Ausland zu decken. Die Bereitschaft und Erwartung der deutschen Ökostromkunden, durch den Bezug von Ökostrom die

Energiewende in Deutschland voran zu bringen, würde somit nicht produktiv genutzt.

- Regionale Vermarktungsmodelle für Erneuerbare Energien, die sowohl für die Stromkunden als auch aus energiewirtschaftlicher Sicht attraktiv sein können, werden verhindert oder zumindest deutlich erschwert.²
- Die Möglichkeiten, mit solchen oder anderen innovativen Vermarktungsmodellen zusätzliche Anreize zur verbesserten Systemintegration der EE-Anlagen zu setzen, werden verbaut. Insbesondere die vordringlich erforderlichen Anreize zur Lastverschiebung auf Kundenseite³ werden mit einer ersatzlosen Abschaffung des Grünstromprivilegs verringert.
- Die Potenziale des freiwilligen Ökostrommarkts, durch den Erwerb der Grünstromeigenschaft eine Entlastung der EEG-Umlage zu bewirken, werden nicht gehoben.

In der dem EEG-Erfahrungsbericht 2011 zugrundeliegenden Studie fassen die Autoren die Vorteile einer Direktvermarktung von EEG-gefördertem Strom wie folgt zusammen:

„Im Ergebnis sprechen aus unserer Sicht sehr gute Gründe dafür, die Vermarktung der Grünstromeigenschaft bei dem mit der Marktprämie geförderten Strom zuzulassen. Denn dadurch können wichtige Anreize für die Anlagenbetreiber gesetzt werden, in die Direktvermarktung zu wechseln. Zudem besteht bei der aktuell und in Zukunft sicherlich weiter stark steigenden Nachfrage nach regenerativ erzeugtem Strom eine Möglichkeit, die Marktprämie und damit die EEG-Umlage abzusenken.“⁴

Vor dem Hintergrund dieser Vorteile der Schaffung einer Vermarktbarkeit der Grünstromeigenschaft hat das Bundesumweltministerium bereits im EEG-Erfahrungsbericht 2011 erklärt zu prüfen, inwieweit bestehende europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden können.⁵ Die Verfasser der rechtlichen Vorstudie zum Erfahrungsbericht waren zuvor zu dem Ergebnis gekommen, dass

„nach einer kursorischen Prüfung davon auszugehen [ist], dass die Vermarktung der Grünstromeigenschaft des mit der Marktprämie geförderten Stroms mit dem

² Vgl. Lehnert, Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung im EEG 2012, in: ZUR 1/2012, S. 4, 13.

³ Vgl. Europäische Kommission, Beschluss der Kommission vom 8.3.2011 über die Staatliche Beihilfe in der Sache C 24/2009 (ex N 446/2008).

⁴ Sensfuß et al., Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG 2011, S. 309.

⁵ BMU, Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz, S. 16f.

Europarecht vereinbar ist, da dieser Fall entweder schon nicht in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV fällt oder jedenfalls eine Rechtfertigung in Betracht kommt.“⁶

Gleichwohl sah das BMU verbleibende Zweifel an der Europarechtskonformität eines solchen Vorschlags offenbar nicht ausgeräumt. Soweit ersichtlich, wurde bisher kein Gutachten veröffentlicht, mit denen die europarechtlichen Zweifel des BMU (bzw. des heutigen BMWi) näher benannt oder untersucht wurden. Jedoch wurde vom BMU ein Gutachten vergeben, mit denen die Vermarktung von EEG-gefördertem Grünstrom als verfassungswidrig erklärt wird.⁷

Diese große Vorsicht des BMU bzw. des heutigen BMWi erklärt sich partiell womöglich auch aus dem rechtlichen Druck, den die Europäische Kommission gegenüber dem EEG aufbaut. Diese betrachtet das Fördersystem EEG aus beihilferechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht insgesamt sehr skeptisch und hat ein Vertragsverletzungsverfahren insbesondere wegen der besonderen Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. sowie aufgrund des Grünstromprivilegs gemäß § 39 EEG eingeleitet.⁸

Einerseits werden von Seiten des Marktes sowie aus energiewirtschaftlicher Sicht somit große Vorteile darin gesehen, bei der Direktvermarktung zukünftig auch die Grünstromeigenschaft des geförderten Stroms nutzen zu können. Andererseits dürfen bei der Verwirklichung dieses Ziels in dem europa- und verfassungsrechtlich sensiblen Kontext, in dem sich das EEG bewegt, keine zusätzlichen rechtlichen Risiken für die grundsätzliche Fortgeltung des EEG geschaffen werden.

Die Unternehmen Elektrizitätswerke Schönau Vertriebs GmbH, Greenpeace Energy eG und die Naturstrom AG schlagen vor diesem Hintergrund die Einführung eines Ökostrom-Marktmodells (ÖMM) im Zuge der anstehenden Novellierung des EEG vor. Ziel des ÖMM ist die verbesserte Integration von EEG-Strom in den deutschen Strommarkt. Der freiwillige Ökostrommarkt soll besser mit der Energiewende in Deutschland verknüpft werden und zusätzliche Beiträge für eine erfolgreiche Bewältigung der deutschen Energiewende liefern.

Die genannten Unternehmen haben das Hamburg Institut damit beauftragt, rechtsgutachterlich zu untersuchen, ob eine Novellierung des EEG zur Einführung des „Ökostrom-Marktmodells“ mit höherrangigem Recht vereinbar wäre.

⁶ Sensfuß et al. a.a.O., S. 308.

⁷ Vgl. Schlacke/Kröger, Verfassungsrechtliche Auswirkungen einer Kennzeichnung von marktpremiengefördertem Strom als Grünstrom, Gutachten für das BMU, 2012 (Umdruck) = weitgehend identisch mit Schlacke/Kröger, Eine verfassungsrechtliche Bewertung der Kennzeichnung von marktpremien-gefördertem Strom, NVwZ 2012, S. 919ff.

⁸ ABl. C 37/73 vom 7. Februar 2014.

Das Ökostrom-Marktmodell (ÖMM) sieht vor, dass Strom aus nach dem EEG geförderten Anlagen unter bestimmten Bedingungen als Ökostrom vermarktet werden darf. Strom aus der Direktvermarktung von EEG-Anlagen soll als Ökostrom vermarktet werden dürfen, wenn der Erwerber des Stroms,

- in seinem Strommix (bezogen auf den gesamten Letztabsatz in Deutschland) einen Anteil fluktuierender Erneuerbarer Energien aus der Direktvermarktung verwendet, der mindestens so hoch ist, wie der Anteil des Stroms aus „Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem EEG“, den der Anbieter gemäß § 54 EEG in der Stromkennzeichnung ausweisen darf. Momentan liegt der Anteil für reine Ökostromanbieter bei 29,4%, mit steigendem Anteil des EEG-Stroms am Strommix steigt der Anteil der im Rahmen des ÖMM zu integrierenden fluktuierenden EE entsprechend;
- eine Entlastung der allgemeinen EEG-Umlage durch Bezahlung des Marktpreises für die Grünstromeigenschaft bewirkt; für dieses Gutachten wurde ein Marktpreis von 0,25 Ct/kWh unterstellt;
- für EEG-Strommengen, die er nicht im Bedarfslastgang seiner Kunden unterbringen kann, einen Betrag von 2 ct an das EEG-System zahlt.

Für dieses Gutachten wird unterstellt, dass

- der Anteil des nach dem ÖMM vermarkteten Stroms zunächst auf maximal 30% des EEG-Strom aus der Direktvermarktung begrenzt wird; eine solche mengenmäßige Begrenzung ist nicht notwendigerweise mit dem ÖMM verbunden, sie ist optional jedoch zumindest übergangsweise vorstellbar, um Erfahrungen zu sammeln und Befürchtungen einer unkontrollierten Migration von Grünstromeigenschaften zu begegnen;
- die Teilnehmer am ÖMM das Recht erhalten zur Kennzeichnung des Stroms als „Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem EEG“;
- die Teilnehmer am ÖMM keine automatische „Zuweisung“ von Grünstrom-Kennzeichnungsrechten aus dem normalen EEG-Mechanismus gem. § 54 EEG erhalten.

Das ÖMM soll somit neben dem Markprämien-Modell stehen und dieses ergänzen. Es unterscheidet sich grundlegend vom bisherigen Grünstromprivileg, da es keine finanziellen Privilegien für Grünstromhändler gewährt und nicht zu einer Erhöhung der EEG-Umlage führt, sondern zu einer Verringerung der EEG-Umlage für alle Stromkunden. Das Modell führt des Weiteren zu einer verbesserten Integration von EEG-Strom in den Endkundenmarkt: Die Anforderungen für die Teilnahme am ÖMM sind so gewählt, dass die teilnehmenden Händler erhebliche Anreize haben, Stromerzeugung und Bedarf aufeinander abzustimmen und entsprechend Potenziale zur Lastverschiebung auf Kundenseite zu suchen und zu realisieren. Der Nachweis des

energiewirtschaftlichen Nutzens des ÖMM wird durch ein gesondertes Gutachten nachgewiesen.⁹

Mit dem ÖMM ist notwendigerweise verbunden, dass die Grünstromeigenschaft des EEG-Stroms auf die Teilnehmer am ÖMM übergeht. Entsprechend wäre die gegenüber den Verbrauchern im Rahmen der Stromkennzeichnung auszuweisende EEG-Strom-Menge durch eine entsprechende Änderung der maßgeblichen Vorschriften, insbesondere des § 54 EEG, zu reduzieren.

Die Übertragung der Grünstromeigenschaft aus EEG-Anlagen in den Ökostrom-Markt mittels des ÖMM wirft rechtliche Fragen auf, die in diesem Gutachten geklärt werden sollen. Dies betrifft sowohl die Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht als auch mit dem nationalen Recht. Mit diesem Gutachten soll insgesamt die Vereinbarkeit einer Novellierung des nationalen Rechts zur Realisierung des ÖMM mit höherrangigem Recht untersucht werden. Angesichts der nachvollziehbaren Vorsicht der Bundesregierung im Hinblick auf das Beihilfeverfahren der EU-Kommission wegen des EEG wird dabei der Prüfungsmaßstab angelegt, ob die erforderlichen Rechtsänderungen zu einer Erhöhung der europarechtlichen oder verfassungsrechtlichen Risiken gegenüber dem Status quo führen.

⁹ Mit der Erstellung des Gutachtens wurde die LBD Beratungsgesellschaft GmbH beauftragt.

C Vereinbarkeit mit europäischem Recht

Die Vereinbarkeit des ÖMM mit dem europäischen Recht ist in dreierlei Hinsicht zu überprüfen:

- Erstens ist fraglich, ob die notwendigen Änderungen des EEG dazu führen, dass das EEG als solches oder Teile des EEG als Beihilfe gemäß Art. 107 AEUV zu bewerten sind;
- zweitens ist zu überprüfen, ob die nationalen Rechtsänderungen zur Einführungen des ÖMM mit der Warenverkehrsfreiheit kompatibel sind;
- drittens ist zu klären, ob Vorschriften des Sekundärrechts der Einführung des ÖMM entgegenstehen.

1. Beihilferecht

Es ist zu untersuchen, ob die für die Einführung des ÖMM vorgeschlagenen Rechtsänderungen des EEG dem Beihilferegime der Art. 107 ff. AEUV unterliegen. Diese Fragestellung ist von besonderem Interesse, weil die Europäische Kommission aktuell auf der Basis des europäischen Beihilferechts ein Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen verschiedener Regelungen des EEG vorbereitet. Eine Gefährdung des erfolgreichen Instruments des EEG liegt nicht im Interesse der Initiatoren des ÖMM und soll auf jeden Fall vermieden werden.

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV

„sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Art. 108 Abs. 3 AEUV bestimmt, dass

„die Kommission vor jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet [wird], dass sie sich dazu äußern kann.“

Zu prüfen ist somit, ob die vorgeschlagenen Änderungen des EEG eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen und somit der Notifizierungspflicht gegenüber der Kommission gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV unterliegen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verlangt die Qualifizierung einer Maßnahme als „Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, dass alle in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind:

„Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.“¹⁰

Im Hinblick auf die Einführung des ÖMM ist die beihilferechtliche Relevanz der notwendigen Rechtsänderungen im Hinblick auf drei Fragestellungen näher zu untersuchen:

- Verändert das ÖMM den Charakter des EEG so, dass die beihilferechtliche Absicherung des EEG durch das *PreussenElektra*-Urteil gefährdet wird? (Hierzu unten 1.1)
- Statuiert das ÖMM Ausnahmen vom EEG, die ihrerseits als Beihilfen zu qualifizieren sein könnten? (Unten 1.2)
- Werden durch das ÖMM andere, spezifische Vorteile für bestimmte Begünstigte eingeführt, die als Beihilfe zu beurteilen sein könnten? (Unten 1.3)

1.1. Macht das Ökostrom-Marktmodell aus dem EEG eine Beihilfe?

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) stellt das Instrument des deutschen EEG keine Beihilfe dar. In seinem grundlegenden *PreussenElektra*-Urteil von 2001 zum damaligen deutschen Stromeinspeisegesetz hatte der Gerichtshof festgestellt, dass eine Regelung,

„durch die private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegen, und durch die die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, keine staatliche Beihilfe (...) darstellt.“¹¹

¹⁰ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, C-206/2008 (*Essent*) Rz. 64 m.w.N.

¹¹ EuGH, Urteil vom 13. März 2001, C-379/98, Rz. 66.

Der Gerichtshof begründet dies damit, dass es einem solchen System an einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel als konstitutivem Merkmal einer Beihilfe fehle.¹² Dies werde auch weder dadurch in Frage gestellt, dass die Zahlungspflicht auf einem Gesetz beruhe, noch dass durch die Verminderung des Gewinns der belasteten Unternehmen dem Staat geringere Steuereinnahmen zufließen.

Trotz verschiedentlich in der Literatur geäußelter Kritik¹³ an dieser formalen Betrachtungsweise hat der Gerichtshof hieran auch in seiner jüngeren Rechtsprechung ausdrücklich am *PreussenElektra*-Urteil festgehalten.

Es ist zu untersuchen, ob diese insoweit gesicherte beihilferechtliche Legitimation des EEG durch die Einführung des ÖMM im EEG in Frage gestellt sein könnte. Die Initiatoren des ÖMM haben ein hohes Interesse an der Aufrechterhaltung des EEG als maßgebliches Instrument zum Ausbau der Erneuerbaren Energien in Deutschland. Eine Gefährdung der europarechtlichen Absicherung dieses Instruments durch das *PreussenElektra*-Urteil soll daher vermieden werden.

Auf den ersten Blick führt die Einführung des ÖMM nicht zu einer verstärkten institutionellen staatlichen Intervention im System der Förderung der Erneuerbaren Energien. Der bestehende Vergütungsmechanismus zwischen EE-Stromproduzenten und Übertragungsnetzbetreibern und der grundsätzliche Wälzungsmechanismus des EEG (die sich gegenüber dem Stromeinspeisegesetz in mehrfacher Hinsicht verändert haben) bleiben davon unberührt. In einer Diskussion der Auftraggeber sowie des Unterzeichners mit Vertretern des damals zuständigen BMU über das ÖMM ist dennoch die Frage aufgeworfen worden, inwieweit die vom ÖMM vorgesehene Intervention in die derzeitige Übertragungskette der Grünstromeigenschaft nicht nur grundrechtlich relevant sein könnte,¹⁴ sondern auch beihilferechtlich.

Für eine beihilferechtliche Relevanz des Erwerbs der Grünstromeigenschaften durch ÖMM-Teilnehmer könnte möglicherweise argumentiert werden, dass der *PreussenElektra*-Entscheidung ein Fördersystem mit einem Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis zwischen den Zahlern der Stromeinspeise-Umlage und den Anlagenbetreibern als Nutznießern der Förderung zugrunde gelegen haben könnte: Das damalige Stromeinspeisegesetz beruhte auf einer physischen Wälzung des

¹² EuGH, Urteil vom 13. März 2001, C-379/98, Rz. 59.

¹³ Vgl. z.B. zuletzt *Frenz*, *Energiewende und Beihilfeverbot*, in: ZNER 2012, S. 34f.; aus der älteren Literatur s. *Kühling*, *Von den Vergütungspflichten des Energieeinspeisungsgesetzes bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes: Die deutsch Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts*, in: RdE 2001, S. 93, 97; *Koenig/Kühling*, *How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensysteem*, in: ZUM 2001, S. 537, 541f.; weitere Nachweise bei *Ekhardt/Schmeichel*, *Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht*, in: ZEuS 2/2009, S.171, 208 (Fn. 133).

¹⁴ Zu dieser von *Schlacke/Kröger* 2012 untersuchten Frage näher unten, Gliederungspunkt D. I.

produzierten Stroms vom Produzenten über die Netzbetreiber zu den Energieversorgungsunternehmen.

Die Kennzeichnung der Grünstromqualität könnte durch die Änderungen des EEG gegenüber dem Stromeinspeisegesetz bedeutsam geworden sein: Im heutigen EEG findet anders als im Stromeinspeisegesetz und dem EEG 2001 keine physische Wälzung des Stroms von den Netzbetreibern auf die Energieversorgungsunternehmen mehr statt. Stattdessen müssen die Netzbetreiber den Strom an der Börse vermarkten, die EEG-Umlage schulden ihnen die Energieversorger dennoch. Ein unmittelbares Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis dieser Beteiligten im Sinne von „Lieferung und Abnahme von EE-Strom gegen Zahlung des gesetzlich definierten Preises“ liegt im neuen EEG somit nicht mehr vor. Für diese Veränderung des Fördermechanismus kann argumentiert werden, dass die Übertragungsnetzbetreiber für die Energieversorgungsunternehmen die Aufgabe der Vermarktung des EEG-Stroms übernehmen, was letztlich in deren Interesse liegt. Quasi als Surrogat für die physische Lieferung des EE-Stroms tritt an dessen Stelle die Übertragung der Grünstromqualität auf die Energieversorgungsunternehmen, welche diese gegenüber ihren Kunden im Rahmen der Stromkennzeichnung ausweisen.

Im Rahmen dieser Argumentation hat die Übertragung der Grünstromqualität eine erhebliche Bedeutung, weil damit das Grundprinzip Leistung/Gegenleistung zumindest in abgewandelter, wenn auch abstrahierter Weise aufrechterhalten wird.

Diese Argumentation setzt jedoch voraus, dass ein Austauschverhältnis zwischen den Geldleistungen des Zahlungspflichtigen und den Leistungen des Zahlungsempfängers eine Relevanz für die Frage hat, ob die zugrundeliegende gesetzlich definierte Zahlungspflicht dem Staat als Beihilfe zuzurechnen ist.

