

## Aufsatz ÖR

Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A. und Wiss. Mitarb. James Bews

# Rechtsfragen der Energiewende – Teil 2

DOI 10.1515/jura-2014-0128

## D. Förderung Erneuerbarer Energien

**Fall 5:** Die Europäische Kommission erwägt die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland, da sie in der Förderung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien (EE-Anlagen) nach dem deutschen EEG eine Verletzung von Unionsprimärrecht sieht. Sie bittet um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu den Erfolgsaussichten eines solchen Verfahrens.

**Fall 6:** Das deutsche Stahlunternehmen B wurde durch Bescheid des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) von der Umlagepflicht zur Förderung von EE befreit. Der belgische Stahlkonzern A sieht hierdurch seine Absatzaussichten in Deutschland geschmälert und erhebt eine Anfechtungsklage vor dem VG Frankfurt a.M. Das VG legt dem EuGH in diesem Verfahren die Frage zur Entscheidung vor, ob die besondere Ausgleichsregelung nach dem EEG gegen Unionsrecht verstößt. Wie wird der EuGH entscheiden?

Die Umstellung der Energieversorgung auf EE wurde im ersten Teil dieses Beitrags (A.) als die zweite Säule der Energiewende beschrieben. Dementsprechend erklärt § 1 II 1 EEG einen EE-Stromanteil von 80% bis 2050 zum gesetzgeberischen Ziel. Da die EE-Stromerzeugung gegenüber konventionellen Energieträgern aber (noch) nicht vollständig wettbewerbsfähig ist, bedürfen Errichtung und Betrieb von EE-Anlagen einer finanziellen Förderung. Gesetzliche Grundlage hierfür ist das EEG<sup>1</sup> in seiner durch die im Jahr 2014 erfolgte Novellierung geltenden Fassung (EEG 2014)<sup>2</sup>.

Das EEG 2014 trifft in zweifacher Hinsicht auf rechtliche Bedenken. *Gegenstände* dieser Bedenken sind der

<sup>1</sup> Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien v. 21. 7. 2014 (BGBl. I S. 1066), geändert durch Gesetz v. 22. 7. 2014 (BGBl. I S. 1218).

<sup>2</sup> Vgl. dazu Müller/Kahl/Sailer, ER 2014, 139 ff.; Wustlich, NVwZ 2014, 1113 ff.

**Wolfgang Kahl:** Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Heidelberg.

**James Bews:** Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Kahl.

Mechanismus zur Förderung von EE-Anlagen einerseits und die gesetzlichen Ausnahmen von der Pflicht zur Tragung der Kosten der Förderung (sog. besondere Ausgleichsregelung) andererseits. Den *Maßstab* der Kritik bilden das Europarecht sowie das deutsche Verfassungsrecht. Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Sonderabgabe<sup>3</sup> sowie der Grundrechtskonformität der Belastung der Letztverbraucher mit den Förderkosten<sup>4</sup>. Unionsrechtlich ist primär<sup>5</sup> die Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV) sowie der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) problematisch. Den zuletzt genannten Aspekten wird im Folgenden näher nachgegangen<sup>6</sup>.

## I. Fördermechanismus und besondere Ausgleichsregelung

### 1. Fördermechanismus

In Abkehr von dem Festvergütungssystem des EEG 2012 ist die Förderung von EE-Anlagen nach dem EEG 2014 grundsätzlich<sup>7</sup> als *fünfstufiges*<sup>8</sup> *Direktvermarktungssystem* ausgestaltet.

Der Betreiber einer EE-Anlage veräußert auf der *ersten Stufe* den von ihm produzierten Strom an der Strombörse. Zusätzlich zu dem Veräußerungserlös aus diesen Geschäften erhält er von dem Netzbetreiber, an dessen Netz seine

<sup>3</sup> Vgl. zum EEG 2012 nur – bejahend – *Manssen*, DÖV 2012, 499 (501 ff.) sowie – mit Recht verneinend – BGH, NVwZ 2014 1180 (1181 f.); OLG Hamm, ZUR 2013, 502 f.; *Gawel*, DVBl. 2013, 409 (410 ff.).

<sup>4</sup> Einschlägig (wenn auch nach h.M. i. Erg. nicht verletzt) sind Art. 12 I, 14 I, 2 I, 3 I GG. Vgl. – mit Blick auf das EEG 2012 – nur *Waldhoff/Roßbach*, WiVerw 2014, 1 (20 ff.).

<sup>5</sup> Zur Vereinbarkeit des EEG 2012 mit dem Zollverbot (Art. 30 AEUV) vgl. – zu Unrecht einen Verstoß annehmend – *Bloch*, RdE 2013, 113 (115 ff.).

<sup>6</sup> Für eine ökonomische Analyse der EEG-Förderung vgl. zuletzt *Agentur für Erneuerbare Energien*, Finanzierungsinstrumente für Strom aus Erneuerbaren Energien, 2014 ([http://www.energie-studien.de/uploads/media/AEE\\_Metaanalyse\\_EEG\\_Reform\\_mai14.pdf](http://www.energie-studien.de/uploads/media/AEE_Metaanalyse_EEG_Reform_mai14.pdf), 14. 6. 2014).