Um der Frage nachzugehen, inwieweit das Verhältnis der Leistungen des Zahlungspflichtigen und des Begünstigten beihilferechtliche Relevanz hat, ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur beihilferechtlichen Beurteilung gesetzlich statuerter Zahlungsverpflichtungen zwischen Privaten näher zu analysieren.

Implizit hat der EuGH bereits im *PreussenElektra*-Urteil hierzu Stellung genommen. In seiner Vorlagefrage im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens hatte das Landgericht Kiel seine Zweifel an der Vereinbarkeit des Stromeinspeisegesetzes mit dem europäischen Beihilferecht ausdrücklich damit begründet, dass das belastete Unternehmen keine Gegenleistung erhält. Eine der Vorlagefragen des Landgerichts Kiel an den EuGH lautete:¹⁵

¹⁵ EuGH, Urteil vom 13. März 2001, C-379/98, Rz. 27 (vierter Absatz).

*„Ist Artikel 92 EG-Vertrag (Anm. d. Verf.: Heute Art. 107 AEUV) derart auszulegen, dass von dem zugrunde zu legenden Beihilfiebegriff auch nationale Regelungen erfasst werden, die lediglich die Verteilung von den Aufwendungen zwischen Unternehmen verschiedener Produktionsebenen regeln, die durch Abnahmepflichten und Mindestvergütungen entstanden sind, wenn die gesetzgeberische Konzeption faktisch auf eine dauerhafte Lastenverteilung hinausläuft, **ohne dass das belastete Unternehmen eine Gegenleistung empfängt?**“ (Hervorhebung durch den Verfasser.)*

Die Argumentation des LG Kiel lief darauf hinaus, dass das Stromeinspeisegesetz auch in der damaligen Fassung bereits faktisch einen Abgabencharakter hatte: Durch das Umlagesystem sollten die Lasten zur Finanzierung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien auf alle Endverbraucher gleichmäßig verteilt werden. Einen individuellen Vorteil hatten davon weder die belasteten Energieversorgungsunternehmen noch die Endkunden. Insoweit erfüllte das Stromeinspeisegesetz – wie auch das darauf aufbauende EEG – alle Merkmale einer Abgabe – mit Ausnahme des insoweit entscheidenden Kriteriums der staatlichen Kontrolle über die aufgebrauchten finanziellen Mittel.¹⁶

Der Gerichtshof ist auf den Aspekt des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung in seiner Entscheidung nicht eingegangen. Das Gericht hat seine Entscheidung vielmehr auf die bereits genannten formalen Gründe gestützt, um die Beihilfekonformität des deutschen Fördersystems zu begründen. Entscheidend ist für den EuGH somit nicht, ob die Zahlungspflichtigen eine Gegenleistung für ihre Zahlung erhalten, sondern das streng formale Kriterium, inwieweit der Staat in die Zahlungsströme involviert ist. Solange der Staat lediglich als Gesetzgeber Zahlungsverpflichtungen zwischen Privaten regelt, ohne dabei selber Kontrolle über die Mittel zu erlangen, fehle es am Merkmal der „staatlichen Mittel“.

Nach dem *PreussenElektra*-Urteil hatte der EuGH mehrfach Anlass, eine genauere beihilferechtliche Beurteilung von Zahlungsverpflichtungen zwischen Privaten vorzunehmen. Im Mittelpunkt stand dabei jeweils die Frage, inwieweit eine Begünstigung privater Zahlungsempfänger durch Zahlungen privater Dritter dem Staat zugerechnet werden kann und somit das entsprechende Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe erfüllt.

In der Entscheidung *Pearle* hatte der EuGH über ein Umlagesystem zu entscheiden, bei dem ein Berufsverband bei seinen Mitgliedern auf einer gesetzlichen Grundlage Beiträge erheben durfte, die der Verband zweckgebunden für eine Werbekampagne verwendete.¹⁷ Der EuGH begründete sein Urteil, wonach es sich nicht um eine „staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher

¹⁶ Vgl. hierzu umfassend auch *Ekhart/Schmeichel*, in: ZEuS 2 /2009, S. 172, 206ff.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, C-345/02.

Mittel“ im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, auch hier damit, dass die Mittel nicht unter der Kontrolle des Staates standen. Der Gerichtshof stellt damit – wie im Fall *PreussenElektra* – maßgeblich auf ein formales Kriterium ab, um den Charakter der Maßnahme als Beihilfe zu verneinen. Das Innenverhältnis zwischen dem Zahlungspflichtigen und dem Begünstigten war hingegen nicht für die Entscheidung des EuGH maßgeblich. Zwar stellte der EuGH in dem Urteil fest, dass die Mitglieder des Berufsverbandes von der Kampagne begünstigt waren, entscheidungserheblich war dies jedoch nicht. Konsequenterweise sah der EuGH auch keinen Anlass, Anforderungen an das Verhältnis zwischen der Höhe des Pflichtbeitrags und der Leistung des Berufsverbandes im Sinne einer individuellen Zuordnung eines Vorteils durch die Kampagne zu stellen. Aus diesem Urteil, auf das sich der EuGH auch in den nachfolgenden Urteilen häufig bezieht, lässt sich folglich kein Argument dafür ableiten, dass eine Übertragung der Grünstromeigenschaft an Dritte im Zuge des ÖMM aus dem EEG eine Beihilfe machen könnte.

Gleiches gilt für die Entscheidung im Fall *Essent*. In diesem Urteil hatte der EuGH über die Vereinbarkeit eines in den Niederlanden gesetzlich geregelten Tarifaufschlags zur Finanzierung bestimmter unrentierlicher energiewirtschaftlicher Maßnahmen mit dem Beihilferecht zu entscheiden.¹⁸ Anders als im Fall *PreussenElektra* ist der EuGH zu dem Schluss gelangt, dass das niederländische System eine staatliche Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel darstellt. Die seitens der Netzbetreiber und der Stromkunden zu zahlende Abgabe war an eine vom Gesetzgeber bestimmte Gesellschaft der vier Erzeugungsunternehmen namens SEP zu zahlen. Die SEP hatte noch zu Monopolzeiten verschiedene Investitionen in Anlagen auf Anregung des Staates getätigt (z.B. in eine experimentelle Kohlevergasungsanlage), die nach der Liberalisierung nicht mehr kostendeckend zu betreiben waren. Die Einnahmen aus der Abgabe waren bis zu einer bestimmten Höhe hierfür zu verwenden, im Übrigen an den Staat abzuführen. Aus dieser Konstellation folgerte der EuGH, dass die SEP faktisch mit der Eintreibung und Verwaltung staatlicher Mittel betraut worden war. Hierin unterscheidet sich das niederländische System laut EuGH maßgeblich von der Konstellation aus dem Fall *PreussenElektra*, bei dem die Unternehmen zur Abnahme von Strom unter Einsatz eigener Mittel verpflichtet wurden. Bei dem niederländischen System handelte es sich hingegen aus Sicht des EuGH um eine Abgabe, die der Staat über die Stromversorger bei den Verbrauchern einzieht und die von der SEP verwaltet wird. Dies werde auch daraus ersichtlich, dass der Staat im zugrundeliegenden Gesetz den genauen Verwendungszweck und die genaue Höhe der zu erbringenden Zahlungspflichten festlege. Folglich handelt es sich bei den Mitteln aus der Abgabe auch um „staatliche Mittel“ im Sinne des Art. 107 AEUV.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, C-206/06.

Im Hinblick auf die in der *Essent*-Entscheidung vorgenommene Einstufung des Förderregimes als Abgabe, muss geprüft werden, ob die EEG-Umlage im Fall der Einführung des ÖMM ebenfalls als eine solche einseitig auferlegte Abgabe beurteilt werden muss. Diese Prüfung erscheint angezeigt, weil die Zahlungspflichtigen die Grünstromeigenschaften des EEG-Stroms bei Einführung des ÖMM nicht mehr vollständig übertragen bekommen und somit eine Art „Gegenleistung“ wegfällt, welche die Energieversorger bzw. deren Stromkunden für die Zahlung der Umlage heute erhalten.

Im Ergebnis überzeugt eine solche Sichtweise jedoch nicht: Der EuGH hatte im *PreussenElektra*-Urteil keinen Anlass, die Frage aufzuwerfen, ob es sich bei dem Stromeinspeisegesetz um eine Abgabe handelt, obwohl eine Kennzeichnung des durch dieses Gesetz finanzierten EE-Stroms damals nicht erfolgte.¹⁹ Die Netzbetreiber und Energieversorgungsunternehmen hatten den Strom gegen Zahlung des festgelegten Preises zu beziehen, ohne hierfür die Möglichkeit einer Grünstromkennzeichnung gegenüber den Endkunden zu erhalten. Der zwangsweise gelieferte Strom war keine dem Wert der gesetzlich angeordneten Zahlung entsprechende Gegenleistung, da der Marktwert des gelieferten Stroms deutlich unter der Höhe des zu zahlenden Preises lag. Diese abgabengleiche Wirkung des Stromeinspeisegesetzes, die das LG Kiel zu seiner Vorlagefrage veranlasste, wurde vom EuGH jedoch mit der bereits geschilderten formalen Begründung als beihilferechtlich irrelevant betrachtet.

Hieraus folgt, dass auch die Einführung des ÖMM einschließlich einer Minderung der Grünstromkennzeichnung für bestimmte Energieversorgungsunternehmen und deren Kunden keine beihilferechtliche Relevanz haben kann. Mit der Einführung des ÖMM würde die den Stromkunden im Rahmen der Stromkennzeichnung zuzurechnende Grünstrommenge graduell verringert, nicht jedoch vollständig genommen. Wenn jedoch der EuGH im *PreussenElektra*-Urteil sogar einen vollständigen Verzicht auf die Weitergabe einer Grünstromkennzeichnung nicht zum Anlass genommen hat, das damalige Stromeinspeisegesetz als Abgabe zu qualifizieren, dann muss dies erst recht für ein Förderregime gelten, bei dem lediglich eine gewisse Verringerung der Menge der gegenüber dem Endkunden ausweisbaren Grünstromeigenschaft eintritt.

Auch das *Essent*-Urteil festigt somit im Ergebnis die formalisierte Prüfungsweise des EuGH bei der Frage, ob eine vom Gesetzgeber festgelegte Zahlungspflicht zwischen Privaten dem Staat zuzurechnen ist oder nicht.

¹⁹ Die Regelungen der §§ 53, 54 EEG wurden erst mit der Novellierung des EEG vom 25. Oktober 2008 eingeführt, BGBl. I S. 2074.

Auch eine junge Entscheidung des Gerichtshofs bekräftigt diese mittlerweile gefestigte Rechtsprechung im Grundsatz. In seinem Urteil im Fall *Doux Élevage*²⁰ befasst sich der EuGH mit der Beurteilung einer in Frankreich gesetzlich vorgesehenen und von einem Ministerium angeordneten Zahlungspflicht für Unternehmen der Landwirtschaftsbranche an eine berufsständische Organisation, die mit dem Geld Tätigkeiten finanziert, die im weitesten Sinne im Interesse der Berufsgruppe liegen. Das Gericht hatte insbesondere zu prüfen, ob die vom Staat angeordneten Zahlungen an die berufsständische Organisation als Beihilfen anzusehen sind. Dies verneint der EuGH, da aufgrund der bereits bekannten formalen Kriterien die Zahlungen nicht als „staatliche Mittel“ im Sinne von Art. 107 AEUV zu beurteilen seien. Seine Rechtsprechung zu diesem Punkt fasst der EuGH wie folgt zusammen:

„(Rz. 32) Dieser Mechanismus bedeutet keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel; die durch die Zahlung dieser Beiträge generierten Mittel durchlaufen nicht einmal den Haushalt des Staates oder einer anderen öffentlichen Einheit des Staates, und der Staat verzichtet auf keine wie auch immer beschaffenen Einnahmen wie Steuern, Gebühren, Abgaben oder sonstige Zahlungen, die nach nationalem Recht dem staatlichen Haushalt hätten zugeführt werden müssen. Diese Beiträge behalten auf ihrem gesamten Erhebungs- und Verwendungsweg ihren privatrechtlichen Charakter, und im Fall der Nichtabführung muss die Branchenorganisation das normale zivil- oder handelsrechtliche Gerichtsverfahren anstrengen, um sie beizutreiben, da sie über keinerlei Vorrecht öffentlich-rechtlicher Art verfügt. (...)

(Rz. 34) Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht indessen auch hervor, dass nicht in jedem Fall festgestellt werden muss, dass eine Übertragung staatlicher Mittel stattgefunden hat, damit der einem oder mehreren Unternehmen gewährte Vorteil als eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden kann (vgl. Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

So hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 107 Abs. 1 AEUV alle Geldmittel erfasst, auf die die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören. Auch wenn die der betreffenden Maßnahme gewidmeten Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören, genügt folglich der Umstand, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit zur Verfügung der zuständigen nationalen Behörden stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert

²⁰ EuGH, Urteil v. 30. Mai 2013, C-677/11.

werden können (vgl. Urteil Frankreich/Kommission, Rz. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).“²¹

In dieser kohärenten Zusammenfassung seiner Rechtsprechung zur Zurechnung von Zahlungen Privater als „staatliche Mittel“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV stellt der EuGH das Kriterium der staatlichen Kontrolle über die Mittel in den Mittelpunkt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der EuGH über eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung bei der Beurteilung verfügt, inwieweit vom Gesetzgeber angeordnete Zahlungen zwischen Privaten dem Staat als Beihilfe zuzurechnen sind. Diese Beurteilung erfolgt grundsätzlich nach formalen Kriterien der Einbindung staatlicher Organe oder Unternehmen in die Zahlungsströme. Maßgeblich ist daneben auch, ob der Staat eine Kontrolle insbesondere über die Höhe und die Verwendung der Mittel ausübt. Hingegen gehört eine Analyse, inwieweit der Zahlungspflichtige einen (angemessenen) Gegenwert für seine Zahlungen erhält, nicht zu den vom EuGH angewendeten Kriterien. Es gibt daher keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür, dass die mit dem ÖMM einhergehende Veränderung bei der Zuschreibung der Grünstromeigenschaft für EEG-Strom eine Auswirkung auf die beihilferechtliche Beurteilung der EEG-Umlage hätte.

Dieses Ergebnis dürfte im Übrigen selbst für den Fall gelten, dass man grundsätzlich ein Austauschverhältnis zwischen der Zahlungsleistung und den Leistungen des Zahlungsempfängers fordern würde. Wäre ein solches Austauschverhältnis Voraussetzung für die Anwendung der *PreussenElektra*-Rechtsprechung, spricht einiges dafür, dass diese Anforderungen bereits nach der derzeitigen Rechtslage nicht mehr erfüllt wären, spätestens jedoch nicht mit der Einführung einer verpflichtenden Direktvermarktung in der bevorstehenden Novellierung des EEG. Mit der Einführung der Direktvermarktung liegt jenseits der Umlage-Zahlungspflicht praktisch überhaupt keine Leistungsbeziehung zwischen dem Anlagenbetreiber, dem Netzbetreiber und den Energieversorgungsunternehmen mehr vor: Der Anlagenbetreiber vertreibt seinen Strom an dritte Unternehmen (Direktvermarkter), diese übernehmen die Weitervermarktung am Strommarkt. Der Übertragungsnetzbetreiber ist in diesen Vorgang nicht mehr involviert. Trotzdem ist er berechtigt und verpflichtet, die EEG-Umlage von Energieversorgungsunternehmen zu erheben, die ebenfalls in keiner Weise an der Vermarktung des Stroms beteiligt sind, geschweige denn den Strom wie im *PreussenElektra*-Fall übertragen bekommen.

Im Ergebnis liegt bei der Direktvermarktung und der Marktprämie eine vollständige Desintegration der Leistungsbeziehungen bei der Stromlieferung und den Zahlungsströmen der EEG-Umlage vor: Die Zahlungsströme verlaufen in keiner

²¹ EuGH, Urteil v. 30. Mai 2013, C-677/11, Rz. 32 ff.; vgl. auch Urteil vom 19. Dezember 2013 der Rs. C-262/12 (*Vent de Colère*).

Weise mehr parallel zur Lieferung des Stroms, sondern sind vollständig hiervon entkoppelt. Von einem Austauschverhältnis zwischen Leistungsempfänger und Zahlungspflichtigen kann nicht mehr gesprochen werden. Diese Feststellung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass das zahlungspflichtige Energieversorgungsunternehmen die Berechtigung erhält, gegenüber Endkunden die Grünstromqualität des EE-Stroms auszuweisen: Die EVU erhalten kein geldwertes Gut, sondern lediglich eine Informationsmöglichkeit bzw. eine gesetzlich definierte Informationspflicht, mit der den Endkunden in abstrakter Weise aus dem finanziellen Beitrag eine zuzuordnende Grünstrommenge ausgerechnet wird. Die Energieversorger erhalten insbesondere keine handelbaren Rechte in Form von Herkunftsnachweisen, die konkret aufgrund der Umlagezahlungen erworben oder zugewiesen werden. Die den Energieversorgern gesetzlich zugewiesene Informationsmöglichkeit bzw. -pflicht hat jedenfalls keinen der Höhe der Umlagezahlung entsprechenden finanziellen Wert für die Energieversorger.

Vor dem Hintergrund dieser Konstellation ist bereits sehr fraglich, ob die Zuweisung einer abstrakten Informationsmöglichkeit bzw. -pflicht als „Gegenleistung“ für die Zahlung der EEG-Umlage ausreicht, wenn man eine solche Gegenleistung (fälschlicherweise) als Voraussetzung für die weitere Anwendung der *PreussenElektra*-Rechtsprechung auf ein EEG mit zukünftig verpflichtender Direktvermarktung ansieht.

Zumindest dürfte ein lediglich partieller Eingriff in die Übertragung dieser Informationsrechte zur Grünstromeigenschaft durch das ÖMM keine wesentliche Veränderung der ohnehin bereits sehr abstrakten „Leistungsbeziehung“ zwischen Zahlungspflichtigen und Begünstigtem darstellen.

Zudem ist im heutigen deutschen Recht bereits heute eine massive Verwässerung des vom Endkunden bezahlten EEG-Anteils durch die Regeln der Stromkennzeichnung in § 54 EEG verankert, wie unten (Abschnitt D.) näher darzulegen sein wird. Der partielle Eingriff durch das ÖMM stellt daher keine neue Rechtsqualität dar und erhöht folglich auch nicht die beihilferechtlichen Risiken für das EEG.

Abschließend sei noch erwähnt, dass dieses Ergebnis auch durch die aktuelle Mitteilung der Kommission zur Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes gestärkt wird.²² Die Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten darin die Abkehr von Einspeisevergütungen und den Übergang zu Prämien-Modellen wie der Marktpremie für die Direktvermarktung. Mit Prämiensystemen ist notwendigerweise verbunden, dass Stromlieferung und Prämienleistungen nicht im Austauschverhältnis stehen können. Wenn die Kommission ihren Mitgliedstaaten den Wechsel von Vergütungs-

²² Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission vom 5. November 2013, C(2013)7243 final.

zu Prämiensystemen empfiehlt, spricht dies dafür, dass eine Abkehr von den in Vergütungssystemen typischen Austauschbeziehungen „Strom gegen Mindestpreis-Zahlung“ von der Kommission binnenmarktrechtlich positiv gesehen wird.

Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Einführung des ÖMM keine beihilferechtlichen Auswirkungen auf die Beurteilung des EEG-Finanzierungsmechanismus als solchen mit sich bringt. Der Eingriff in die Übertragung der Grünstromeigenschaft auf die Energieversorgungsunternehmen ist beihilferechtlich irrelevant, weil eine Austauschbeziehung zwischen Zahlungsempfänger und Zahlungspflichtigem nicht Voraussetzung dafür ist, eine gesetzliche Zahlungspflicht zwischen Privaten als „nicht staatlich“ einzuordnen und damit dem Beihilferegime des Art. 107 AEUV zu entziehen.

Nimmt man (hilfsweise) an, dass eine solche Austauschbeziehung Voraussetzung für die weitere Anwendung der *PreussenElektra*-Rechtsprechung auf das EEG ist, spricht vieles dafür, dass diese Austauschbeziehung durch die gegenüber dem Stromeinspeisegesetz beschlossenen Umstellungen des EEG (finanzielle statt physische Wälzung sowie Direktvermarktung statt Einspeisevergütung) bereits so abstrakt und ungenau geworden sind (siehe hierzu näher unten D. III.), dass der mit dem ÖMM verbundene Eingriff in dieses Verhältnis unerheblich ist.

1.2. Keine Beihilfe aufgrund von Ermäßigungen zur EEG-Umlage

Das ÖMM ist beihilferechtlich noch aus einer anderen Perspektive zu untersuchen: Beihilfen können nicht nur durch direkte Zahlungen an Begünstigte gewährt werden, sondern sich auch in Ausnahmeregelungen zu staatlichen Zahlungspflichten verbergen.²³ Die Kommission hat vor diesem Hintergrund im Fall *Österreich* entschieden, dass die Ausnahme bestimmter energieintensiver Industriebetriebe aus dem österreichischen Förderregime für Erneuerbare Energien eine Beihilfe darstelle.²⁴

Auch die Besondere Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG wird von der EU-Kommission als Beihilfe angesehen;²⁵ die gleiche Kritik richtete sich gegen das in § 39 EEG statuierte Grünstromprivileg. Beide Vorschriften führen dazu, dass bestimmte

²³ EuGH, Urteil v. 30. Mai 2013, C-677/11 (*Doux Élevage*), Rz. 32.

²⁴ Vgl. *Europäische Kommission* 2009; die gegen die Kommissionsentscheidung gerichtete Nichtigkeitsklage Österreichs ist noch vor dem EuGH anhängig.

²⁵ Schreiben der Kommission abgedruckt in ABl. C 37/73 vom 7. Februar 2014; aus der Literatur zu dieser Frage: *Greinacher*, Besondere Ausgleichsregelung als Beihilfe?, in: ER 03/2013, S. 97; *Schlacke/Kröger*, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG – Eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40ff. EEG), in: NVwZ 2013, S. 312, 313.

Unternehmen unter den jeweils im Gesetz genannten Voraussetzungen eine Ermäßigung von der EEG-Umlage erhalten.

Die Sorge des BMU/BMWi, das ÖMM oder ein anderes Modell zur Übertragung von Grünstromeigenschaften im Wege der Direktvermarktung könnte europarechtlich problematisch sein, beruht mutmaßlich auf dieser Kritik der EU-Kommission am Grünstromprivileg. Das ÖMM unterscheidet sich jedoch aus beihilferechtlicher Sicht grundlegend vom Modell des Grünstromprivilegs gem. § 39 EEG.

Lediglich auf der Tatbestandsebene gibt es eine gewisse Übereinstimmung zwischen dem Grünstromprivileg und dem ÖMM: Beide Modelle dürfen nur in Anspruch genommen werden, wenn die (Öko-)Stromanbieter eine Mindestmenge Strom aus Anlagen mit fluktuierenden Erneuerbaren Energien in ihren Bilanzkreis übernehmen. Hierdurch werden für die Teilnehmer am Grünstromprivileg bzw. am ÖMM erhebliche Anreize zur verbesserten Integration der fluktuierenden Erneuerbaren Energien (fEE) in den Markt gesetzt.²⁶ Auf der Tatbestandsseite unterscheidet sich das ÖMM dadurch vom Grünstromprivileg, dass aus Sicht der Initiatoren des Modells das ÖMM vom Gesetzgeber optional auch so ausgestaltet werden könnte, dass nicht nur Strom aus fEE aus deutschen EEG-Anlagen zur Erfüllung der gesetzlichen Quoten eingesetzt werden könnte, sondern auch Strom aus fEE aus dem europäischen Ausland.

Fundamentale Unterschiede zwischen dem Grünstromprivileg und dem ÖMM bestehen jedoch auf der Rechtsfolgenrechte: Während beim Grünstromprivileg eine Verminderung der vom Versorger zu zahlenden EEG-Umlage um 2 Cent die Rechtsfolge ist, zahlen die Teilnehmer am ÖMM die vollständige EEG-Umlage. Eine Privilegierung gegenüber anderen Energieversorgungsunternehmen ist im Hinblick auf die Höhe der EEG-Umlage damit nicht verbunden.

Aus diesem Grund besteht beim ÖMM – anders als beim Grünstromprivileg – nicht der Verdacht, dass die Regelung aufgrund der Schaffung einer Ausnahme von der Zahlungspflicht eine Beihilfe darstellen könnte: Da die Teilnehmer am ÖMM keine Zahlungsermäßigung erhalten, erlangen sie keinen entsprechenden finanziellen Vorteil gegenüber Wettbewerbern. Das Vorliegen einer Beihilfe unter diesem Aspekt scheidet somit offenkundig aus.

Die grundsätzliche Frage, ob Ausnahmen von der EEG-Umlage überhaupt Beihilfen darstellen können – oder lediglich Ausnahmen von Zahlungspflichten *an den Staat* diesem als Beihilfe zugerechnet werden können²⁷ – kann daher dahin stehen.

²⁶ Auf die von den Auftraggebern dieses Gutachtens gesondert vorzulegenden Ergebnisse der positiven energiewirtschaftlichen Auswirkungen des ÖMM wird verwiesen.

²⁷ Der Wortlaut der Rz. 32 des Urteils des EuGH v. 30. Mai 2013, C-677/11 (*Doux Élevage*) spricht eher dafür, dass lediglich Ausnahmen von Zahlungspflichten, die dem Staat zugeordnet werden können,

1.3. Übertragung der Grünstromeigenschaft als Beihilfe?

Nachdem oben festgestellt wurde, dass das ÖMM weder den Fördermechanismus des EEG als solches beihilferechtlich in Frage stellt, noch monetäre Vorteile in Form von Ausnahmen von der EEG-Umlage gewährt, bleibt noch zu prüfen, ob das ÖMM andere Regelungen enthält, die als Beihilfe zu beurteilen sind.

Einzigster Anknüpfungspunkt hierfür könnte die Übertragung der Grünstromeigenschaft auf die ÖMM-Teilnehmer sein.²⁸ Offenbar sieht die Bundesregierung hierin ein beihilferechtliches Problem: In der Gesetzesbegründung zur Novellierung des § 54 EEG weist sie darauf hin, dass eine Weitergabe der Grünstromeigenschaft an den Erwerber von EEG-Strom aus der Direktvermarktung zu einer europarechtlich problematischen Wettbewerbsverzerrung führe, weil dann mit der Marktpremie auskömmlich geförderter Grünstrom mit ungefördertem Grünstrom konkurriere.²⁹ Diese nicht weiter ausgeführte Andeutung kann wohl nur so verstanden werden, dass eine gleichzeitige Förderung und Grünstrom-Kennzeichnung von EEG-Strom als wettbewerbsverzerrende, unzulässige Beihilfe einzuordnen sein könnte (oder als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit, hierzu näher unten).

Dieser Vermutung soll im Folgenden näher nachgegangen werden. Prüfungsmaßstab sind wiederum die Kriterien des EuGH für Beihilfen. Sofern man das durch eine entsprechende Änderung des EEG zu gewährende Recht zur Kennzeichnung der im ÖMM gehandelten Strommenge als Grünstrom als einen (1.) aus staatlichen Mitteln gewährten, (2.) für die ÖMM-Teilnehmer selektiven, (3.) finanziellen Vorteil betrachtet, durch den (4.) der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, wäre die entsprechende Regelung als Beihilfe zu betrachten.

Der Umstand, dass die Teilnehmer am ÖMM das Kennzeichnungsrecht für die Grünstromeigenschaft erwerben, dürfte einen in diesem Sinne selektiven Vorteil für die Teilnehmer des ÖMM darstellen. Fraglich ist jedoch, ob dieser aus staatlichen Mitteln stammt und ob hieraus eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten erwächst.

Im Hinblick auf das Kriterium der „staatlichen Mittel“ ist auf das bereits oben ausführlich Dargelegte zu verweisen: Wenn bereits der Fördermechanismus des EEG mangels staatlicher Involvierung keine Beihilfe darstellt, kann auch eine Verände-

ihrerseits eine Beihilfe darstellen können - nicht jedoch Ausnahmen von gesetzlich angeordneten Zahlungen zwischen Privaten nach dem Muster des *PreussenElektra*-Urteils.

²⁸ Analog hierzu wird beispielsweise auch diskutiert, dass die unentgeltliche Vergabe von CO₂-Zertifikaten durch den Staat als Beihilfe zu qualifizieren ist, vgl. hierzu *Bloch*, Unentgeltliche Vergabe handelbarer Emissionszertifikate als staatliche Beihilfe, in: N&R 2012, S. 19.

²⁹ BT Drs. 17/6071, S. 87.

rung des Rechts zur Nutzung der Grünstromeigenschaft keine Beihilfe darstellen. Jedenfalls ist kein Grund erkennbar, warum die finanziell erheblich bedeutsamere Zahlungspflicht der Energieversorgungsunternehmen an die Netzbetreiber bzw. die Anlagenbetreiber nicht beihilferechtlich dem Staat zuzurechnen sein soll, während bei der monetär sehr viel weniger relevanten Verschiebung des Grünstrom-Kennzeichnungsrechts von den Energieversorgungsunternehmen zu den ÖMM-Teilnehmern eine solche Zurechnung erfolgen sollte.

Unabhängig hiervon dürfte auch das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und einer daraus resultierenden Verfälschung des Wettbewerbs vom ÖMM nicht erfüllt werden. Eine Verfälschung des Wettbewerbs ist (nur) dann anzunehmen, wenn der Vorteil ohne eine marktgerechte Gegenleistung erlangt wird.³⁰ Voraussetzung für die Übertragung der Grünstromeigenschaft auf Teilnehmer am ÖMM ist jedoch, dass diese einen marktgerechten Preis an das EEG-System entrichten, durch den die EEG-Umlage für alle Zahlungsverpflichteten entsprechend verringert wird. Es erfolgt somit ausdrücklich keine Zuteilung von Rechten „unter Wert“. Der als Untergrenze definierte Preis von mindestens 2,50 Euro pro MWh liegt deutlich über dem aktuellen Preis, der an der EEX für Herkunftsnachweise von Grünstrom zu zahlen ist.³¹ Über entsprechende Anpassungsklauseln im Gesetz könnte der Gesetzgeber ggf. sicherstellen, dass der von den ÖMM-Teilnehmern zu zahlende Mindest-Betrag stets über dem Marktwert von europäischen Herkunftsnachweisen für Grünstromeigenschaften liegt.

Eine Verfälschung des Wettbewerbs kann damit ausgeschlossen werden: Wenn durch gesetzliche Sicherungsmaßnahmen sichergestellt wird, dass der Preis für die Erlangung der Grünstromeigenschaft über dem Marktpreis für europäische Herkunftsnachweise liegt, haben die Anbieter von Herkunftsnachweisen aus anderen Mitgliedstaaten keinen Wettbewerbsnachteil. Die deutschen Stromversorger und ihre Kunden haben keinerlei monetären Anreiz, Strom aus der EEG-Direktvermarktung gegenüber ausländischem Grünstrom vorzuziehen. Solange die Stromhändler aufgrund der vom ÖMM vorgesehenen Abschlagszahlung mehr für EEG-Strom zahlen als für ausländischen Grünstrom, besteht zukünftig sogar ein Wettbewerbsvorteil für ausländische Grünstromanbieter gegenüber Strom aus der EEG-Direktvermarktung im ÖMM. Wenn sich trotz dieses Wettbewerbsnachteils eine relevante Zahl von Stromhändlern und -kunden für Strom aus der EEG-Direktvermarktung entscheidet, ist dies ausschließlich auf die besondere Qualität und Attraktivität des lokal erzeugten EEG-Stroms zurück zu führen. In der Bezeichnung der Herkunft eines Produktes und Benennung einer bestimmten

³⁰ Vgl. *Ekhardt/Schmeichel*, in: ZEuS 2009, S. 172, 206.

³¹ Ende 2013 bewegte sich der Preis für Herkunftsnachweise für Wasserkraft zwischen 0,10 und 0,75 EUR pro MWh, vgl. European Energy Exchange (EEX) 2013.

Produktqualität liegt jedoch aus rechtlicher Sicht keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs.³²

Hinzu kommt, dass die in der oben zitierten Gesetzesbegründung zu § 54 EEG genannten Annahmen nicht unbedingt zutreffend sein müssen. Art. 15 Abs. 2 UAbs. 3 EE-RL erlaubt implizit den Mitgliedstaaten, für Strom aus geförderten Anlagen Herkunftsnachweise auszustellen und diesen als Grünstrom zu vermarkten (hierzu näher unten). Es ist daher möglich (und auch wahrscheinlich), dass bereits heute auf dem deutschen Markt Grünstrom aus dem Ausland angeboten wird, der aus Anlagen stammt, die nach nationalen Förderregelungen anderer EU-Mitgliedstaaten gefördert wurden. Insoweit stellt sich die Gewährung des Rechts zur Vermarktung von Grünstrom, der nach dem EEG eine Marktpremie erhält, als eine von der EE-Richtlinie legitimierte Maßnahme zur Gleichstellung gegenüber ausländischem Grünstrom dar. Dies gilt zumindest solange wie das nationale Förderregime keine Überförderung der Anlage vorsieht, sondern eine angemessene Vergütung vorsieht – was die EU-Kommission dem EEG im bereits angesprochenen Beihilfeverfahren jüngst ausdrücklich bescheinigt hat.

Im Ergebnis kann bei der gesetzlichen Umsetzung des ÖMM somit so sichergestellt werden, dass die Übertragung des Rechts zur Grünstrom-Kennzeichnung wettbewerbsneutral und somit nicht beihilferelevant erfolgt.

2. Warenverkehrsfreiheit

Neben dem europäischen Beihilferecht ist die Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftlichen Binnenmarkt eines der Hauptthemen bei der europarechtlichen Beurteilung von Änderungen an Förderregimen für Erneuerbare Energien. Das ÖMM ist dabei unter zwei Aspekten besonders zu untersuchen: Erstens geht es um die Frage, ob das ÖMM dazu führt, dass der mit dem EEG verbundene Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit in einer signifikanten Weise vertieft wird und dadurch eine Gefährdung der Europarechtskonformität des EEG eintritt. Zweitens ist zu prüfen, ob mit dem ÖMM die Errichtung neuer spezifischer Marktbarrieren verbunden ist, die einen eigenständigen, rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellen – und ob dieser Eingriff gegebenenfalls gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt werden kann.³³

³² Andernfalls müsste man z.B. in der ausschließlichen Berechtigung der in Parma ansässigen Schinkenhersteller zur Vermarktung von Parmaschinken eine Wettbewerbsbeeinträchtigung konventioneller ausländischer Schinkenhersteller sehen, was erkennbar abwegig ist.

³³ Vgl. grundlegend hierzu *Schütt*, Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt im europäischen Beihilferecht - ein Rechtsrahmen für nationale Umweltschutzbeihilfen, in: ZNER 2012, S. 133ff.

2.1. Wird der mit dem EEG ohnehin verbundene Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch das ÖMM signifikant intensiviert?

Strom ist zwar keine körperlich greifbare Ware, jedoch als handelbares Gut Gegenstand von Handelsgeschäften und damit als Ware im Sinne der Art. 28 ff. AEUV einzuordnen.³⁴ Die insoweit anwendbare Warenverkehrsfreiheit kann durch nationale Förderregime, die sich ausschließlich auf im Inland produzierten Strom beziehen, beeinträchtigt werden. Nach der *Dassonville*-Formel des EuGH ist ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potenzielle Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels.³⁵ Durch den Vorrang der inländischen Erneuerbaren Energien werden – zum einen – Anbieter von Strom aus anderen EU-Mitgliedstaaten im Umfang des allein dem EEG-Strom vorbehaltenen Marktanteils gehindert, ihr Produkt in Deutschland zu vermarkten.³⁶ Zum anderen differenziert das EEG im Hinblick auf die Abnahmepflicht und die Vergütungsregelung nach der Warenherkunft und diskriminiert dadurch Waren aus anderen Mitgliedstaaten.

Folglich stellt sich die Frage, ob der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch das EEG auch unter der Bedingung der Einführung des ÖMM gerechtfertigt ist.

In der Literatur wird teilweise angenommen, dass die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU ausdrücklich eine Rechtfertigung der unbestreitbaren negativen Auswirkungen auf den Binnenmarkt beinhalte.³⁷ Mit dem ausdrücklichen Verzicht auf eine Harmonisierung der nationalen Förderregelungen sei den Mitgliedstaaten bewusst ein Freiraum für nationale Eigenregelungen geschaffen worden. Nach dieser Auffassung entfele damit das Bedürfnis für eine nähere Prüfung, ob das EEG gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen könnte.

Andere Autoren sehen hingegen die Grundfreiheiten des AEUV nicht als unmittelbaren Prüfungsmaßstab für nationale Maßnahmen in Bereichen, die sekundärrechtlich vom Gemeinschaftsgesetzgeber geregelt sind. Demzufolge sind in solchen Konstellationen lediglich die sekundären Rechtsquellen unmittelbarer Prüfungsmaßstab, das Primärrecht werde insoweit vom Sekundärrecht abschließend konkretisiert.³⁸ Auch nach dieser Auffassung wäre eine nähere Prüfung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit entbehrlich.