<sup>7</sup> Nach §§ 19 I Nr. 2, 37 f. EEG 2014 ist nur ausnahmsweise eine Festvergütung vorgesehen.

<sup>8</sup> S. zur insoweit vergleichbaren Vorgängerregelung *Kahl*, JuS 2010, 599 (600 f.).

Anlage angeschlossen ist, nach § 19 I Nr. 1 EEG 2014 eine Marktprämie, die sich aus der Differenz von durchschnittlichem Monatsmarktpreis und den in §§ 37–51 EEG 2014 enthaltenen Sätzen berechnet<sup>9</sup>. Anspruchsberechtigt sind dabei nur im Bundesgebiet oder der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone errichtete EE-Anlagen<sup>10</sup>.

Die *zweite* und die *dritte Stufe* dienen dem Ausgleich regionaler Ungleichgewichte der Erzeugung von EE-Strom. Zunächst reichen die Netzbetreiber den abgenommenen Strom an die Betreiber der nächsthöheren Netzebene (Übertragungsnetzbetreiber [ÜNB]<sup>11</sup>) weiter und erhalten die an die Erzeuger gezahlte Marktprämie erstattet (§§ 56 Nr. 1, 57 I EEG 2014). Die ÜNB gleichen dann ihrerseits den abgenommenen Strom und die geleisteten Zahlungen untereinander aus (§ 58 III EEG 2014).

Die *vierte* und die *fünfte Stufe* betreffen die Refinanzierung der gezahlten Prämien. Nach § 60 I 1 EEG 2014 i. V. m. der Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV)<sup>12</sup> reichen die ÜNB die geleistete Vergütung im Wege der sog. EEG-Umlage an die Unternehmen weiter, die die Letztverbraucher mit Strom beliefern. Wie Letztere vorgehen, ist gesetzlich nicht geregelt. §§ 63 ff. EEG 2014 gehen aber implizit davon aus, dass sie die an die ÜNB gezahlte EEG-Umlage an die Letztverbraucher in Form eines Aufschlags auf die Stromrechnung weitergeben – was sie in der Praxis auch tun.

Vereinfacht gesprochen wird die Förderung der EE-Anlagen somit in einer fünfgliedrigen Leistungskette über die Stationen der Netzbetreiber, der ÜNB und der Stromlieferanten an die Letztverbraucher weitergereicht.

## 2. Besondere Ausgleichsregelung

Bestimmte Verbrauchergruppen sollen jedoch von diesen Kosten befreit werden. Gesetzliche Grundlage hierfür ist die besondere Ausgleichsregelung in §§ 63 ff. EEG 2014. § 64 EEG 2014 bestimmt, dass die EEG-Umlage an be-

<sup>9</sup> Die Ausrichtung der Prämie an dem *durchschnittlichen* Marktpreis begründet den wirtschaftlichen Anreiz. Veräußert der Anlagenbetreiber seinen Strom zu überdurchschnittlichen Preisen, erlangt er eine die Sätze der §§ 40 ff. E-EEG 2014 übersteigende Vergütung. Erzielt er dagegen einen unterdurchschnittlichen Preis, liegt seine Vergütung darunter.

<sup>10</sup> Vgl. § 4 EEG 2014.

<sup>11</sup> Vgl. § 3 Nr. 31 EEG 2014. In Deutschland existieren vier ÜNB: 50Hertz Transmission, Amprion, Tennet TSO und TransnetBW.

<sup>12</sup> Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus v. 17. 7. 2009 (BGBl. I S. 2101), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21. 7. 2014 (BGBl. I S. 1066) sowie die Ausführungsverordnung hierzu v. 22. 2. 2010 (BGBl. I S. 134).

stimmte stromkostenintensive Unternehmen nur in begrenztem Umfang weitergereicht wird<sup>13</sup>. Zudem enthält § 65 EEG 2014 eine Umlagebefreiung für Schienenbahnen<sup>14</sup>. Zweck dieser Regelungen ist der Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen (§ 63 Nr. 1 und 2 EEG 2014). Sozialpolitisch ist die Befreiung aber problematisch. Mit einer wachsenden Zahl privilegierter Unternehmen<sup>15</sup> nimmt die Zahl derjenigen ab, die die Kosten der Umlage zu tragen haben. Die zusätzliche Belastung der nicht privilegierten Letztverbraucher beläuft sich für das Jahr 2014 auf 5,1 Mrd. Euro<sup>16</sup>. Dementsprechend hat sich die EEG-Umlage im Vergleich zu 2003 von 0,41 Cent/kWh auf 6,24 Cent/kWh erhöht<sup>17</sup>.

## II. Beihilferecht

### 1. Allgemeines

Art. 107 I AEUV verbietet staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigungen bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Eine nach Art. 107 I AEUV verbotene Beihilfe kann jedoch nach Art. 107 II, III AEUV zulässig sein<sup>18</sup>.

#### a) Beihilfe

Für die Annahme einer Beihilfe ist, *erstens*, eine Begünstigung erforderlich. Eine solche ist bei jeder staatlichen Maßnahme anzunehmen, die einem Unternehmen einen geldwerten Vorteil verschafft, auf den es keinen Anspruch

<sup>13</sup> Die Voraussetzungen für eine Befreiung ergeben sich aus § 64 I EEG 2014 i. V. m. Anlage 4. Ihre Höhe berechnet sich nach § 64 II EEG 2014.

<sup>14</sup> Daneben ist eine Befreiung von der Umlagepflicht nach § 61 II–IV E-EEG 2014 (sog. »Eigenstromprivileg«) möglich.

<sup>15</sup> Aufgrund der abgesenkten Voraussetzungen ist die Zahl der privilegierten Unternehmen stark gestiegen. Während 2005 knapp 400 Unternehmen von der Umlage befreit wurden (BMU, Informationen zur Anwendung von §§ 40 ff. EEG für das Jahr 2012, S. 4) wird für 2014 eine Zahl von knapp 2100 Unternehmen prognostiziert (BMWi/BAFA, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung, 2014, S. 12).

<sup>16</sup> BMWi/BAFA, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung, 2014, S. 18.

<sup>17</sup> Vgl. die Darstellung auf <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/152973/umfrage/eeg-umlage-entwicklung-der-strompreise-in-deutschland-seit-2000/> (18. 9. 2014).

<sup>18</sup> Vgl. hierzu allg. v. Carnap-Bornheim, JuS 2013, 215 ff.; Zivier, JURA 1997, 116 ff.

hat<sup>19</sup>. Erfasst sind sowohl positive Begünstigungen als auch die Befreiung von Belastungen<sup>20</sup>. Erbringt der Begünstigte eine Gegenleistung, wird nach dem sog. *private market investor*-Test ermittelt, ob diese unter normalen Marktbedingungen in angemessenem Verhältnis zur Begünstigung steht<sup>21</sup>. Dabei scheidet eine Beihilfe nach der an Art. 106 II AEUV angelehnten *Altmark*-Rechtsprechung<sup>22</sup> aus, wenn das Unternehmen (1) mit der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wird, (2) die Kriterien für die Vergütung vorab objektiv und transparent aufgestellt wurden, diese (3) lediglich die Kosten der Aufgabenerfüllung unter Einbeziehung eines angemessenen Gewinns deckt und (4) die erstatteten Kosten denen eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens entsprechen (Effizienzkriterium)<sup>23</sup>.

Diese Begünstigung muss *zweitens* einem bestimmten Unternehmen oder Produktionszweig gewährt werden. Die Voraussetzung der »Selektivität« dient der Abgrenzung zu allgemeinen wirtschaftspolitischen Fördermaßnahmen<sup>24</sup>, wobei eine aufgrund allgemeiner Kriterien ermittelte große Anzahl Begünstigter unschädlich ist<sup>25</sup>.

Die Begünstigung muss *drittens* staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Hier lassen sich drei Konstellationen unterscheiden. Unproblematisch anwendbar ist das Beihilferecht auf unmittelbar durch staatliche Stellen ausgezahlte Subventionen. Beihilferechtlich irrelevant sind dagegen sog. Preisregelungen, d.h. Zahlungen zwischen Privatpersonen, bei denen der Staat durch gesetzliche Rahmenvorgaben lediglich auf die Preisgestaltung Einfluss nimmt. In der Mitte stehen sog. Fondslösungen. Hier wird die Begünstigung durch eine nichtstaatliche Stelle (den Fonds) ausgezahlt<sup>26</sup>. Entzöge man diese Konstellation dem Anwendungsbereich des Beihilferechts, wäre staatlichen Umgehungsversuchen Tür und Tor geöffnet<sup>27</sup>. Andererseits birgt die

Anwendung des Beihilferechts die Gefahr einer schrankenlosen Ausweitung der Beihilfenkontrolle<sup>28</sup>. Gradmesser für die Abgrenzung von Preisregelungen und Fondslösungen ist das Maß des staatlichen Einflusses auf die Mittelvergabe. Je entfernter dieser ist, desto eher ist von einer Preisregelung auszugehen. Eine Fondslösung und damit eine Beihilfe liegt dagegen vor, wenn der Staat – etwa durch Bestellung der Leitungsorgane – eine abstrakte Kontrollmöglichkeit über die mit der Mittelvergabe betraute Einrichtung hat<sup>29</sup>. Zudem muss ihm die konkrete Mittelvergabe zurechenbar sein, was im Einzelfall indiziell zu bestimmen ist<sup>30</sup>.

Die *vierte* Voraussetzung verlangt eine (drohende) Wettbewerbsverfälschung. Eine solche ist anzunehmen, wenn die Begünstigung den Ablauf des Wettbewerbs verändert, was im Regelfall zu bejahen ist<sup>31</sup>.

*Fünftens* ist erforderlich, dass die Begünstigung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Das ist der Fall, wenn die Ein- oder Ausfuhr von Gütern durch die Beihilfe erleichtert oder erschwert wird<sup>32</sup>, wobei die bloße Möglichkeit einer Beeinträchtigung genügt<sup>33</sup>.