³⁴ Vgl. auch eingehend *Müller/Bitsch*, Grünstromzertifikate im EG-Binnenmarkt : eine Darstellung verschiedener Modelle und ihrer Bedeutung für die Warenverkehrsfreiheit, in ZNER 2008, S. 197.

³⁵ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Rs. C-8/74, *Dassonville*.

³⁶ EuGH, Urteil vom 13. März 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, Rz. 68 ff.

³⁷ Für die Vorgänger-Richtlinie 2001/77/EG *Klinski*, zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG, in: ZNER 3/2005, S. 207, 212.

³⁸ Vgl. vorsichtig in diesem Sinne *Haucap/Kühling*, Zeit für eine grundlegende Reform der EEG-Förderung – das Quotenmodell, in: ET – Zukunftsfragen 2013, S. 41; näher hierzu *Erk*, die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 213.

Nach einer dritten Auffassung bleibt die Warenverkehrsfreiheit jedenfalls so lange Prüfungsgegenstand, wie keine *vollständige* Regulierung der nationalen Förderregime für Erneuerbaren Energien durch sekundärrechtliche Regelungen erfolgt ist. Eine solche sekundärrechtliche Vollregelung liege im Bereich der Förderregime für Erneuerbare Energien nicht vor.³⁹

Im Folgenden wird vorsorglich im Sinne dieser zuletzt genannten Meinung unterstellt, dass das europäische Sekundärrecht keine abschließende, das EEG explizit oder implizit legitimierende Regelung enthält. Das EEG einschließlich der zu untersuchenden Änderungen zur Implementierung des ÖMM ist demzufolge auf die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit zu untersuchen.

Prüfungsmaßstab kann dabei nur sein, ob die Einführung des ÖMM zu einer wesentlichen *Erhöhung* des Risikos führt, dass das EEG vom EuGH als unverhältnismäßiger, rechtswidriger Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit beurteilt werden könnte. Ob das EEG als solches (ohne ÖMM) bereits einen solchen unverhältnismäßigen Eingriff darstellt, wird seit einigen Jahren diskutiert.⁴⁰ Teilweise wird angenommen, dass das EEG spätestens mit dem Inkrafttreten der Binnenmarktrichtlinie nicht mehr gemeinschaftsrechtskonform sei. Diese Auffassung bezieht sich auf die Formulierung des EuGH im *PreussenElektra*-Urteil, wonach die Rechtfertigung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit nach dem "*gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarktes*" gerechtfertigt sei. Die Vereinbarkeit von Fördersystemen nach dem Vorbild des Stromeinspeisungsgesetzes und mithin auch des geltenden EEG sei quasi auflösend bedingt. Die Bedingung sei spätestens mit dem Inkrafttreten der Strombinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG im Jahr 2007 weggefallen, da der Gemeinschaftsgesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für einen funktionierenden Strombinnenmarkt unter Einschluss der erneuerbaren Energien geschaffen habe.⁴¹

Im Rahmen dieses Gutachtens gibt es jedoch keinen Anlass, dieser Frage vertieft nachzugehen. Sollte das EEG bereits in seiner heutigen Fassung gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen, wäre dies nicht dem ÖMM zuzurechnen. Die

³⁹ Ekhardt/Schmeichel, in: ZEuS 2009, S. 172, 178; im Ergebnis auch Cremer, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht - Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1.7.2007 gemeinschaftsrechtswidrig? in EuZW 2007, S. 591-595, Cremer legt dabei das Rechtsregime noch vor nach der Novellierung der EE Richtlinie zu Grunde. Die grundsätzliche Einschätzung, wonach keine abschließende sekundärrechtliche Vollregelung vorliegt, dürfte sich durch die Neufassung der EE-Richtlinie jedoch nicht geändert haben.

⁴⁰ Siehe zuletzt Bloch, Die EEG-Umlage - Verstoß gegen das Zollverbot, in: RdE 2013, S. 113 m.w.N.; Karpenstein/Schneller, Die Stromeinspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, in: RdE 1/2005, S. 6ff.; Weigt, Die Zukunft der erneuerbaren Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt, in: ET 9/2005, S. 656, 661; Mombaur/Kohl, Warum und wie erneuerbare Energien EU-weit gefördert werden müssen, in: ET 10/2003, S. 626; Cremer, in: EuZW 2007, S. 591, 595.

⁴¹ Vgl. Karpenstein/Schneller, in: RdE 1/2005, S. 6, 8; Weigt, in: ET 9/2005, S. 656, 661; Mombaur/Kohl, in: ET 10/2003, S. 626; hiergegen: Cremer, in: EuZW 2007, S. 591, 594.

Frage ist somit lediglich, ob die Einführung des ÖMM dazu führt, die Rechtfertigung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit durch das EEG erheblich zu erschweren.

Dies wäre zu bejahen, wenn das ÖMM die Intensität des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit deutlich erhöht und somit im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs gesteigerte Anforderungen zu bewältigen wären.

Zur Beantwortung der Frage, ob das ÖMM zu einer Intensivierung des Eingriffs des EEG in die Warenverkehrsfreiheit führt, muss der oben dargestellte, in der *PreussenElektra*-Entscheidung vom EuGH herausgearbeitete Eingriffscharakter des EEG in Erinnerung gerufen werden: Die Eingriffsqualität ergibt sich demzufolge erstens aus der „Sperrwirkung“ für Stromimporte, indem der Einspeisevorrang des EEG faktisch einen Marktanteil für inländische EE-Anlagen reserviert, sowie zweitens aus der Exklusivität der Vergütung für inländisch erzeugten Strom.

Im Hinblick auf die faktische Absperrung des Marktanteils der deutschen EEG-Anlagen führt das ÖMM zu keiner ersichtlichen Erhöhung der Marktzugangsbarrieren. Da die Sperrwirkung für ausländischen Strom in Bezug auf den Marktanteil der EEG-Anteil bereits vollständig und ausnahmslos wirkt, ist eine weitere Erhöhung dieser Barriere durch Regelungen zum innerdeutschen Umgang mit dem produzierten Strom auch kaum denkbar. Modelle wie das ÖMM, die lediglich der Produktion und Vergütung nachgelagerte Prozesse wie die Art und Weise der Vermarktung betreffen, verhalten sich diesbezüglich gemeinschaftsrechtlich neutral. Eine Erhöhung der Eingriffsintensität des EEG liegt somit nicht vor. Dieses Ergebnis liegt auf einer Linie mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, der bei Fragen der genaueren Ausgestaltung der nationalen Förderregime den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen zuspricht.⁴²

Gleiches gilt auch für den Eingriff durch die Nicht-Einbeziehung ausländischer Anlagen in den Fördermechanismus des EEG. Soweit ersichtlich, verfolgen alle Mitgliedstaaten der EU Fördermechanismen, die ausschließlich für Anlagen auf dem jeweiligen Territorium des Mitgliedstaates gelten. Aktuell ist der Europäische Gerichtshof mit der Frage konfrontiert worden, ob dieses gängige Territorialitätsprinzip mit den Prinzipien des Binnenmarkts vereinbar ist.⁴³ Ein Mechanismus wie das ÖMM, mit dem der Vergütung nachgelagerte Prozesse des Umgangs mit dem geförderten Strom geregelt werden, stellt jedenfalls keine Veränderung der diskriminierenden Wirkung territorial orientierter Fördermechanismen dar. Auch insoweit bewirkt das ÖMM daher keine gemeinschaftsrechtlich relevanten Veränderungen des EEG.

⁴² EuGH, Urteil vom 26. September 2013, C-195/12, *IBV*, Rz. 61.

⁴³ Aktenzeichen C-537/2012 – *Ålands Vindkraft*, Vorlagefragen des nationalen schwedischen Gerichts abgedruckt im EU-Amtsblatt C 38/16 vom 9. Februar 2013; Schlussanträge des GA Bott vom 28. Januar 2014.

2.2. Statuiert das ÖMM neue, eigenständige Marktbarrieren?

Auch wenn die Frage, ob die ohnehin mit dem EEG verbundenen Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit durch das ÖMM vertieft werden, somit zu verneinen ist, reicht diese Feststellung nicht, um nicht die Binnenmarktneutralität des ÖMM insgesamt konstatieren zu können. Zu prüfen ist nämlich auch, ob das ÖMM neue, spezifische Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit statuiert, die nicht wesensgleich mit der oben beschriebenen Eingriffsqualität des vorhandenen EEG sind.

Denkbar ist insbesondere, dass der vorgesehene „Erwerb“ der Grünstromeigenschaft durch die Teilnehmer am ÖMM einen eigenständigen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellt. Hierin könnte eine Barriere bezüglich der möglichen „Ausfuhr“ der Grünstromeigenschaft in andere Mitgliedstaaten liegen, die ähnlich zu behandeln sein könnte wie der aktuell vor dem EuGH verhandelte Fall *Essent II*:⁴⁴ Dort geht es um ein Verbot der Anrechnung von Herkunftsnachweisen aus dem Ausland im Rahmen einer nationalen Quotenregelung. Da sowohl Einfuhr- als auch Ausfuhrbeschränkungen in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen, könne das vom ÖMM statuierte System eine diskriminierende Maßnahme darstellen.

Zu beachten ist jedoch, dass gegenüber dem Fall *Essent II* das ÖMM einen wesentlichen Unterschied aufweist: Während es im *Essent II*-Fall um eine Handelsbarriere für Herkunftsnachweise im Sinne von Art. 15 RL 2009/28/EG (EE-RL) geht, die von der EE-RL von vorneherein als handelbare Ware ausgestaltet wurden, geht es beim ÖMM nicht um die Übertragung von handelbaren Herkunftsnachweisen. Das ÖMM geht davon aus, dass die Verbote der §§ 55 Abs. 1 S. 2, 56 Abs. 2 EEG der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für EEG-geförderte Anlagen vom Gesetzgeber fortgeführt werden.⁴⁵ Die unter die Direktvermarktung fallenden Anlagen können daher keine Herkunftsnachweise produzieren, die auf dem europäischen Binnenmarkt gehandelt werden könnten. Das ÖMM wäre über ein Zertifizierungssystem umzusetzen, welches allein zu diesem Zweck zum Einsatz kommt. Es fehlt daher von vorneherein an einer handelbaren Ware. Im Wege des ÖMM geht es lediglich um die gesetzliche Verleihung des Rechtes, Strom aus der Direktvermarktung unter bestimmten Umständen als Grünstrom kennzeichnen zu dürfen. Dieses Recht erhält diskriminierungsfrei jeder Marktteilnehmer, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Da es sich beim Recht zur Kennzeichnung des Stroms als Grünstrom somit um ein vom Staat verliehenes, an die Person des Marktteilnehmers gekoppeltes Recht handelt und nicht um den Erwerb einer handelbaren Ware, fehlt es an der Betroffenheit des Schutzbereiches der Warenverkehrsfreiheit.

⁴⁴ Schlussanträge des GA Bott vom 8. Mai 2013, C-204/12 bis C-208/12 (*Essent II*).

⁴⁵ Gegen eine solche Entscheidung des Gesetzgebers sprechen inhaltlich erhebliche Argumente. Zum Zweck der rechtlichen Prüfung wird hier jedoch vom Fortbestand der geltenden Rechtslage ausgegangen.

Die jüngst im Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland zur Gemeinschaftsrechtskonformität (Art. 30 und 110 AEUV) des EEG geäußerten Bedenken der Europäischen Kommission gegenüber dem Grünstromprivileg im Hinblick auf mögliche Wettbewerbsnachteile europäischer Grünstromhändler stehen dem ÖMM nicht im Wege. Die EU-Kommission hatte in diesem Beschluss darauf verwiesen, dass vom Grünstromprivileg dem ersten Anschein nach eine diskriminierende Wirkung ausgehen könne, weil die teilweise Befreiung von der EEG-Umlage in § 39 EEG davon abhängig gemacht wird, dass mindestens 50% des Stromportfolios von inländischen EE-Strom Erzeugern bezogen wird.⁴⁶

Diese Bedenken sind auf das ÖMM nicht übertragbar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es sich – anders als beim Grünstromprivileg – bei der vorgeschlagenen Regelung nicht um eine Ausnahme vom EEG handelt. Für die nach dem ÖMM vermarktete Menge Grünstrom ist die EEG-Umlage in voller Höhe zu zahlen. Eine entsprechende Rechtsänderung würde lediglich die Vermarktung von Strom aus deutschen, nach dem EEG geförderten Anlagen mit Strom aus ausländischen, nach dortigen Förderregelungen geförderten Anlagen gleichstellen.

Die EU-Kommission führt in ihrem Beschluss zum EEG-Beihilfeverfahren aus, dass eine diskriminierende Behandlung gegenüber Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten voraussetzt, dass gleichartige Situationen unterschiedlich behandelt werden, sodass festgestellt werden muss, ob sich die Einfuhren in einer gleichartigen Situation wie die inländische Stromerzeugung befinden.⁴⁷

Aus Artikel 15 Abs. 2 UAbs. 3 der Richtlinie 2009/28/EG (Erneuerbare-Energien-Richtlinie) ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine Vermarktung von Grünstrom aus geförderten Anlagen nach dem Gemeinschaftsrecht zulässig ist. Dementsprechend dürfen in Deutschland ausländische fEE-Mengen als Grünstrom vermarktet werden, auch wenn die Produktionsanlagen durch ein ausländisches Fördersystem finanziell unterstützt wurden. Folgerichtig kann es Deutschland nicht verwehrt werden, das gleiche Recht auch den Betreibern inländischer fEE-Anlagen zuzubilligen.

Auch mittelbar gehen vom ÖMM keine diskriminierenden Wirkungen aufgrund von wettbewerbsverzerrenden Preissignalen aus. Im System einer gleitenden Marktprämie erscheint es ausgeschlossen, dass die Einführung des ÖMM zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten deutscher Betreiber von fEE-Anlagen und zulasten ausländischer Grünstrom-Hersteller kommt, die über die oben dargestellte Sperrwirkung aller territorial begrenzten Fördersysteme hinausgeht. Die Betreiber der deutschen fEE-Anlagen erhalten weiterhin die gleitende Marktprämie sowie den am Markt erzielbaren Erlös für die Elektrizität. Soweit dieser Marktpreis zukünftig

⁴⁶ ABl. C 37/73 vom 7. Februar 2014, Tz. 247.

⁴⁷ Ebd., Tz. 246.

steigt, weil die ÖMM-Teilnehmer bereit sind, eine Prämie hierfür zu zahlen, liegt hierin keine Benachteiligung ausländischer Anbieter, sondern schlicht der Ausdruck einer Zahlungsbereitschaft der Marktteilnehmer für lokal erzeugte Grünstromprodukte.

Als optionale Variante sehen die Initiatoren des ÖMM zudem vor, auch ausländischen Strom aus fEE zur Erfüllung der Mindestanforderungen zur Teilnahme am ÖMM zuzulassen. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung des ÖMM durch den Gesetzgeber dürfte vollends Sicherheit im Hinblick auf die Konformität mit der Warenverkehrsfreiheit hergestellt werden können.

3. Binnenmarkt-Richtlinie

Die Einführung des ÖMM könnte neben primärrechtlichen Vorschriften auch gegen Vorschriften aus dem Sekundärrecht verstoßen, also den für den Elektrizitätsmarkt anwendbaren Richtlinien und Verordnungen der EU. Zu überprüfen ist daher, ob die für die Einführung des ÖMM notwendigen Gesetzesänderungen mit den Vorschriften der Binnenmarkt-Richtlinie (hier 3.) und der EE-Richtlinie (unten 4.) vereinbar sind.

Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie 2009/72/EG⁴⁸ - wortgleich mit Art. 3 Abs. 6 der Vorgänger-Richtlinie 2003/54/EG - (Binnenmarkt-RL)⁴⁹ verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf ihren Rechnungen den Anteil der einzelnen Energiequellen am Gesamtenergieträgermix auszuweisen, „den der Lieferant im vorangegangenen Jahr verwendet hat“. Die Mitgliedstaaten haben des Weiteren gemäß Art. 3 Abs. 9 UAbs. 3 Binnenmarkt-RL dafür zu sorgen, dass die Informationen, die von den Versorgungsunternehmen an ihre Kunden weitergegeben werden, verlässlich sind.

In Deutschland sollen diese Verpflichtungen durch § 42 EnWG und §§ 54ff. EEG umgesetzt werden. Die Verordnungsermächtigung in § 42 Abs. 8 EnWG, mit der die Bundesregierung ermächtigt wird, nähere Vorschriften zur Bestimmung des Energieträgermixes sowie zu dessen Darstellung in einer Rechtsverordnung zu regeln, hat die Bundesregierung bisher nicht in Anspruch genommen. Dieser Verzicht auf eine nähere Regelung erfolgte mit Rücksicht auf eine vom Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft erarbeitete „Umsetzungshilfe“,

⁴⁸ Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. L 205/55.

⁴⁹ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. L 176/37.

den „Leitfaden ‚Stromkennzeichnung‘“.⁵⁰ Dieser Leitfaden wurde und wird von Umwelt- und Verbraucherverbänden sowie ökologisch orientierten Stromversorgern teils heftig kritisiert, dient faktisch jedoch vielen Unternehmen als Orientierung bei der Vornahme ihrer Stromkennzeichnung.

Über die genaue Methodik der Verteilung der jeweiligen Eigenschaften bzw. der Herkunft des Stroms aus verschiedenen Anlagen auf die Endkunden enthält die Binnenmarkt-RL keine Vorschriften. Maßstab der Prüfung der Einhaltung des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL ist, ob mit den nationalen Vorschriften sichergestellt wird, dass die Unternehmen den Anteil der einzelnen Energiequellen am Gesamtenergieträgermix ausweisen, den sie *„im vorangegangenen Jahr verwendet haben“*. Mit anderen Worten verlangt die Richtlinie, dass eine korrekte Auszeichnung des tatsächlich von den Versorgungsunternehmen verwendeten Stroms stattfindet. Eine Ausnahme gilt gemäß Art. 3 Abs. 9 UAbs. 3 der Binnenmarkt-RL für solche Strommengen, deren Herkunft von den Unternehmen nicht genau nachvollzogen werden kann, weil sie an einer Börse gekauft wurden. Für solche Strommengen dürfen die von der Strombörse für das Vorjahr vorgelegten Gesamtzahlen zugrunde gelegt werden. Eine entsprechende weitere Ausnahme gilt für Strom, der von Unternehmen mit Sitz außerhalb der EU bezogen wird.