## b) Zulässige Beihilfen

Art. 107 II, III AEUV enthält Ausnahmen von dem grundsätzlichen Beihilfeverbot. Während Abs. 2 Legalausnahmen enthält, hat die Kommission bei Abs. 3 ein Genehmigungsermessen, wobei zwischen dem Ziel der Beihilfe und der Beeinträchtigung des Binnenmarkts abzuwägen ist. Art. 107 III lit. c AEUV legalisiert Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete. In Konkretisierung dieses Tatbestands hat die Kommission im April 2014 Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen erlassen<sup>34</sup>. Diese enthalten Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Kommission die Förderung von EE (Tz. 107 ff.) und die Entlastung energieintensiver Unternehmen (Tz. 182 ff.) als mit dem Beihilferecht vereinbar anerkennt. Die Leitlinien sind zwar nicht rechtsverbindlich. Sie entfalten aber – vergleichbar zu deutschen Verwaltungsvorschriften – i. V. m. dem Gleich-

19 Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl. 2011, § 22 Rn. 6.

20 Streinz, *Europarecht*, 9. Aufl. 2012, Rn. 1059.

21 Schröder, *Grundkurs Europarecht*, 3. Aufl. 2013, § 19 Rn. 60.

22 EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), Slg. 2003, I-7747 Rn. 87 ff. Vgl. dazu Wolf, in: *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 2011, Art. 107 AEUV Rn. 818 ff.

23 Vgl. *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 37.

24 Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 26.

25 Kreuzschitz/Wernicke, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *EU-Verträge*, 6. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 21.

26 Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2012, Art. 107 AEUV Rn. 6.

27 Haidenhain, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, 2003, § 4 Rn. 31.

28 Vgl. Koenig/Kühling/Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, 2. Aufl. 2005, Rn. 163. S. hierzu auch Glinski, *ZEuS* 2014, 235 ff.

29 Kreuzschitz/Wernicke (Fn. 25), Art. 107 AEUV Rn. 11.

30 EuGH, Rs. C-482/99 (*Stardust Marine*), Slg. 2002, I-4397 Rn. 55 ff. Lübbig/Martin-Ehlers, *Beihilfenrecht der EU*, 2. Aufl. 2009, Rn. 210 sprechen von einer »fast detektivisch anmutenden Suche«.

31 Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 9. Aufl. 2014, Rn. 1208.

32 *Bär-Bouyssière* (Fn. 23), Art. 107 AEUV Rn. 56.

33 Jochum, *Europarecht*, 2. Aufl. 2012, Rn. 730.

34 Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014–2020 (C[2014] 2322); dazu Falke, *ZUR* 2014, 249 (251 f.).

heitssatz (Art. 20 GRCh) sowie dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes eine Selbstbindung der Kommission<sup>35</sup>.

## 2. EEG-Förderung

Die Kommission hat hinsichtlich des EEG 2012 die förmliche Eröffnung eines Beihilfeverfahrens beschlossen<sup>36</sup>. Die von Deutschland gegen diese Entscheidung erhobene Klage ist derzeit beim EuG anhängig<sup>37</sup>. Zwar hat der EuGH in seinem *PreussenElektra*-Urteil eine Vorgängerregelung des EEG für europarechtskonform erklärt<sup>38</sup>. Ob dies auch hinsichtlich des EEG 2012 anzunehmen war, war bereits umstritten<sup>39</sup> – dies gilt ebenso für das EEG 2014.

Festzuhalten ist zunächst, dass das Beihilferecht *anwendbar* ist. Art. 3 III UA 2 der EE-RL<sup>40</sup> lässt mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Förderung der Erzeugung von EE-Strom ausdrücklich nur »unbeschadet der Artikel 87 und 88« [jetzt Art. 107, 108 AEUV] zu.

Die nach Art. 107 I AEUV erforderliche *Begünstigung* liegt in der Gewährung der Marktprämie nach § 19 I Nr. 1 EEG 2014. Auch steht die *Altmark*-Judikatur der Anwendung von Art. 107 AEUV aus drei Gründen nicht ent-

gegen<sup>41</sup>. *Erstens* beschränkt sich das EEG 2014 auf eine abstrakte Umschreibung potentieller Begünstigter, sodass ein konkreter Betrauungsakt fehlt<sup>42</sup>. *Zweitens* gewährt die Marktprämie keine bloße Kostenerstattung, sondern einen den Marktpreis übersteigenden wirtschaftlichen Anreiz. Dieser berechnet sich *drittens* nicht nach dem Effizienzkriterium, sondern orientiert sich pauschal an den gesetzlich bestimmten Sätzen der §§ 40 ff. EEG 2014.

*Begünstigte* des Fördermechanismus sind die in § 5 Nr. 2 EEG 2014 legal definierten Anlagenbetreiber, die einen nach abstrakten Kriterien umschriebenen Produktionszweig i. S. d. Art. 107 I AEUV darstellen (*Selektivität*).

Besondere Probleme bereitet die Einordnung der EEG-Förderung als *staatliche oder aus staatlichen Mitteln* gewährte Begünstigung, da die Marktprämie im Ergebnis von den Letztverbrauchern getragen wird, sodass eine beihilferechtlich irrelevante Preisregelung vorliegen könnte. Andererseits könnte der Fördermechanismus aber auch als Fondslösung angesehen werden.

In grundsätzlicher Hinsicht spricht *erstens* nicht gegen die Bejahung dieser Tatbestandsvoraussetzung, dass die Letztverbraucher ihren Beitrag nicht direkt an die ÜNB als Fonds leisten, die diese Zahlung dann unmittelbar an die Begünstigten auskehren, sondern die Leistungskette fünf Glieder hat (s. o. D.I.1.). Die als Mittler zwischengeschalteten Stromlieferanten und Netzbetreiber beschränken sich nämlich auf die bloße Herstellung des Leistungsverhältnisses zwischen Verbraucher, ÜNB und Anlagenbetreiber. Unbeachtlich ist *zweitens* auch, dass vorliegend in Gestalt der vier ÜNB mehr als eine mit der Abwicklung der Förderung betraute Stelle existiert<sup>43</sup>.

Damit kommt es entscheidend darauf an, ob die mit der Verwaltung der EEG-Förderung betrauten ÜNB *unter staatlicher Kontrolle* stehen. Bei den ÜNB handelt es sich um juristische Personen des Privatrechts<sup>44</sup>. Eine staatliche Begünstigung scheidet daher aus. In Betracht kommt aber eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe. Dabei ist eine unbesehene Übertragung bestehender Judikate des

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-8237 Rn. 62; *Kahl/Diederichsen*, in: Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2007, § 7 Rn. 21.

<sup>36</sup> Entscheidung der Kommission v. 18. 12. 2013 (ABL 2014 C 37, S. 73); dazu *Palme*, NVwZ 2014, 559 ff. Das EEG 2014 wurde dagegen als zulässige Beihilfe genehmigt; vgl. Entscheidung der Kommission v. 23. 7. 2014 (C [2014] 5081 endg.).

<sup>37</sup> Klage v. 28. 2. 2014 (T-134/14).

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-379/98 (*PreussenElektra*), Slg. 2001, I-2099 Rn. 54 ff.; dazu *Pünder*, JURA 2001, 591 ff.

<sup>39</sup> Für die Annahme einer Beihilfe *Bickenbach*, DÖV 2013, 953 (957 ff.); *Graf v. Kielmansegg*, WiVerw 2014, 103 (106 ff.); *Ludwigs*, REE 2014, 65 (69 ff.). Säcker/Schmitz, NZKartR 2014, 202 (206); A. A. die h. M., vgl. *Altrock/Oschmann*, in: dies./Theobald (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2013, Einf. Rn. 104 f.; *Behlau*, in: Müller (Hrsg.), 20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien, 2012, S. 336 (341 ff.); *Burgi/Wolff*, EuZW 2014, 647 (652 f.); *Ekarde*, EurUP 2013, 197 (197 ff.); *Ehricke*, in: Frenz/Müggensborg (Hrsg.), EEG, 3. Aufl. 2013, Einl. Rn. 51; *Frenz*, ZNER 2014, 25 (32 ff.); *Germelmann*, EuZW 2013, 161 (165 f.); *Ismer/Karch*, ZUR 2013, 526 (527 ff.); *Kahles* et al., EEG und Beihilfe, 2013, S. 3 ff.; *Kühling*, in: Ehricke (Hrsg.), Hürden und Grenzen der Liberalisierung im Energiesektor, 2013, S. 65 (72 ff.); *Müller*, ZNER 2014, 21 (22 f.); *Ohms*, Recht der Erneuerbaren Energien, 2014, Rn. 419 ff.; *Sailer/Kantenwein*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), EEG, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 237 ff.; *Schmidt-Preuß*, in: FS Salje, 2013, S. 397 (406 f.). Offen lassend *Gawel* et al., ZUR 2014, 219 (221); *Pielow*, EurUP 2013, 150 (162 f.); *Pritzsche*, EnWZ 2013, 289 (290); *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl. 2012, Einf. Rn. 74 ff.

<sup>40</sup> Richtlinie 2009/28/EG v. 23. 4. 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (ABL L 140, S. 16).

<sup>41</sup> So in Bezug auf das EEG 2012 *Behlau* (Fn. 39), S. 349; zweifelnd auch *Schmidt/Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 9. Aufl. 2014, § 6 Rn. 70. A. A. *Ismer/Karch*, ZUR 2013, 526 (530 ff.).

<sup>42</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 31), Rn. 1210.

<sup>43</sup> Anders in Bezug auf das EEG 2012 die Argumentation Deutschlands, vgl. Kommission (Fn. 36), Rn. 115.

<sup>44</sup> Selbst wenn man – was abzulehnen ist – die deutsche verwaltungsrechtliche Figur des Beliehenen auf das Beihilferecht übertrüge (so *Frenz*, ZNER 2014, 25 [28]), schied eine Einordnung der ÜNB als staatliche Einrichtung aus. Zwar ist eine Beleihung – etwa im Rahmen der §§ 13 ff. EnWG – nicht von vornherein ausgeschlossen. Im hier interessierenden Kontext der EEG-Förderung ist sie aber nicht gegeben.