Mit der Einführung des ÖMM würde die Art und Weise der Zurechnung der Grünstromeigenschaften von direkt vermarkteten EE-Anlagen gegenüber Endkunden verändert werden. Anders als bisher, würde eine wahrhaftige Kennzeichnung des tatsächlich beschafften Stroms stattfinden. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Kennzeichnung von tatsächlich im Rahmen der Direktvermarktung bezogenem Strom aus nach dem EEG geförderten Anlagen eine Erhöhung des rechtlichen Risikos eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarktrichtlinie darstellen könnte.⁵¹ Wie oben dargelegt wurde, ist allein diese Frage nach einer Erhöhung der rechtlichen Risiken gegenüber dem Status quo Prüfungsmaßstab dieses Gutachtens.

Es spricht sogar einiges dafür, dass die in Deutschland vorgeschriebene Kennzeichnung von Strom aus der Direktvermarktung als Graustrom gegen Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarktrichtlinie verstößt und eine Kennzeichnung als Grünstrom gemeinschaftsrechtlich geboten ist: Der klare Wortlaut des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL verlangt eine Kennzeichnung des „Gesamtenergieträgermix, den

⁵⁰ BDEW, Leitfaden „Stromkennzeichnung“ - Umsetzungshilfe für Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Erzeuger und Lieferanten von Strom zu den Bestimmungen über die Stromkennzeichnung, 2012.

⁵¹ Im Ergebnis ist so wohl auch der Endbericht zum Vorhaben „Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG“ (vgl. Sensfuß et al. 2011, a.a.O.) im Rahmen des Erfahrungsberichts 2011 zum EEG zu verstehen, vgl. dort Gliederungspunkt 7.4.1 S. 305 ff.; auf S. 323 kommen die Verfasser nach ausführlicher rechtlicher Analyse ausdrücklich zu dem Ergebnis, dass weiter geprüft werden sollte, bei Einführung einer Marktprämie auch die Vermarktung der Grünstromeigenschaft im Rahmen der Vermarktung zu erlauben.

der Lieferant im vorangegangenen Jahr verwendet hat, und zwar verständlich und in einer auf nationaler Ebene eindeutig vergleichbaren Weise.“

Unter dem Begriff der „verwendeten“ Energie lässt sich nur die tatsächlich vom Energieversorger beschaffte und verkaufte Energie verstehen. Maßgeblich für die Zusammensetzung des Energieträgermixes ist daher die vom Unternehmen tatsächlich beschaffte Energie.

Der Grundsatz des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL gilt generell für alle Arten der Strombeschaffung. Lediglich für an der Börse oder aus dem außereuropäischen Ausland beschafften Strom erlaubt die Richtlinie Abweichungen vom Grundsatz der Kennzeichnung entlang der tatsächlich verwendeten Energie und erlaubt das Zugrundelegen des Strommixes der Börse bzw. des nichteuropäischen Lieferanten. Es gibt keine Hinweise, dass die Richtlinie neben diesen beiden Ausnahmen weitere Ausnahmen vom Grundsatz der Kennzeichnung des verwendeten, d.h. des tatsächlich beschafften und verkauften Stroms zulässt. Der Fall der Direktvermarktung ist vielmehr der klassische Fall eines Direktbezugs von Strom, den der Richtliniengeber bei der Schaffung der Kennzeichnungsvorschrift vor Augen hatte. Auch eine Äußerung der Kommission deutet in die Richtung, dass es um den tatsächlich verkauften Strom der Anbieter geht.⁵²

Demgegenüber verbietet das deutsche Recht die Einbeziehung des tatsächlich bezogenen Stroms aus nach dem EEG geförderten Anlagen in den der Stromkennzeichnung zugrunde zu legenden Energieträgermix des Unternehmens. Dies mag im Sinne der rechtspolitischen Logik des Gesetzgebers zur „Sicherung“ der Zuordnung der Grünstromeigenschaft auf die Verbraucher als Geldgeber der EEG-Umlage konsistent sein, verstößt jedoch gegen den klaren Wortlaut des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL.

Der Erfahrungsbericht zum EEG 2011 spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von einem „kleinen Risiko“ des Verstoßes gegen die Binnenmarkt-RL, hält dieses jedoch für vertretbar.⁵³ Zur Begründung führen die Autoren aus:

„Andererseits spricht der Zweck der Richtlinienbestimmung zur Stromkennzeichnung, der eine vergleichbare und verlässliche Kundeninformation über den Gesamtstrommix herbeiführen will, für eine Ausweisung der EEG-Strommengen durch die EVU, auch wenn die EVU die Strommengen nicht selbst vermarktet haben oder Herkunftsnachweise dafür erhalten haben. Denn diese Strommengen sind ja tatsächlich im Strommix in Deutschland enthalten und werden nicht bereits anderweitig angegeben. Zudem werden die Strommengen jedenfalls mittelbar durch

⁵² European Commission, Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54 and 2003/55 on the Internal Market in Electricity and Natural gas“, S. 2: “The portfolio refers to all electricity sold to final consumers.”

⁵³ Vgl. Sensfuß et al., a.a.O., 2012, S. 320.

die Stromlieferanten über die EEG-Umlage finanziert. Insoweit findet zwar keine unmittelbare Verwendung der Strommengen durch die Stromlieferanten in Deutschland statt, aber eine mittelbare Verwendung darüber, dass diese Strommengen Teil des deutschen Strommixes sind und eine Finanzierung über die Stromversorger erfolgt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte es sogar europarechtliche angezeigt sein, die EEG-Mengen bei der Stromkennzeichnung zu berücksichtigen. Denn die EEG-Strommengen werden in Deutschland erzeugt und von den Lieferanten und im Ergebnis den Endkunden auch bezahlt. Die EEG-Strommengen finden gleichzeitig keinerlei Berücksichtigung bei den von der Stromkennzeichnung erfassten Strommengen.“

Diese Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht angreifbar:

Erstens sprengt es klar den Wortlaut des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL, wenn die Autoren unter der „Verwendung“ von Energie einen bloßen Beitrag zur generellen Finanzierung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien in Deutschland gelten lassen. Ein abstrakter Finanzierungsbeitrag führt nicht dazu, dass die aus den mitfinanzierten Anlagen gelieferte Energie mittelbar von sämtlichen Mitfinanzierern verwendet wird.

Zweitens erscheint es rechtmethodisch problematisch, die Hinwegsetzung über den klaren Wortlaut einer Norm (hier des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL) alleine mit dem angeblichen Sinn und Zweck der Richtlinie zu begründen.

Drittens setzt sich die Argumentation nicht angemessen mit dem Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL auseinander. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass Kunden die Beschaffungsstrategie der Anbieter in ihr Konsumverhalten einbeziehen können und auf der Grundlagen von transparenten Informationen den Anbieter auswählen können, dessen Stromangebot sie am meisten überzeugt. Dieser gewollte Mechanismus wird vom Verbot der Kennzeichnung von direkt beschafften EEG-Ökostrom unterminiert: Die Grünstromeigenschaft wird vom produzierten Strom entkoppelt und auf alle Strom-Anbieter verteilt, unabhängig davon, ob sie tatsächlich Strom aus EEG-Anlagen beziehen oder nicht. Dem Stromkunden wird auf diese Weise die Möglichkeit genommen, für den wachsenden Anteil des direkt vermarkteten EEG-Stroms eine Unterscheidung zwischen solchen Anbietern zu treffen, die aktiv diesen Strom beziehen und vermarkten und Anbietern, die dies nicht tun.

Anders als von Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie gewollt, kann sich somit für einen relevanten Teil des Strommarktes – dem direkt vermarkteten EEG-Strom – kein produktspezifischer Preis bilden. Mit dieser ausdrücklich vom Gesetzgeber gewollten Intervention⁵⁴ wird die Vermarktung von Grünstrom als Graustrom erzwungen und verhindert, dass auf dem Strommarkt für Grünstrom ein höherer Preis erzielt werden kann als für Graustrom. Diese Verhinderung von Markt und Wettbewerb läuft

⁵⁴ BT Drs. 17/6071, S. 87.

sowohl dem Ziel der Binnenmarkt-RL diametral entgegen, als auch den grundsätzlichen Zielen des AEUV.

Diese mangelhafte Umsetzung der Binnenmarkt-RL kann auch nicht dadurch „gerechtfertigt“ werden, dass der Gesetzgeber – wie oben dargelegt - bei der Statuierung der Regelungen des § 54 EEG ausdrücklich das Ziel verfolgte, damit die Eingriffe in den Binnenmarkt zu minimieren, insbesondere im Hinblick auf mögliche Wettbewerbsverzerrungen am Grünstrommarkt. Oben wurde bereits ausführlich dargelegt, weshalb weder das EEG als solches, noch die Mechanismen des ÖMM als Beihilfe einzuordnen sind. Hierauf kann verwiesen werden.

Rechtsmethodisch wäre es überdies unzulässig, einen Verstoß gegen eine klare sekundärrechtliche Pflicht mit einem Hinweis auf mögliche primärrechtliche Komplikationen zu rechtfertigen.⁵⁵ Lediglich Ausnahmen oder Rechtfertigungsgründe in der Richtlinie selbst oder im zeitlich nachfolgenden Sekundärrecht selbst könnten heran gezogen werden, um eine Abweichung von der Regel des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL zu gestatten. Eine Berechtigung für die Mitgliedstaaten zur Statuierung von Ausnahmen zur oben beschriebenen Kennzeichnungspflicht findet sich in der Binnenmarktrichtlinie nicht. Generell wären jedoch auch Rechtfertigungen durch Regelungen in zeitlich nachfolgenden Richtlinien möglich, die dann als *lex superior* oder *lex specialis* der Regelung des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL vorgehen könnten. Einziger Ansatzpunkt hierfür sind die Regelungen in Art. 15 Abs. 7 bis 12 EE-RL, in denen explizit die Rolle von Herkunftsnachweisen zur Erfüllung der Kennzeichnungspflichten gemäß Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarkt-RL (bzw. damals Art. 3 Abs. 6 der Vorgänger-RL) geregelt wird. Die Vorschrift lautet:

„(7) Wird von einem Elektrizitätsversorgungsunternehmen der Nachweis über den Anteil oder die Menge an Energie aus erneuerbaren Quellen an seinem Energiemix für die Zwecke des Artikels 3 Absatz 6 der Richtlinie 2003/54/EG verlangt, so kann es hierfür seine Herkunftsnachweise verwenden.

(8) Die Menge an Energie aus erneuerbaren Quellen, die den Herkunftsnachweisen entspricht, die von einem Elektrizitätsversorger an einen Dritten übertragen wird, ist für die Zwecke des Artikels 3 Absatz 6 der Richtlinie 2003/54/EG von dem Anteil der Energie aus erneuerbaren Quellen an seinem Energiemix abzuziehen.

(9) Die Mitgliedstaaten erkennen die von anderen Mitgliedstaaten gemäß dieser Richtlinie ausgestellten Herkunftsnachweise ausschließlich als Nachweis der in Absatz 1 und Absatz 6 Buchstaben a bis f genannten Angaben an. Ein Mitgliedstaat kann die Anerkennung eines Herkunftsnachweises nur dann verweigern, wenn er begründete Zweifel an dessen Richtigkeit, Zuverlässigkeit oder Wahrhaftigkeit hat.

⁵⁵ Zum Verhältnis primärrechtlicher und sekundärrechtlicher Pflichten siehe bereits oben.

Der Mitgliedstaat teilt der Kommission eine solche Verweigerung und deren Begründung mit.

(10) Stellt die Kommission fest, dass die Verweigerung eines Herkunftsnachweises unbegründet ist, kann sie eine Entscheidung erlassen, die den betreffenden Mitgliedstaat zur Anerkennung des Herkunftsnachweises verpflichtet.

(11) Ein Mitgliedstaat kann in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht objektive, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien für die Verwendung von Herkunftsnachweisen zur Einhaltung der Verpflichtungen nach Artikel 3 Absatz 6 der Richtlinie 2003/54/EG einführen.

(12) In den Fällen, in denen Energieversorger Energie aus erneuerbaren Quellen an Verbraucher mit Bezug zu ökologischen oder sonstigen Vorteilen erneuerbarer Energie vermarkten, können die Mitgliedstaaten verlangen, dass die Energieversorger summarisch Informationen über die Menge oder den Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen aus Anlagen oder Kapazitätserweiterungen, die nach dem 25. Juni 2009 in Betrieb genommen wurden, verfügbar machen.“

Hieraus ergibt sich, dass die EE-Richtlinie lediglich die Voraussetzungen regelt, nach denen die Mitgliedstaaten Herkunftsnachweise für die Erfüllung der Pflicht des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL anzuerkennen haben. Es werden hingegen keinerlei Regelungen getroffen, mit denen die Kennzeichnungspflicht als solche eingeschränkt oder modifiziert wird. Art. 15 Abs. 12 EE-RL enthält sogar eine Erweiterung der Kennzeichnungsmöglichkeiten, indem den Mitgliedstaaten ausdrücklich auch erlaubt wird bei der Kennzeichnung von Erneuerbaren Energien von den Versorgern Hinweise auf das Alter der Anlagen verlangen zu können. Alleine Art. 15 Abs. 11 EE-RL kann in einer Weise interpretiert werden, wonach die Stromkennzeichnung von den Mitgliedstaaten für Erneuerbare Energien von bestimmten Kriterien abhängig gemacht werden darf, wenn vom Versorger Herkunftsnachweise zum Nachweis verwendet werden sollen. § 54 EEG bezieht sich jedoch nicht auf ein Verfahren mittels Herkunftsnachweisen, sodass Art. 15 Abs. 11 EE-RL hierauf nicht anwendbar ist und folglich auch nicht zur Rechtfertigung des Widerspruchs zu Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL heran gezogen werden kann.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass erhebliche Anhaltspunkte dafür sprechen, die derzeitige Regelung der Stromkennzeichnung von Strom aus EEG-Anlagen gemäß § 54 EEG für gemeinschaftsrechtswidrig zu halten. Die Regelung widerspricht sowohl dem klaren Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL.

In jedem Fall kann festgehalten werden, dass die für das ÖMM vorgeschlagenen Regelungen das Risiko eines Verstoßes des EEG gegen Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarkt-RL nicht erhöhen. Im Gegenteil reduziert das ÖMM die rechtlichen Risiken deutlich, da die Kennzeichnung des tatsächlich verwendeten Stroms gemeinschaftsrechtlich geboten erscheint.

4. Erneuerbare-Energien-Richtlinie

Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2009/28/EG⁵⁶ (im Folgenden: EE-RL) sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für Energie aus Anlagen zur Produktion von Strom aus EE auf Antrag des Anlagenbetreibers Herkunftsnachweise auszustellen haben. Diese sollen dazu dienen, die Umsetzung der Stromkennzeichnungspflichten gemäß Art. 3 Abs. 9 der Binnenmarkt-RL für Erneuerbare Energien zu erleichtern. Der Anspruch auf Ausstellung von Herkunftsnachweisen für Betreiber von EE-Anlagen wird in Deutschland durch § 55 Abs. 1 S. 1 EEG umgesetzt.

Als Ausnahme vom Grundsatz der Ausstellungspflicht für Herkunftsnachweise erlaubt Art. 15 Abs. 2 UAbs. 3 EE-RL den Mitgliedstaaten, für geförderte EE-Anlagen keine Herkunftsnachweise auszustellen. Diese Ausnahme nimmt Deutschland mit der Regelung des § 55 Abs. 1 S. 2 EEG in Anspruch, aus der hervorgeht, dass Herkunftsnachweise nicht für Anlagen ausgestellt werden, die eine Einspeisevergütung oder eine Marktprämie nach dem EEG in Anspruch nehmen.

Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Statuierung eines solchen Verbots der Ausstellung von Herkunftsnachweisen durch geförderte Anlagen enthält Art. 15 EE-RL jedoch weder ausdrücklich noch implizit.⁵⁷

Erwägungsgrund 25 der EE-Richtlinie unterstreicht in ungewöhnlich eindeutiger Weise, dass die Richtlinie keinerlei Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung der nationalen Förderinstrumente machen will, sondern den Mitgliedstaaten hierbei weitreichende Freiheit zuweist:

„Die Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Potenziale im Bereich der erneuerbaren Energie und wenden auf nationaler Ebene unterschiedliche Regelungen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen an. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten wendet Förderregelungen an, bei denen Vorteile ausschließlich für in ihrem Hoheitsgebiet erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gewährt werden. Damit nationale Förderregelungen ungestört funktionieren können, müssen die Mitgliedstaaten deren Wirkung und Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potenzial kontrollieren können. Ein wichtiger Faktor bei der Verwirklichung des Ziels dieser Richtlinie besteht darin, das ungestörte Funktionieren der nationalen Förderregelungen, wie nach der Richtlinie 2001/77/EG, zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt und die Mitgliedstaaten wirksame nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele konzipieren können. Diese Richtlinie zielt darauf ab, die grenzüber-

⁵⁶ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. Nr. L 140 S. 16.

⁵⁷ Vgl. Beckmann, Rechtliche Stellungnahme - Marktprämie und Herkunftsnachweise im Regierungsentwurf für das EEG 2012 erstellt für die Lichtblick AG.

schreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen. Sie führt wahlweise Mechanismen der Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten ein, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten vereinbaren können, in welchem Maße ein Mitgliedstaat die Energieerzeugung in einem anderen Mitgliedstaat fördert und in welchem Umfang die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen auf die nationalen Gesamtziele des einen oder des anderen Mitgliedstaats angerechnet wird. Um die Wirksamkeit der beiden Maßnahmen zur Zielerfüllung, also der nationalen Förderregelungen und der Mechanismen der Zusammenarbeit, zu gewährleisten, ist es unbedingt notwendig, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ihre nationalen Förderregelungen für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gelten, und sich durch die Anwendung der in der vorliegenden Richtlinie vorgesehenen Mechanismen der Zusammenarbeit darüber zu einigen.“

Auch der Europäische Gerichtshof spricht den Mitgliedstaaten in seiner jüngsten Rechtsprechung ausdrücklich ein weites Ermessen bei der Ausgestaltung der nationalen Förderregime zu.⁵⁸

Auch das Doppelvermarktungsverbot des Art. 15 Abs. 2 UAbs. 2 EE-RL steht einer Umsetzung des ÖMM nicht im Wege. Diese Vorschrift regelt lediglich, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Grünstromeigenschaft nur ein einziges Mal (sowohl gegenüber Kunden als auch zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der EE-Richtlinie) in Ansatz gebracht werden kann.⁵⁹ Diese Anforderung wird durch das ÖMM sichergestellt.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 26. September 2013, C-195/12, *IBV*, Rz. 61; allerdings beziehen sich die Ausführungen des EuGH noch nicht auf die novellierte EE-RL 2009/28/EG, sondern noch auf die Vorgänger-Richtlinie 2001/77/EG. Der Sache nach dürften die Ausführungen des EuGH jedoch auch für die Rechtslage nach Inkrafttreten der RL 2009/28/EG gelten.