EuGH auf das EEG 2014 nicht möglich. In Bezug auf das *PreussenElektra-Urteil*<sup>45</sup> zwingen die zwischenzeitlich erfolgten wesentlichen Änderungen des deutschen Fördermechanismus zu einer Neubewertung. Im Gegensatz zu jüngeren Entscheidungen zur französischen und österreichischen EE-Förderung ist nach dem EEG aber auch keine unter unmittelbarer staatlicher Kontrolle stehende Stelle mit der Abwicklung der Förderung betraut<sup>46</sup>. Damit ist auch die *Essent*-Entscheidung des EuGH<sup>47</sup> nicht 1:1 auf den vorliegenden Fall übertragbar. Zum *einen* ging es dort um die Förderung eines konkreten Kraftwerks, sodass allein diese Zweckbindung eine verstärkte staatliche Kontrolle über die Mittelverwendung implizierte. Zum *anderen* wurde die dort mit der Abwicklung betraute Gesellschaft eigens für diesen Zweck gegründet und hatte – im Gegensatz zu den deutschen ÜNB – keine weiteren Aufgaben. Schließlich wurde bei *Essent* ein ggf. verbleibender Überschuss der Abwicklungsgesellschaft in den Staatshaushalt überführt<sup>48</sup>.

Eine *personelle Kontrolle* der ÜNB durch den Staat besteht nicht. Weder wird die Mittelvergabe durch ein öffentlich bestelltes Gremium gesteuert noch sind die Leitungsorgane der ÜNB staatlich ernannt<sup>49</sup>.

Auch *sachlich-inhaltliche Bindungen* zwingen nicht zur Annahme einer staatlichen Kontrolle. Im Gegensatz zum EEG 2012 wird der erzeugte EE-Strom nunmehr nicht zentral durch die ÜNB vermarktet. Vielmehr veräußern die Anlagenbetreiber den von ihnen produzierten Strom aufgrund privatrechtlicher Geschäfte dezentral an der Strombörse. Dies entspricht dem Ziel einer verstärkten Marktintegration (§ 2 I EEG 2014). Eine solche wettbewerbliche Ausrichtung geht konzeptuell notwendig mit dem Abbau staatlicher Kontrolle einher. Zwar sind die ÜNB bei gleichzeitiger Bindung an die Vorgaben aus § 3 AusglMechV weiterhin für die Berechnung der EEG-Umlage zuständig (§ 59 EEG 2014). Durch den Wegfall der eigenständigen Vermarktungspflicht handelt es sich dabei aber um eine rein buchhalterische Tätigkeit, die die ÜNB wertungsmäßig einer Zahlstelle zwischen Anlagenbetreiber und Letztverbraucher annähert. Wesentliches Gewicht für die

Bestimmung der Förderhöhe kommt nicht mehr den ÜNB, sondern der privatautonomen Veräußerung des Stroms durch die Anlagenbetreiber zu. Die dadurch bedingte Variabilität der Förderhöhe entzieht die inhaltliche Gestaltung der Förderung dem staatlichen Zugriff.

Schließlich spricht der Abbau staatlicher *Überwachungsinstrumente* gegen die Annahme einer Beihilfe. Zwar besteht nach § 85 I Nr. 2 EEG 2014 die Überwachung der ÜNB durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) fort. Allerdings bedingt die dezentralisierte Vermarktung eine inhaltliche Entkernung dieser Kompetenz. Die Überwachung beschränkt sich nunmehr auf die ordnungsgemäße Ermittlung, Festlegung und Veröffentlichung der EEG-Umlage. Selbst wenn man hierin eine substantielle staatliche Kontrollkompetenz sähe, bliebe zu berücksichtigen, dass sie durch selbstregulative Kontrollkonzepte flankiert wird. In diese Richtung gehen die Transparenzvorschriften der §§ 70 ff. EEG 2014, § 7 AusglMechV und §§ 2 ff. AusglMechAV.

Im Ergebnis handelt es sich bei dem Fördermodell des EEG 2014 daher nicht um eine staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV.

### 3. Besondere Ausgleichsregelung

Auch die beihilferechtliche Einordnung der besonderen Ausgleichsregelung ist umstritten<sup>50</sup>.

Festzuhalten ist zunächst, dass es sich hierbei um eine eigenständige, unabhängig von dem Fördermechanismus zu beurteilende Rechtsfrage handelt. Die Ablehnung der Beihilfeeigenschaft der EEG-Förderung lässt keinen Umkehrschluss für die Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung zu<sup>51</sup>. Letztere stellt nämlich keine Ausnahmeregelung zu der Förderung dar, sondern befreit lediglich von

<sup>45</sup> Fn. 38.

<sup>46</sup> In der Rs. C-384/07 (Wienstrom), Slg. 2008, I-10393 Rn. 20 ff. war die zu 100% staatlich beherrschte Energie-Control GmbH für die Mittelverwaltung zuständig. In der Rs. C-262/12 (Vent de Colère), EuZW 2014, 115 (116 f.), handelte die staatliche Caisse des dépôts et consignations. Für eine Übertragbarkeit aber *Böhme/Schellberg*, EnWZ 2014, 147 (149).

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-206/06 (Essent), Slg. 2008, I-5497 Rn. 58 ff. So auch *Reuter*, RdE 2014, 160 (167).

<sup>48</sup> Vgl. dagegen § 62 II EEG 2014.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-328/99 u. a. (Italien/Kommission), Slg. 2003, I-4035 Rn. 33.

<sup>50</sup> Gegen die Annahme einer Beihilfe (mit Blick auf das EEG 2012) die wohl h.L.; vgl. *Burgi/Wolff*, EuZW 2014, 647 (653); *Ekarde/Steffenhagen*, JbUTR 2011, 319 (330 ff.); *Frenz*, ZNER 2014, 25 (27 ff.); *Frenz/Wimmers*, WiVerw 2014, 30 (45 ff.); *Große/Kachel*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (Fn. 39), § 40 Rn. 32; *Kahles et al.* (Fn. 39), S. 5 f.; *Oschmann/Thorbecke*, ZNER 2006, 304 (308); *Posser/Alten-schmidt*, in: *Frenz/Müggenborg* (Fn. 39), Einf. §§ 40–44 Rn. 26; *Reuter*, RdE 2014, 160 ff.; *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (315 ff.). A. A. *Bickenbach*, DÖV 2013, 953 (960); *Bloch*, RdE 2014, 14 (14 ff.); *Ekarde*, EurUP 2013, 197 (201 ff.); *Germelmann*, EuZW 2013, 161 (166 f.); *Ismer/Karch*, ZUR 2013, 526 (533 f.); *Graf v. Kielmansegg*, WiVerw 2014, 103 (110).

<sup>51</sup> So aber die Kommission (Fn. 36), Rn. 138, 143, *Graf v. Kielmansegg*, WiVerw 2014, 103 (110) und *Ludwigs*, RFF 2014, 65 (74) zur Begründung der Beihilfeeigenschaft sowie *Frenz*, ZNER 2014, 25 (27, 30) zu deren Ablehnung.

der ihrer Finanzierung dienenden Umlagepflicht. Ein unmittelbarer Zusammenhang im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses besteht somit nicht<sup>52</sup>.

#### a) Beihilfe

Die Umlagebefreiung stellt eine *Begünstigung* i.S.d. Art. 107 I AEUV dar. Unbeachtlich ist insbesondere, dass es sich bei der Umlagepflicht nicht um eine gesetzliche, sondern eine zwischen Stromlieferanten und Letztverbrauchern vertraglich vereinbarte Pflicht handelt. Faktisch trifft die Belastung nämlich alle Letztverbraucher. Hinsichtlich der privilegierten Unternehmen wird dies durch den Freistellungsbescheid – der gemäß § 66 IV 1 EEG 2014 Drittwirkung gegenüber dem Stromlieferanten entfaltet – unter sagt<sup>53</sup>.

Die von den Unternehmen zu erfüllenden Kriterien sind in §§ 64, 65 EEG 2014 umschrieben (*Selektivität*)<sup>54</sup>.

Auch die *Staatlichkeit* der Begünstigung ist gegeben. Sie kann nicht mit Hinweis auf die privatrechtliche Tätigkeit der ÜNB bestritten werden<sup>55</sup>, da diese nicht am Vollzug der besonderen Ausgleichsregelung beteiligt sind. Der die Privilegierungswirkung auslösende Bescheid wird nach § 60 E-EEG 2014 durch das BAFA erlassen, das als Bundesoberbehörde in die unmittelbare Staatsverwaltung eingegliedert ist. Unbeachtlich ist zudem, dass § 63 EEG 2014 einen gebundenen Befreiungsanspruch begründet<sup>56</sup>. Zum einen geht das BAFA hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 64 ff. EEG 2014 von einem ihm zukommenden Entscheidungsspielraum aus<sup>57</sup>. Zum anderen entbehrt die Umdeutung eines hoheitlichen Verwaltungsakts (§ 35 VwVfG) aufgrund eines fehlenden Entscheidungsspielraums in eine privatrechtliche Maßnahme jeder dogmatischen Grundlage.

Die Befreiung von der Umlagepflicht stellt auch eine *Wettbewerbsverfälschung* dar, da sie den privilegierten Unternehmen einen Vorteil gewährt, der ihren Konkurrenten nicht zukommt.

Das Vorliegen einer innerunionalen *Handelsbeeinträchtigung* schließlich kann nicht mit dem Argument abgelehnt werden, dass lediglich der *Erhalt* der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen bezweckt sei<sup>58</sup>. Der EuGH geht davon aus, dass gerade auch vermeintliche Anpassungsmaßnahmen dem Beihilferecht unterfallen<sup>59</sup>. Eine andere Ansicht würde den Zweck des Beihilferechts (Verhinderung protektionistischer Maßnahmen zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen anderer Mitgliedstaaten) konterkarieren.