⁵⁹ Siehe hierzu auch *ebd.*, S. 11f.; vgl. auch ausführlich *Sensfuß et al.*, a.a.O., 2012, S. 297ff. sowie 312.

D Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Neben der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit wurde durch das bereits eingangs zitierte Gutachten von *Schlacke/Kröger*⁶⁰ auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Vermarktung von direkt vermarktetem EEG-Strom als Grünstrom grundsätzlich in Frage gestellt. Im Folgenden wird daher die Einführung des ÖMM am Maßstab der Grundrechte geprüft. Nicht eingegangen wird an dieser Stelle auf die zuletzt wieder vorgetragene Kritik, wonach das EEG aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht als unzulässige Sonderabgabe unzulässig sei.⁶¹ Die Argumentationslinie dieser Kritik richtet sich gegen das EEG insgesamt und wird durch die Einführung des ÖMM nicht tangiert, so dass eine Auseinandersetzung mit der Kritik im Rahmen dieses Gutachtens entbehrlich ist.

1. Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Im Rahmen der Untersuchungen zur Reichweite des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL wurde oben herausgearbeitet, dass das Gemeinschaftsrecht eine Stromkennzeichnung verlangt, mit der der tatsächlich verwendete Energiemix der Energieversorgungsunternehmen angegeben wird. Hieraus wurde gefolgert, dass sehr gute Gründe dafür sprechen, den derzeitigen Mechanismus der Stromkennzeichnung gemäß §§ 42 EnWG, 54 EEG für gemeinschaftsrechtswidrig zu halten.

Sollte diese Auffassung zutreffend sein, ergeben sich hieraus auch Konsequenzen im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der Weitergabe der Grünstromeigenschaft. In letzter Konsequenz hieße dies nämlich, dass es gemeinschaftsrechtlich geboten wäre, den Erwerbern von Strom aus der Direktvermarktung gem. § 33 g EEG das Recht zur entsprechenden Kennzeichnung dieses Stroms als Grünstrom zu gewähren.

Dieses Ergebnis steht im Gegensatz zum Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung von *Schlacke/Kröger*. Wenn man an dieser Stelle unterstellt, dass das Ergebnis von *Schlacke/Kröger* aus verfassungsrechtlicher Sicht zutreffend ist (was im Einzel-

⁶⁰ Vgl. *Schlacke/Kröger*, in: NVwZ, 2013, S. 312ff.

⁶¹ Vgl. zuletzt *Manssen*, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, in DÖV 13/2012, S. 499ff; *Manssen*, Der Verfassungsmäßigkeit von EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im Erneuerbare-Energien-Gesetz, in: WiVerw 2012, S. 170; hiergegen jedoch überzeugend *Gawel*, Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage? Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der „neuen Wälzung“ im EEG 2012, UFZ Discussion Papers, Department of Economics 1/2013 (auch 4/2013), S. 25.; *Brandt*, EEG und Finanzverfassungsrecht - Zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der Besonderen Ausgleichsregelung, in: ER, Ausgabe 03/2013, S. 91.

nen im Folgenden überprüft wird) ergibt sich ein Konflikt zwischen Europarecht und Verfassungsrecht.

Der deutsche Gesetzgeber wäre in der Folge verpflichtet, zur korrekten Umsetzung des Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL entsprechende Anpassungen der §§ 42 EnWG, 54 EEG vorzunehmen, was jedoch zu (unterstellten) Grundrechtsverletzungen von Energieversorgern und –kunden führen würde.

Gegen die Unterlassung dieser Verpflichtung kann jedermann – z.B. auch Erwerber von Strom aus der Direktvermarktung – Beschwerde bei der Europäischen Kommission einlegen. Diese kann ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik einleiten, wenn Sie einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL erkennt. Eine hieraus folgende spätere Verurteilung der Bundesrepublik zur entsprechenden Änderung der §§ 42 EnWG, 54 EEG hätte der deutsche Gesetzgeber ungeachtet verfassungsrechtlicher Bedenken umzusetzen.

Zwar stellt das Bundesverfassungsgericht nicht in Abrede, dass sich aufgrund nationaler Gesetze zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakte Verletzungen von Grundrechten des Grundgesetzes ergeben können. Jedoch erfolgt eine grundrechtliche Kontrolle von gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten in aller Regel nicht mehr. In seiner *Solange II*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt:

*„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.“*⁶²

Demnach wäre ein Verstoß gegen Grundrechte von Energieversorgern oder –kunden durch die Übertragung der Grünstromeigenschaft an die Erwerber von Strom aus der Direktvermarktung jedenfalls dann nicht maßgeblich, wenn eine entsprechende Pflicht wie oben dargelegt aufgrund von Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL besteht. Die im Anschluss folgende, vorsorglich durchgeführte Prüfung der grundrechtlichen Zulässigkeit würde sich dadurch erübrigen.

⁶² BVerfG, Urteil vom 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, S. 339.

2. Grundrechte von Energieversorgungsunternehmen

Die Verordnungsermächtigungen des §§ 64 d Nr. 6, 64 f Nr. 6 lit. b) cc) EEG zeigen, dass der Gesetzgeber die Übertragung von Herkunftsnachweisen offenbar grundsätzlich für zulässig gehalten hat. Zumindest war der Gesetzgeber jedoch offenbar davon überzeugt, dass eine verfassungskonforme Ausgestaltung einer solchen Regelung möglich ist.

Schlacke/Kröger kommen in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis, dass eine Ausstellung und Übertragung von Herkunftsnachweisen für marktpremien-geförderten Strom gegen die Berufsausübungs- und Wettbewerbsfreiheit der Stromhändler sowie gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt.⁶³ Im Folgenden soll geprüft werden, ob die für die Einführung des ÖMM erforderlichen Rechtsänderungen im Lichte dieser beiden Grundrechte verfassungskonform wären.

2.1. Art. 12 GG Berufsfreiheit

Die Schaffung der Rechtsgrundlagen für das ÖMM könnte zu einem Eingriff in die Rechte von Energieversorgungsunternehmen führen, indem für bestimmte Energieversorgungsunternehmen negative Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden.

2.1.1. Schutzbereich

Als Beruf wird jede auf Dauer angelegte und auf Erwerb gerichtete Tätigkeit verstanden, die dem Lebensunterhalt dient.⁶⁴ Zumindest inländische Stromhändler sind auch Träger dieses Grundrechts. Die Kennzeichnung von EEG-geförderten Strom als Grünstrom stellt eine Wettbewerbsbedingung dar, die durch die Rechtsänderungen zur Einführung des ÖMM zukünftig in veränderter Art und Weise geregelt werden soll. Ein erheblicher Einfluss auf das wettbewerbliche Umfeld der Stromhändler ist zu erwarten. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit wird somit berührt.

2.1.2. Eingriff

Fraglich ist, ob die erforderlichen Rechtsänderungen für das ÖMM einen Eingriff in das Grundrecht darstellen. *Schlacke/Kröger* beziehen sich in ihrem Gutachten auf die Verfassungsrechtsprechung, wonach ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit jedenfalls dann angenommen werden könne, wenn eine staatliche Maßnahme das Verhalten im Wettbewerb derart reguliert und beeinflusst, dass hierdurch der Wett-

⁶³ *Schlacke/Kröger*, Verfassungsrechtliche Auswirkungen einer Kennzeichnung von marktpremiengeförderten Strom als Grünstrom, Gutachten für das BMU, 2012 (Umdruck) = weitgehend identisch mit *Schlacke/Kröger*, Eine verfassungsrechtliche Bewertung der Kennzeichnung von marktpremien-geförderten Strom, NVwZ 2012, S. 919 ff.

⁶⁴ S. z.B. BVerfGE 111, S. 10, 28 m.w.N.

bewerb verfälscht und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit behindert wird.⁶⁵ Sie sehen einen Eingriff darin, dass die Ausstellung und Übertragung von Herkunftsnachweisen für marktpremien-geförderten Grünstrom vor allem jene Händler bevorteilen würde, die solchen Strom in ihrem Portfolio haben. Demgegenüber wären Graustromhändler benachteiligt. Eine Bevorteilung der Grünstromhändler ergebe sich daraus, dass diese einen zusätzlichen Wert erhielten, weil der Strom zu einem höheren Preis an Endverbraucher weiterverkauft werden könne. Dieser Vorteil bliebe den Graustromhändlern verwehrt. Dies gelte grundsätzlich selbst dann, wenn die Grünstrom-Erwerber einen finanziellen Abschlag auf die Marktpremie zahlen. Eine andere Betrachtung ergebe sich auch nicht daraus, dass ein Stromhändler selber entscheiden könne, ob er sein Stromportfolio entsprechend umstelle. Zum einen sei dies mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden, zum anderen gebe es kein entsprechendes ausreichend großes Angebot an Strom aus der Direktvermarktung, falls die Mehrheit der Händler sich hierzu entschlöße.

An anderer Stelle in ihrem Gutachten – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Suche nach milderem Mitteln - weisen *Schlacke/Kröger* darauf hin, dass ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit „sehr wahrscheinlich“ nicht gegeben wäre, wenn eine Ausweitung der Kennzeichnung als „Grünstrom“ auch auf einspeisevergüteten Strom erfolgt. Auf diese Weise wäre dafür gesorgt, dass nicht nur Teilnehmer an der Direktvermarktung die Grünstromeigenschaft erhielten, sondern alle Marktteilnehmer in gleicher Weise.

Aus dieser Beurteilung ergibt sich, dass auch das ÖMM von *Schlacke/Kröger* wohl nicht als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit gewertet werden dürfte. Auch wenn sich die Untersuchung von *Schlacke/Kröger* bezüglich des Eingriffs alleine auf das Modell der Übertragung von Herkunftsnachweisen bezieht, dürften die Ergebnisse bei Zugrundelegung der dortigen Maßstäbe sinngemäß auf das ÖMM übertragbar sein. Den Autoren geht es darum, dass die Teilnahme an der Direktvermarktung nicht unterschiedlich zur bloßen Zahlung der Einspeisevergütung im Hinblick auf die Stromkennzeichnungsmöglichkeiten behandelt wird.

Eine solche Parallelität bietet das ÖMM. Sowohl der Erwerber der direkt vermarkteten Strommenge als auch das Energieversorgungsunternehmen, das lediglich am Finanzierungsmechanismus des EEG teilnimmt, erhalten gleiche Rechte in Bezug auf die Grünstromeigenschaft. Der Anteil des Stroms aus EEG-Anlagen, der nicht im Wege des ÖMM vermarktet wird, wird weiterhin sämtlichen Energieversorgern und –kunden im Rahmen der Stromkennzeichnung zugerechnet.

⁶⁵ BVerfG 32, 311, 317; 46, 120, 137; 86, 28, 37 (alles zitiert nach *Schlacke/Kröger*, a.a.O., 2012, Fn. 34).

Des Weiteren sieht das ÖMM vor, dass die Teilnehmer an diesem Modell ihr Anrecht auf eine Zuteilung von Grünstromeigenschaften im Rahmen des bisherigen Mechanismus des § 54 EEG verlieren. Dadurch relativiert sich die Menge der netto von anderen Marktteilnehmern zu ÖMM-Teilnehmern „wandernden“ Grünstromeigenschaften.

Hält man den oben zitierten Gedanken von *Schlacke/Kröger* hingegen nicht für das ÖMM für anwendbar, verbleiben dennoch Zweifel an der Eingriffsqualität des ÖMM in das Grundrecht der Berufsfreiheit.

Zunächst ist durchaus zweifelhaft, ob die von *Schlacke/Kröger* dargelegten Prüfungsmaßstäbe zutreffend sind. Fraglich ist zunächst, worin genau der vom Staat verursachte Wettbewerbsnachteil für die Graustromhändler liegt. *Schlacke/Kröger* sehen den Eingriff darin, dass die Grünstromeigenschaft zukünftig nicht mehr gleichmäßig auf alle Energieversorger verteilt wird, sondern nur noch an Erwerber von Strom aus der Direktvermarktung. Der Eingriff soll demnach gleichermaßen aus dem Verlust der Grünstromeigenschaft für den „Graustromhändler“ wie aus der Übertragung derselben an den „Grünstromhändler“ folgen.

Eine Differenzierung dieser beiden Elemente – des Entzugs sowie der Übertragung der Grünstromeigenschaft an Dritte – ist gedanklich sinnvoll: Läge auch ein Eingriff vor, wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließe, die Grünstromeigenschaft von EEG-Strom zukünftig *gar keinem* Marktteilnehmer mehr zukommen zu lassen? Oder ergibt sich der Eingriff erst daraus, dass die Eigenschaft *anderen* Marktteilnehmern übertragen wird? Soweit bereits in einem zukünftigen Verzicht der aktuell vom Gesetz vorgesehenen Kennzeichnung eines Teils des Graustroms als Grünstrom ein Eingriff gesehen wird, würde dies voraussetzen, dass Stromhändler einen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf die derzeitige Grünstromkennzeichnung haben.

Ob es einen solchen verfassungsrechtlichen Anspruch auf dauerhafte Zuweisung eines Anteils der Grünstromqualität an Graustromhändler gibt, ist zweifelhaft. Man kann umgekehrt auch argumentieren, dass ein Grundrechtseingriff darin liege, dem Erwerber von Strom aus der Direktvermarktung die entsprechende Kennzeichnung seines Stroms gegenüber Endkunden zu verwehren. Weder Grünstrom-Anbieter, noch Händler mit überwiegend Graustrom in ihrem Portfolio haben einen natürlichen Vorrang auf das Recht, die Grünstromeigenschaft von EEG-Strom ihren Kunden gegenüber auszuweisen. Es spricht daher einiges dafür, die vom Gesetzgeber zu treffenden Regeln der Allokation des Rechts zur Nutzung der Grünstromeigenschaft eher nach den Grundsätzen der Leistungsverwaltung zu beurteilen als nach den Regeln der Eingriffsverwaltung.

Ebensowenig überzeugt es vollständig, wenn *Schlacke/Kröger* das Vorliegen eines Eingriffs mit dem erhöhten Aufwand begründen, den ein Stromhändler mit dem

Erwerb der Grünstromeigenschaft hätte. Mittlerweile haben praktisch alle Stromanbieter Grün-stromprodukte im Angebot. Sowohl (ausländischer) Öko-Strom, als auch Strom aus der sonstigen Direktvermarktung und Strom aus Direktvermarktung mit Marktprämie sind gängige Produkte, das von spezialisierten Unternehmen an Energieversorger vertrieben werden und von diesen ohne besondere Schwierigkeiten in das eigene Produktportfolio integriert werden können. Der von *Schlacke/Kröger* unterstellte reine „Graustromhändler“, der einen gegenüber Wettbewerbern deutlich erhöhten Aufwand mit dem erstmaligen Erwerb von Grünstrom aus Direktvermarktung hat, ist in der Praxis daher vermutlich eher die Ausnahme. Insbesondere gilt dies für die Einführung eines komplett neuen Vermarktungsmodells wie dem ÖMM. Dieses ist für alle Marktteilnehmer neu und bietet diesen daher weitgehend identische Möglichkeiten und Kosten für seine Inanspruchnahme. Ein gewisser Startvorteil könnte allenfalls für die Unternehmen bestehen, die bereits am Grünstromprivileg teilgenommen haben und damit eine gewisse Erfahrung im Umgang mit den materiellen Anforderungen des ÖMM zur Marktintegration insbesondere der fluktuierenden Erneuerbaren Energien haben.

Die Einführung des ÖMM verhält sich damit weitgehend wettbewerbsneutral im Hinblick auf die Konkurrenzsituation zwischen den Energieversorgern. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass die konkrete Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen des ÖMM zu gewissen Belastungen einzelner oder aller Marktteilnehmer führt. Angesichts der generell eher niedrig anzusetzenden Eingriffsschwelle bei der Berufsausübungsfreiheit wird vorsorglich im Folgenden unterstellt, dass die etwaigen Beeinträchtigungen der Marktpositionen einzelner Wettbewerber eine Eingriffsqualität aufweisen.

2.1.3. Rechtfertigung

Zu prüfen ist, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit einzelner Stromhändler durch Regelungen zur Einführung des ÖMM verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.⁶⁶

Das ÖMM verfolgt mehrere Zwecke, auf die bereits oben eingegangen wurde und deren zwei wichtigsten daher nur kurz in Erinnerung gerufen werden sollen:

- Durch die Zahlung des Marktpreises für die Grünstromeigenschaft, mindestens jedoch 2,50 Euro/MWh, wird eine Entlastung der EEG-Umlage angestrebt.

⁶⁶ BVerfGE 125, 186, 238.

- Mit den Mindestanforderungen an die Anteile der fluktuierenden EE soll die Marktintegration der Erneuerbaren Energien verbessert werden.

Beide Zwecke stellen grundsätzlich im Sinne des Gemeinwohls vernünftige Ziele dar, die grundsätzlich geeignet sind, Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen. Im Hinblick auf diese Zwecke müssen die gesetzlichen Grundlagen für das ÖMM jedoch auch verhältnismäßig sein, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen.

Geeignetheit

Im Hinblick auf das Ziel der Entlastung der EEG-Umlage ist das ÖMM grundsätzlich geeignet, eine Verringerung der EEG-Umlage für die Endverbraucher zu erreichen. Die Höhe der erzielbaren Entlastung ist dabei abhängig von der Anzahl der Teilnehmer am ÖMM und der Menge der Inanspruchnahme des Modells. Die Entlastung wird durch den Preis bestimmt, der für den „Erwerb“ der Berechtigung zur Kennzeichnung des im Wege der Direktvermarktung erworbenen Stroms zu zahlen ist. Für die Teilnehmer am ÖMM ist der Preis nach unten gedeckelt durch den Mindestpreis in Höhe von 2,50 Euro/MWh.

Die energiewirtschaftliche Eignung des ÖMM zur Erfüllung des Zwecks Systemintegration wird an dieser Stelle unterstellt – in dem bereits erwähnten energiewirtschaftliche Gutachten zum ÖMM wird hierauf näher eingegangen.

Erforderlichkeit

Die Einführung des ÖMM müsste auch erforderlich sein, um die genannten Ziele zu erreichen, d.h. es dürfte kein gleich geeignetes, aber im Hinblick auf den Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Energieversorger milderer Mittel zur Verfügung stehen.

Bezüglich des Ziels der Entlastung der EEG-Umlage greift der Gesetzgeber bereits auf diverse Instrumente zurück, um eine Steigerung der EEG-Umlage durch *neue* Anlagen zu minimieren, insbesondere durch permanente Absenkung der Einspeisevergütungen. Die Besonderheit des ÖMM liegt jedoch darin, auch für den *Bestand* die Kosten zu senken. Die gesetzgeberischen Möglichkeiten sind im Hinblick auf eine Senkung der bestehenden Verpflichtungen äußerst begrenzt. Durch das schätzenswerte Vertrauen der Eigentümer bestehender Anlagen in die Ertragskraft ihrer Investitionen fallen diese – aus verfassungsrechtlich wie energiepolitisch leicht nachvollziehbaren Gründen – als Quelle zur Finanzierung einer EEG-Umlagenentlastung aus. Zur Verfügung stehen somit im Wesentlichen marktliche Instrumente, mit denen die freiwillige Mehrzahlungsbereitschaft von Kunden für regional erzeugten Grünstrom genutzt wird. Diese Mehrzahlungsbereitschaft existiert nicht ohne das Angebot der Übertragung der Grünstromeigenschaft auf den

Erwerber. Ein weniger einschneidendes, jedoch ähnlich wirksames Mittel wie die Übertragung der Grünstromeigenschaft im Wege der Direktvermarktung zum Marktpreis ist daher nicht ersichtlich.

Die Erforderlichkeit des ÖMM als Mittel zur schrittweisen Heranführung der Erneuerbaren Energien an den Markt ergibt sich daraus, dass mit diesem Ziel notwendigerweise auch die Heranführung der Grünstromeigenschaft an den Markt verfolgt werden muss. Führt man hingegen das Prinzip weiter, wonach die Grünstromeigenschaft gleichmäßig auf die Energieversorger verteilt wird, erhöht man die Barrieren für den Wechsel in ein Marktsystem ohne besondere Förderung für EE-Anlagen. Im Übrigen ist auch diesbezüglich auf die separat beauftragten Analysen zur energiewirtschaftlichen Funktionsweise und Wirksamkeit des ÖMM zu verweisen.

Angemessenheit

Fraglich ist, ob die vom Eingriff verursachten Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Nutzen stehen.

Schlacke/Kröger vertreten die Auffassung, dass auch bei Absenkung der Marktprämie (wie im ÖMM um 2,50 Euro/MWh vorgesehen) die „Graustromhändler weiterhin über die EEG-Umlage indirekt den Vorteil der Grünstromhändler mitzahlen“. Zudem komme die Entlastung der EEG-Umlage nicht nur den Graustromhändlern zugute, sondern allen Energieversorgern und somit auch den Grünstromhändlern. Deshalb würde die Zahlung eines Abschlags den Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nur minimal abschwächen.

Das letztgenannte Argument, wonach die Entlastung der EEG-Umlage auch den Teilnehmern des ÖMM zu Gute komme, ist zwar grundsätzlich zutreffend, jedoch erkennt es, dass die Belastung der ÖMM-Teilnehmer voraussichtlich um ein Vielfaches höher liegt als die Entlastung. Stellt man die Be- und die Entlastung der Erwerber der Grünstromeigenschaft gegenüber, bleibt netto eine sehr deutliche Belastung übrig, während bei den übrigen Marktteilnehmern eine Entlastung zu verbuchen ist.

Die Belastung der nicht am ÖMM partizipierenden Marktteilnehmer wird zudem durch die zusätzliche Übertragung von Grünstromeigenschaften abgeschwächt. Die Menge der im Rahmen des § 54 EEG zu verteilenden Grünstromeigenschaften wird zwar durch die Übertragung von Grünstrommengen in das ÖMM gemindert.⁶⁷ Im Gegenzug verringert sich jedoch auch die Menge der Marktteilnehmer, die vom Verteilmechanismus des § 54 EEG profitieren, da die ÖMM-Teilnehmern an der Ver-

⁶⁷ Diese Menge kann durch den zunächst optional vorgesehenen Mengendeckel für das ÖMM auf einem überschaubaren Niveau gehalten werden.

teilung der außerhalb des ÖMM generierten Grünstromeigenschaften nicht teilnehmen.

Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, d.h. die Angemessenheit des ÖMM zur Erfüllung des Zwecks Systemintegration in Verhältnis zu den Grundrechtsbeeinträchtigungen ist wiederum auf die im energiewirtschaftlichen Gutachten zum ÖMM hingewiesenen Effekte zur Systemintegration der fEE hinzuweisen. Die überragende Bedeutung der zukünftigen verbesserten Marktintegration auf Kundenseite wird von EU-Kommission in einer jüngeren Mitteilung ebenso hervorgehoben wie der hierfür notwendige Umbau der Fördersysteme.⁶⁸ Auch auf die grundsätzlich positiven Erfahrungen mit dem Grünstromprivileg ist hinzuweisen.⁶⁹

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass das Ziel der Direktvermarktung, den deutschen Grünstrom an den Markt heran zu führen, damit dieser langfristig ohne besondere Förderung im Markt bestehen kann, zu den überragenden Herausforderungen der Energiewende gehört. Diese hohe Bedeutung der Systemintegration der Erneuerbaren Energien ist in der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zu berücksichtigen. Hierzu gehört auch die schrittweise Heranführung der Grünstromeigenschaft. Das bisherige Prinzip, wonach die Grünstromeigenschaft gleichmäßig auf die Energieversorger verteilt wird, stellt ein erkennbares Hindernis für den Wechsel in ein Marktsystem ohne besondere Förderung für EE-Anlagen dar.

Auch wenn die Konturen eines solchen Marktregimes ohne besondere Förderung heute noch nicht feststehen, müssen bereits heute die Weichen so gestellt werden, dass ein möglichst gleitender Übergang aus dem heutigen Förderregime gelingt. Ein solcher gleitender Übergang erfordert eine schrittweise Integration der Grünstromeigenschaft in ein Marktregime. Hält man hingegen auch in einem System mit einem Anteil von 60 oder 80% EEG-Strom die Grünstromeigenschaft vom Markt und wechselt dann in ein neues Marktregime, muss abrupt ein neues System zur Integration der Grünstromeigenschaft gefunden werden, mit dem keine schrittweisen Erfahrungen gesammelt werden konnten.

Ziel muss daher sein, parallel zum Ausbau der EE-Menge und zur Absenkung der individuellen Förderungshöhe auch Wege zur Vermarktung der Grünstromeigenschaft des Stroms zu finden.

Gegenüber der hohen energiewirtschaftlichen und umweltpolitischen Bedeutung des verfolgten Ziels und der erwarteten positiven Auswirkungen des ÖMM zur

⁶⁸ Europäische Kommission, a.a.O., 2013, S. 19.

⁶⁹ Vgl. Hummel, Direktvermarktung über das Grünstromprivileg – ein wirksamer Beitrag zur Systemintegration, in: ET, 8/2012 S. 49.

Erreichung dieser Ziele erscheinen die gegebenenfalls verbleibenden Grundrechtsbeeinträchtigungen jedenfalls nicht unverhältnismäßig.

2.2. Art. 3 Abs. 1 GG Gleichheitsgrundsatz

Nach der Gesetzesbegründung zur heutigen Regelung des § 54 EEG war das Ziel dieser Regelung eine Gleichbehandlung mit dem gem. § 16 EEG vergüteten Strom.⁷⁰ Eine mögliche Ungleichbehandlung dieser Gruppen steht auch im Mittelpunkt der Prüfung von *Schlacke/Kröger*, die im Ergebnis zu einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kommen. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet es im Kern, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln.⁷¹

Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt *Schlacke/Kröger* zufolge vor, da es innerhalb der Gruppe der Stromhändler die Untergruppen der Grau- und der Grünstromhändler gebe, die im Fall der Übertragung der von Herkunftsnachweisen für Anlagen aus der Direktvermarktung ungleich behandelt würden.

Im Hinblick auf den Grundrechtseingriff lässt sich insoweit auf das oben zu Art. 12 Abs. 1 GG gesagte verweisen, als dass die im ÖMM vorgesehene Gleichbehandlung der Direktvermarktung und der Einspeisevergütung die Eingriffsqualität in Frage stellt. Insbesondere ist nicht vorgesehen, der einen Gruppe handelbare Herkunftsnachweise zu übertragen und der anderen Gruppe nicht. Beide Gruppen erhalten vielmehr lediglich das Recht, eine bestimmte Menge Strom als „Strom aus Erneuerbaren Energien, gefördert nach dem EEG“ zu kennzeichnen. Durch den gesetzlich anzuordnenden Verzicht der ÖMM-Teilnehmer auf die Zuteilung von Kennzeichnungsrechten aus der Einspeisevergütung wird der Verlust von Grünstromanteilen für die Nicht-Teilnehmer am ÖMM mindestens partiell kompensiert.

Als wesentlichen Unterschied zwischen den Teilnehmern an der Direktvermarktung nach dem ÖMM und den Nicht-Teilnehmern ist darüber hinaus darauf zu verweisen, dass die Einspeisevergütung eine Vollvergütung bringt, während über die Marktprämie nur eine Teilvergütung erzielt werden kann.⁷²

Geht man dennoch von einem Eingriff in den Schutzbereich in Art. 3 Abs. 1 GG durch die Schaffung von Regelungen für das ÖMM aus, ist zu prüfen, inwieweit dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dies ist dann der Fall, wenn Ungleichbehandlung und Differenzierungsgrund in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Zwischen ungleich behandelten Sachverhalten müssen Unterschiede von

⁷⁰ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zu Nr. 33, § 54 EEG, S. 173.

⁷¹ BVerfG 98, S. 365, 385.

⁷² Vgl. Beckmann, a.a.O., S. 17.

solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Zutreffend weisen *Schlacke/Kröger* darauf hin, dass die Unterscheidung zwischen verschiedenen Stromversorgern rein anhand von sachlichen Unterscheidungsmerkmalen vorgenommen wird und somit weniger strenge Kriterien anzulegen sind als bei Differenzierungen, die an personenbezogenen Merkmalen anknüpfen. Bei sachbezogenen Unterscheidungskriterien hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.⁷³ Der von *Schlacke/Kröger* für das Modell der Übertragung von Herkunftsnachweisen im Rahmen der Direktvermarktung festgestellte rechtliche „Systembruch“, der diesen Spielraum überschreite, kann für das ÖMM indessen nicht konstatiert werden. Wie bereits oben dargelegt wurde, orientiert sich das System der Stromkennzeichnung des ÖMM am hierfür maßgeblichen Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL. Das ÖMM etabliert zudem ein System, das in kohärenter Weise die Grünstromeigenschaft aus Anlagen mit Einspeisevergütung den nicht am ÖMM teilnehmenden Unternehmen zuweist. Wenn überhaupt ein Systembruch vorliegt, dann liegt dieser darin, dass das EEG von den gemeinschaftsrechtlichen Normen abweicht und neben Art. 3 Abs. 9 Binnenmarkt-RL auch eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 15 Abs. 2 EE-RL statuiert, dass für Anlagen zur Produktion von Erneuerbaren Energien Herkunftsnachweise auszustellen sind.

Im Hinblick auf die Rechtfertigung einer (hilfsweise unterstellten) unterschiedlichen Behandlung von Stromversorgungsunternehmen ist im Übrigen auf die oben im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG gemachten Ausführungen zu verweisen. Auch im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Gleichbehandlungsgebot sind die Ziele zu berücksichtigen, die mit den gesetzlichen Maßnahmen zur Einführung des ÖMM verfolgt und in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise erreicht werden und somit einen Eingriff auch in Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen können.

3. Grundrechte Stromkunden, Art. 2 Abs. 1 GG

Denkbar ist, dass durch die Einführung des ÖMM Grundrechte von Stromkunden eingeschränkt werden. *Schlacke/Kröger* sehen eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Übertragung von Herkunftsnachweisen an geförderte EE-Anlagen im Wege der Direktvermarktung. Hierin liege ein Element der Täuschung, da die Stromkunden von Graustromhändlern mit ihrer EEG-Umlage die Herstellung des Stroms finanzieren würden, während die Grünstromeigenschaft auf einen Grünstromhändler bzw. dessen Kunden transferiert werde, der dafür keinen annähernd angemessenen Wert bezahlt hat. Dies gelte dem Grunde nach auch dann, wenn der Erwerber der Grünstromeigenschaft einen Preis in Form eines Abschlags

⁷³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., Art. 3 Rn. 20.

auf die Marktpremie zahle. Dadurch werde die EEG-Umlage zwar entlastet, jedoch mindere dies lediglich die Eingriffstiefe in Abhängigkeit von der Höhe des Abschlags und der dadurch erzielbaren EEG-Entlastung.

Während der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG betroffen ist, erscheint fraglich, ob der von *Schlacke/Kröger* unterstellte Eingriff durch die Hervorrufung einer falschen Vorstellung auf Seiten der Verbraucher tatsächlich vorliegt.

Dies würde voraussetzen, dass mit der bisherigen Stromkennzeichnung ein kohärentes und transparentes System vorliegt, dass eine genaue Zuteilung der Grünstromeigenschaft auf die Stromkunden entsprechend ihrer EEG-Umlage vornimmt. Wenn ein solches System vorliegt, kann sich hieraus für informierte Stromkunden die berechtigte Erwartung begründen, dass systemwidrige Umverteilungen zu seinen Lasten unterbleiben. Liegt hingegen lediglich ein System vor, dass bereits sehr ungenau und wenig transparent eine Verteilung der Grünstromeigenschaft auf die Endkunden vornimmt, wird von einer „Täuschung“ des Endkunden nicht die Rede sein können, wenn innerhalb des Systems untergeordnete Verschiebungen von Grünstromeigenschaften vorgenommen werden.

Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, liegt ein kohärentes und transparentes System der Zuordnung von Grünstromeigenschaften nach dem EEG nicht vor. Dies liegt darin begründet, dass der Gesetzgeber in § 54 EEG lediglich eine Kennzeichnung des Strommixes des gesamten Energieversorgers verlangt, nicht jedoch eines bestimmten Tarifs oder einer bestimmten Kundengruppe. Für Energieversorger ist es daher zulässig, wenn sie gegenüber privaten Endkunden lediglich ihren Gesamt-Strommix angeben. Daher gehen bei Stromhändlern, die auch gem. §§ 40 ff. EEG privilegierte Unternehmen beliefern, bei der Kennzeichnung des Strommixes in sehr relevanter Höhe „verloren“. Mit anderen Worten akzeptiert der Gesetzgeber des EEG bereits heute, dass den Endverbrauchern nicht die gesamte Grünstromeigenschaft in der Höhe gutgeschrieben wird, die er finanziert.

Dieser etwas kompliziert darzustellende Sachverhalt erfordert eine eingehende Erläuterung mit Beispielen aus der Praxis, ökonomischen Methoden und Beispielsrechnungen.

Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVUs) sind verpflichtet, mit der Rechnung den Kunden u.a. folgende Informationen bereitzustellen:

- den Anteil der nach dem EEG geförderten Energie am vom EVUs im letzten oder vorletzten Jahr verwendeten Energieträgermix (§ 42 Abs. 1 S. 1 EnWG),
- den Anteil der nach dem EEG geförderten Energie am bundesdurchschnittlichen Energieträgermix (§ 42 Abs. 2 EnWG), sowie

- jeweils für Kunden, „deren Pflicht zur Zahlung der EEG-Umlage nach den §§ 40 bis 43 [EEG] begrenzt ist“ („Privilegierte“), den Anteil am Energieträgermix der vom Kunden bezogenen und von ihnen über die EEG-Umlage bezahlten durch das EEG geförderten Energie (§54 Abs. 4 EEG).

Diesen Regelungen liegt das Prinzip zugrunde, dass Stromrechnungen den Kunden oder Kundengruppen einen EEG-Stromanteil ausweisen müssen, der ihren Beitrag zur bundesweiten EEG-Umlage widerspiegelt. Während jedoch das Gesetz explizit eine Ausweisung des um den (verringerten) Umlagebeitrag korrigierten EEG-Stromanteils für privilegierte stromintensive Kunden vorschreibt, bleibt es den Energieversorgungsunternehmen überlassen, ob sie neben den ebenfalls vorgeschriebenen unternehmens- und bundesweiten EEG-Strom-Quoten zusätzlich einen Anteil für die nicht privilegierten Abnehmer ausweisen.⁷⁴ Obgleich viele Versorger freiwillig diese gesonderte Ausweisung für nicht-privilegierte Kunden leisten, sind die entsprechenden Angaben oft sehr unterschiedlich oder unklar dargestellt. So wird verschiedentlich vom „verbleibenden Strommix“, vom „Restmix“ oder vom „Energieträgermix für nach dem EEG nicht privilegierte Unternehmen“ gesprochen.⁷⁵

So entsteht die Frage, ob in dem Fall, dass ein EVU auf die separate Ausweisung des Strommixes für die nicht-privilegierten Kunden verzichtet, solche Kunden getäuscht werden, wenn sie auf ihrer Rechnung lediglich den (geringeren) anbieterweiten EEG-Stromanteil sehen und somit gewissermaßen eine geringere ökologische Qualität ihres Stromes bescheinigt bekommen als diejenige, die der Höhe der von ihnen gezahlten EEG-Umlage entspräche. (Bei vorhandener Ausweisung, aber unzureichender Erläuterung des Strommixes für nicht-privilegierte Kunden wäre demnach ebenfalls eine Täuschung zu vermuten.)

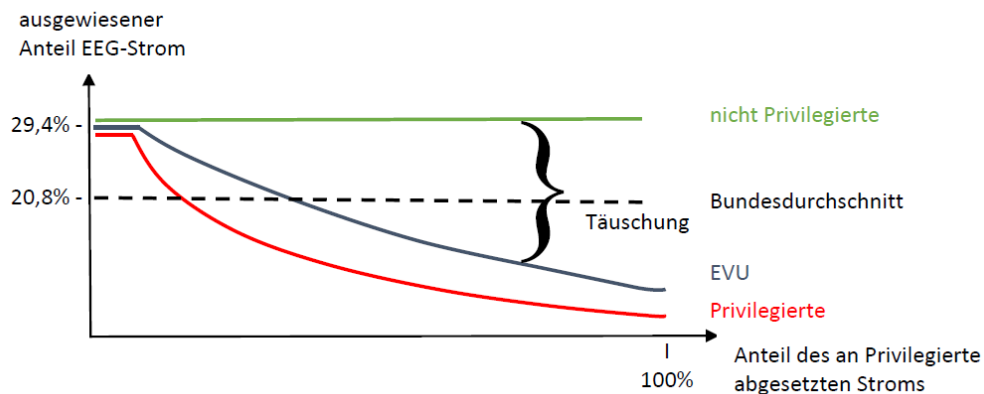
Zur Beantwortung dieser Frage bietet sich zunächst ein Blick auf die Bundesebene an. Der Anteil von EEG-Strom am deutschen Strommix betrug in 2012 20,8%, wie gemäß § 42 Abs. 2 EnWG auf jeder aktuellen Stromrechnung nachzulesen sein sollte. Die Vergütung dieser Strommengen an die EEG-Anlagenbetreiber wurde aber bekanntermaßen nicht im gleichen Maße von allen Kundengruppen getragen; stromintensiven Unternehmen und Schienenbahnen werden gemäß der Besonderen Ausgleichsregelung des EEG verminderte EEG-Sätze gewährt. Dementsprechend leisten alle nicht privilegierten Verbraucher einen umso höheren Betrag zum Gesamtaufkommen der EEG-Umlage. Der ihnen gemäß dem oben genannten Prinzip zuzurechnende Anteil an EEG-Strom ist deshalb proportional höher, nämlich lag er 2012 bei 29,4%. Dieser Anteil ist für alle nicht privilegierten Verbraucher in einem

⁷⁴ Vgl. BDEW, a.a.O., 2012, S. 11.

⁷⁵ Diese Formulierungen verwenden die infra fürth, die Stadtwerke Bochum bzw. die GDF SUEZ auf ihren Internetseiten zur Stromkennzeichnung.

Jahr gleich, unabhängig von ihrem EVU, und erfindet sich deshalb auch gleichlautend auf vielen, aber eben nicht allen, Stromrechnungen. Der den nicht privilegierten Verbrauchern zuzurechnende Anteil wird im Folgenden mit „ A_N “ bezeichnet.

Während also A_N in einem Jahr konstant ist, hängt der laut § 42 Abs. 1 S. 1 EnWG auszuweisende Energieträgermix des EVUs von seiner Kundenstruktur ab, wie die untenstehende Abbildung schematisch zeigen soll.



Auf der horizontalen Achse seien steigende Anteile des von einem EVU an privilegierte Kunden abgesetzten Stroms abgezeichnet, auf der vertikalen Achse die an verschiedene Kundengruppen auszuweisenden EEG-Stromanteile. Zur Vereinfachung der Darstellung, aber ohne Einschränkung der Allgemeingültigkeit der Aussagen, wird angenommen, dass das EVU nur einen einzigen stromintensiven Kunden versorgt.

Liefert ein EVU fast ausschließlich an Privatkunden, wird für jede Kilowattstunde die volle EEG-Umlage entrichtet, denn selbst der Industriekunde kann bei den geringen Strommengen noch keine Erleichterung geltend machen. Somit ist der für den potentiell privilegierten Kunden ausgewiesene EEG-Stromanteil, nennen wir ihn A_p , gleich A_N . Der EEG-Anteil im Strommix des gesamten EVU, A_{EVU} , beträgt als gewichteter Durchschnitt von A_N und A_p ebenfalls 29,4%. Wenn hingegen das EVU seinen Absatz zum Industriekunden hin verlagert, kommt jener zunehmend in den Genuss der Besonderen Ausgleichsregelung, und entsprechend seiner sinkenden EEG-Zahlungen pro kWh sinkt auch der ihm ausgewiesene A_p .

Gleichzeitig führt das EVU weniger EEG-Umlage ab, deshalb sinkt auch A_{EVU} , während A_N konstant bleibt.

Nicht privilegierte Verbraucher, auf deren Stromrechnung A_{EVU} , nicht jedoch A_N ausgewiesen ist, könnten sich über die Qualität des an sie gelieferten Stroms getäuscht

sehen, zumindest bleibt diese ihnen verborgen: Beahlt haben sie für A_N , ausgewiesen wird laut Rechnung jedoch nur A_{EVU} . Der Umfang der Unklarheit oder Täuschung – die Differenz zwischen A_N und A_{EVU} – steigt mit dem Ausmaß der „Privilegierung“ im Kundenmix des EVU. Hat ein EVU keinerlei privilegierte Kunden – als Beispiel sei Greenpeace Energy genannt – so gilt $A_{EVU} = A_N = 29,4\%$,⁷⁶ die Kunden können keiner Täuschung aufliegen, selbst wenn A_N auf der Stromrechnung nicht genannt würde. GDF SUEZ hingegen lieferte 2012 einen nennenswerten Anteil seines Stroms an privilegierte Abnehmer, was an der Differenz zwischen A_N und A_{EVU} von immerhin sechs Prozentpunkten abzulesen ist.⁷⁷ Jedoch weist auch GDF den Anteil A_N aus. Dass auf Bundesebene die Differenz zwischen A_N und dem tatsächlichen Anteil von EEG-Strom im Netz (2012: 20,8%) deutlich höher ist als der Unterschied bei den meisten EVUs liegt daran, dass einige sehr große Stromabnehmer ihren Bedarf direkt über die Börse oder über spezialisierte Händler decken. Die durch ihre stark reduzierte EEG-Umlagezahlung verursachte Differenz zu A_N taucht deshalb in den Stromkennzeichnungen „herkömmlicher“ EVUs gar nicht auf.

Um die Abhängigkeit der Differenz zwischen A_N und A_{EVU} einerseits und der Kundenstruktur des EVUs andererseits noch einmal zu verdeutlichen, sind unten die relevanten Kennwerte für drei exemplarische EVUs berechnet. Jeweils wird von einem Absatz in 2012 von 400 GWh ausgegangen, von dem 5% bzw. 20% bzw. 50% auf einen einzelnen stromintensiven Industriekunden entfallen. Weitere für die gemäß §54 EEG durchgeführte Berechnung notwendige Informationen sind die EEG-Umlage in 2012 von 3,592 ct/kWh sowie der „EEG-Quotient“ von 2012: 8,177 kWh/€. ⁷⁸

	Anteil des Absatzes an privilegierte Verbraucher		
	5%	20%	50%
Absatz an Nicht-privilegierte	380 GWh	320 GWh	200 GWh
Absatz an Privilegierte	20 GWh	80 GWh	200 GWh
Umlage der Nicht-privilegierten relativ	3,592 ct/kWh	3,592 ct/kWh	3,592 ct/kWh
Umlage der Nicht-privilegierten gesamt	13.649.600 €	11.494.400 €	7.184.000 €
Umlage der Privilegierten relativ	0,359 ct/kWh	0,117 ct/kWh	0,075 ct/kWh
Umlage der Privilegierten gesamt	71.840 €	93.392 €	150.576 €
Umlage des EVUs gesamt	13.721.440 €	11.587.792 €	7.334.576 €
EEG-Anteil des EVUs	28,1%	23,7%	15,0%
EEG-Anteil der Nicht-privilegier-	29,4%	29,4%	29,4%

⁷⁶ Vgl. *Greenpeace Energy*, Stromkennzeichnung 2012.

⁷⁷ Vgl. *GDF Suez*, Stromkennzeichnung für die Stromlieferung im Jahr 2012.

⁷⁸ Vgl. *EEG-KWK.net*, EEG-Mengentestat 2012 auf Basis von WP-Bescheinigungen. Angaben zu Stromeinspeisemengen und Vergütungen nach dem EEG.

ten			
Differenz	1,3%	5,7%	14,4%

Wie aus den obigen Zahlen ersichtlich, ist der Umfang der Unklarheit bzw. Täuschung von privaten Endverbrauchern über ihren im Wege der Zahlung der EEG-Umlage erbrachten Finanzierungsbeitrag zum Ausbau der Erneuerbaren Energien bereits im Jahr 2012 beträchtlich gewesen. Aufgrund des massiven Anstiegs der Anspruchsberechtigten bzw. Anspruchsteller nach der Besonderen Ausgleichsregelungen muss für das Jahr 2013 mit einer erheblichen Steigerung der im Wege der Stromkennzeichnung „verlorenen“ Grünstromeigenschaften von nicht-privilegierten Endverbrauchern gerechnet werden.

Der diesen Verbrauchern zuzuordnende EEG-Strom dürfte von knapp 30% in eine Größenordnung in Richtung 40% steigen. In Unternehmen mit einem hohen Anteil von privilegierten Endkunden dürfte der Anteil des „EE-Stroms, gefördert nach dem EEG“ am Gesamtenergiemix hingegen sinken. Dieser Gesamtenergiemix des Unternehmens ist jedoch der einzige Energiemix, den der Stromversorger gegenüber nicht-privilegierten Kunden auszuweisen hat. Somit führt bereits die derzeitige Rechtslage zu einer Stromkennzeichnung, in der die dem Endverbraucher ausgewiesene Menge der Grünstromeigenschaft um ein Vielfaches geringer sein kann (und auch in der Praxis geringer ist) als die Menge des von diesem über die EEG-Umlage finanzierten Anteils an Strom aus Anlagen, die nach dem EEG gefördert werden.

Bei dieser Ausgangssituation verbietet es sich, eine untergeordnete Verschiebung von Grünstromeigenschaften durch das ÖMM als eine relevante „Täuschung“ anzusehen. Die gegenwärtigen Rechtsvorschriften bieten keinerlei Anlass, eine entsprechende Erwartung beim Verbraucher zu wecken, dass sein Finanzierungsbeitrag in einem quantitativ realen Verhältnis zur gekennzeichneten Menge des EE-Anteils seines Versorgers steht. Sofern man dennoch im ÖMM eine entsprechende Täuschung und einen ungerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG sieht, würde dies erst recht auf die Vorschrift des § 54 EEG zutreffen.

Unterstellt man gleichwohl einen Grundrechtseingriff zu Lasten anderer Stromkunden, weil diese ggf. weniger Grünstrom-Eigenschaften im Rahmen der Stromkennzeichnung zugerechnet bekommen, so wäre dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass die Eingriffsintensität durch mehrere vorgesehene Regelungen minimiert wird: Durch die quantitative Begrenzung des ÖMM auf maximal 30% der Direktvermarktung sowie durch den vorgeschlagenen Wegfall der automatischen „Zuweisung“ von Grünstrom-Kennzeichnungsrechten gemäß § 54 EEG an die ÖMM-Teilnehmer wird die mögliche Verschiebung von Grünstromeigenschaften von vornherein auf einen überschaubaren Umfang beschränkt; zudem werden alle Stromkunden durch die Zahlungen der ÖMM-Marktteilnehmer von der EEG-Umlage in einem gewissen Umfang entlastet, während die ÖMM-Kunden erhebliche Mehrkosten tragen, um

die energiewirtschaftlichen Anforderungen des ÖMM zu erfüllen und damit einen Beitrag zur Verbesserung der Stabilität und Nachhaltigkeit des Energiesystems leisten, von dem letztlich wieder alle Stromkunden profitieren. Angesichts dessen erscheint es nicht unverhältnismäßig, den Gemeinwohlbelang der Sicherung einer stabilen und umweltverträglichen Energieversorgung – für welche die Systemintegration der fluktuierenden Erneuerbaren Energien unabdingbar ist – mit den für das ÖMM vorgesehenen Mitteln zu verfolgen.

Literaturverzeichnis

- Beckmann, Bernd (o.J.): Rechtliche Stellungnahme - Marktprämie und Herkunftsnachweise im Regierungsentwurf für das EEG 2012 erstellt für die Lichtblick AG, <http://www.lichtblick.de/ufile/110622-Rechtsgutachten-Oekostrom-Qualitaetsuebertrag-Marktpraemie.pdf>, (letzter Abruf: 13.12.2013).
- Bloch, Julia (2012): Unentgeltliche Vergabe handelbarer Emissionszertifikate als staatliche Beihilfe, in *Netzwirtschaften und Recht (N & R)* 2012, S. 19-23.
- Bloch, Julia (2013): Die EEG-Umlage - Verstoß gegen das Zollverbot, in *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 2013, S. 113-119.
- Brandt, Edmund (2013): EEG und Finanzverfassungsrecht - Zur Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der Besonderen Ausgleichsregelung, in *EnergieRecht Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis (ER)*, Ausgabe 03/2013, S. 91-97.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) (2011): Erfahrungsbericht 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht), gemäß § 65 EEG vorzulegen dem Deutschen Bundestag durch die Bundesregierung.
- Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) (2012): Leitfaden „Stromkennzeichnung“ - Umsetzungshilfe für Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Erzeuger und Lieferanten von Strom zu den Bestimmungen über die Stromkennzeichnung (§ 42 Abs. 1 bis 8 EnWG 2011 i. V. m. §§ 54 und 55 EEG 2012) Gültig ab dem Bilanzierungsjahr 2011, Stand: 27. August 2012, [https://www.bdew.de/internet.nsf/id/C3492DF52ECE0088C1257906002AAACC/\\$file/LeitfadenStromkennzeichnung.pdf](https://www.bdew.de/internet.nsf/id/C3492DF52ECE0088C1257906002AAACC/$file/LeitfadenStromkennzeichnung.pdf) (letzter Abruf: 13.12.2013).
- Cremer, Wolfram (2007): Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht - Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1.7.2007 gemeinschaftsrechtswidrig? in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2007, S. 591-595.
- EEG-KWK.net (2013): EEG-Mengentestat 2012 auf Basis von WP-Bescheinigungen. Angaben zu Stromeinspeisemengen und Vergütungen nach dem EEG, http://www.eeg-kwk.net/de/file/2012_EEG-Jahresabrechnung_.pdf, (letzter Abruf: 13.12.13).
- Ekhardt, Felix; Schmeichel, Andrea (2009): Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – Nationale

- Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht, in Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), 2009, S. 171-218.
- Erk, Claudia (2008): Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008.
- Europäische Kommission (2011): Beschluss der Kommission vom 8.3.2011 über die Staatliche Beihilfe in der Sache C 24/2009 (ex N 446/2008), Staatliche Beihilfe für energieintensive Unternehmen.
- Europäische Kommission (2013): Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts und optimale Nutzung staatlicher Interventionen, Mitteilung der Kommission vom 5. November 2013, C(2013)7243 final.
- European Energy Exchange (EEX) (2013): EEX Final Settlement Prices for Futures on Guarantees of Origin December 2013. <http://cdn.eex.com/document/150563/20131205%Customer%20Information%20FSP%20GoO%20DEC13.pdf> (letzter Abruf: 13.12.12).
- Frenz, Walther (2012): Energiewende und Beihilfeverbot, in Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) 2012, S. 34–36.
- Gawel, Erik (2013): Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage? Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der „neuen Wälzung“ im EEG 2012, UFZ Discussion Papers, Department of Economics 1/2013 (auch 4/2013), http://www.ufz.de/export/data/global/46321_1_2013%20Gawel_Finanzverfassungsrecht%20EEG-Umlage_gesamt.pdf (letzter Abruf: 13.12.2013).
- GDF Suez (2013): Stromkennzeichnung für die Stromlieferung im Jahr 2012, <http://www.gdfsuez-energysales.de/sites/default/files/Stromkennzeichnung2013.pdf> (letzter Abruf: 13.12.13).
- Greenpeace Energy (2013): Stromkennzeichnung 2012, <http://www.greenpeace-energy.de/engagement-unsere-stromqualitaet/stromkennzeichnung.html> (letzter Abruf 13.12.13).
- Greinacher, Dominik: Besondere Ausgleichsregelung als Beihilfe?, in EnergieRecht – Zeitschrift für die gesamte Energierechtspraxis (ER), Ausgabe 03/2013, S. 97.
- Haucap, Justus; Kühling, Jürgen (2013): Zeit für eine grundlegende Reform der EEG-Förderung – das Quotenmodell, in Energiewirtschaftliche Tagesfragen (ET) - Zukunftsfragen, 2013, S. 41, http://www.et-energie-online.de/Portals/0/PDF/zukunftsfragen_2013_03_komplett.pdf (letzter Abruf: 13.12.2013).

- Hummel, Oliver (2012): Direktvermarktung über das Grünstromprivileg – ein wirk-samer Beitrag zur Systemintegration, in *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* (ET), 2012, Heft 8, S. 49-51.
- Karpenstein, Ulrich; Schneller, Christian (2005): Die Stromeinspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, in *Recht der Energiewirtschaft* (RdE), 2005 (1), S. 6ff.
- Klinski, Stefan (2005): Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG, in *Zeitschrift für neues Energierecht* (ZNER) 2005 Heft 3, S. 207-215.
- Koenig, Christian; Kühling, Jürgen (2001): How to cut a long story short: Das PreusenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührens-system, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (ZUM) (7) S. 537-546.
- Kühling, Jürgen (2001): Von den Vergütungspflichten des EEG bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes: Die deutsche Energie-rechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, *Recht der Energiewirtschaft* (RdE), 2001, S. 93-102.
- Lehnert, Wieland (2012): Markt- und Systemintegration der Erneuerbaren-Energien: Eine rechtliche Analyse der Regeln zur Direktvermarktung in EEG 2012, *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR) 2012, S. 4 ff.
- Manssen, Gerrit (2012a): Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, in *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2012, S. 499-504.
- Manssen, Gerrit (2012b): Der Verfassungsmäßigkeit von EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im Erneuerbare-Energien-Gesetz, *Wirtschaft und Verwaltung* (WiVerw) 2012, S. 170 – 187.
- Mombaur, Peter; Kohl, Ulrike (2003): Warum und wie erneuerbare Energien EU-weit gefördert werden müssen, in *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* Heft 10/2003, S. 626-628.
- Müller, Thorsten; Bitsch, Christian (2008): Grünstromzertifikate im EG-Binnenmarkt : eine Darstellung verschiedener Modelle und ihrer Bedeutung für die Wa-renverkehrsfreiheit, *Zeitschrift für neues Energierecht* (ZNER) 2008, S. 197-202.
- Schlacke, Sabine; Kröger, James (2012): Eine verfassungsrechtliche Bewertung der Kennzeichnung von marktpremien-gefördertem Strom als Grünstrom, Aufsatz, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ) 2012, S. 919-925.

- Schlacke, Sabine; Kröger, James (2013): Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG – Eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40ff. EEG), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2013, S. 312-319.
- Schütt, Manuel (2012): Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Umweltschutz und Binnenmarkt im europäischen Beihilferecht - ein Rechtsrahmen für nationale Umweltschutzbeihilfen, Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER), 2012, S. 133 -141.
- Sensfuß, Frank; Müller, Thorsten; Leprich, Uwe et al. (2011): Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG – Vorhaben IV –Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung des EEG, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), [www.erneuerbare-energien.de /fileadmin/ee-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_eb_2011_recht_bf.pdf](http://www.erneuerbare-energien.de/fileadmin/ee-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_eb_2011_recht_bf.pdf) (letzter Abruf: 13.12.13).
- Weigt, Jürgen (2005): Die Zukunft der erneuerbaren Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt, in Energiewirtschaftliche Tagesfragen 9/2005, S. 656 ff.