#### b) Zulässigkeit der Beihilfe

Die durch die besondere Ausgleichsregelung bedingte Entlastung ist jedoch gemäß Art. 107 III lit. c AEUV i.V.m. den Leitlinien der Kommission zulässig. Nach Tz. 186 i.V.m. Anlage 3 der Leitlinien können bestimmte Wirtschaftszweige allgemein von durch die EE-Förderung bedingten Belastungen befreit werden. Darüber hinaus kann sonstigen Unternehmen eine Freistellung erteilt werden, wenn sie nach Tz. 187 i.V.m. Anlage 4 der Leitlinien eine Stromkostenintensität von 20% der Bruttowertschöpfung aufweisen. Die Vorgaben der besonderen Ausgleichsregelung entsprechen diesen Voraussetzungen, sodass sie als zulässige Beihilfe anzusehen ist.

### III. Warenverkehrsfreiheit

#### 1. Allgemeines

##### a) Anwendbarkeit

Die Warenverkehrsfreiheit<sup>60</sup> ist anwendbar, wenn der Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist und keine vorrangige Spezialregelung einschlägig ist<sup>61</sup>.

Neben dem Beihilferecht ist die Warenverkehrsfreiheit anwendbar, wenn die Beihilfe auch Auswirkungen auf die Freiheit des Warenverkehrs hat<sup>62</sup>. Eine Verdrängung der Warenverkehrsfreiheit durch *sekundäres* Europarecht er-

52 Dies bedeutet freilich nicht, dass die EEG-Umlage als Abgabe zur Finanzierung einer Begünstigung unter keinen Umständen als Beihilfe anzusehen ist; vgl. nur EuGH, Rs. C-261/01 u. a. (van Calster), Slg. 2003, I-12249 Rn. 30 ff.; *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2009, Art. 107 AEUV Rn. 118.

53 Für das Merkmal der Begünstigung ist allein die Wirkung entscheidend; vgl. *Bär-Bouyssière* (Fn. 23), Art. 107 AEUV Rn. 25.

54 A. A. *Reuter*, RdE 2014, 160 (161 f.).

55 Einer solchen Argumentation folgend *Frenz*, ZNER 2014, 25 (29 f.).

56 A. A. *Ismer/Karch*, ZUR 2013, 526 (529); *Kahles et al.* (Fn. 39), S. 6.

57 Darauf weist *Bloch*, RdE 2014, 14 (16) hin. Zu beachten ist zudem die hohe faktische Relevanz der vom BAFA veröffentlichten Merkblätter; vgl. krit. *Kachel*, ZUR 2012, 32 (35).

58 Vgl. in Bezug auf die Privilegierung der Schienenbahnen § 63 Nr. 2 EEG 2014 sowie allg. § 40 S. 2 EEG 2012.

59 Vgl. nur EuGH, Rs. C-173/73 (Italien/Kommission), Slg. 1974, 709 Rn. 36.

60 Zur Warenverkehrsfreiheit *Röhl*, JURA 2006, 321 ff.

61 Eine mit Art. 45 IV, 51 (i.V.m. Art. 62) AEUV vergleichbare ausdrückliche Bereichsausnahme fehlt im Kontext der Warenverkehrsfreiheit.

62 EuGH, Rs. 74/76 (Ianelli & Volpi), Slg. 1977, 557 Rn. 14 ff.; *Leible/Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. EL 2014, Art. 34 AEUV Rn. 40 (2010). A. A. *Becker*, in: Schwarze (Fn. 23), Art. 34 Rn. 30.

fordert dagegen eine abschließende Regelung im Sinne einer Vollharmonisierung<sup>63</sup>. Zudem muss der Sekundärrechtsakt seinerseits primärrechtskonform sein<sup>64</sup>.

### b) Beschränkung des Schutzbereichs

Waren i.S.d. Art. 28 ff. AEUV sind alle körperlichen Sachen, die Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können. Trotz ihrer Unkörperlichkeit zählt Elektrizität hierzu<sup>65</sup>. Wird die Elektrizität in einem Mitgliedstaat der EU produziert, handelt es sich auch um eine Unionsware i.S.d. Art. 28 II 1. Alt. AEUV.

Als *beeinträchtigende Maßnahmen* kommen sowohl Diskriminierungen als auch sonstige Beeinträchtigungen in Betracht. Diskriminierend sind Maßnahmen, die an der Warenherkunft anknüpfen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen unmittelbar auf die Warenherkunft bezogenen Diskriminierungen und mittelbaren Diskriminierungen, die an typischerweise bei ausländischen Waren vorkommenden Merkmalen anknüpfen<sup>66</sup>. Nach der *Dassonville*-Rechtsprechung<sup>67</sup> erfasst die Warenverkehrsfreiheit auch jede sonstige Maßnahme, die geeignet ist, den innerunionalen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern. Ausgenommen sind nach der *Keck*-Formel<sup>68</sup> jedoch bloße Verkaufsmodalitäten, die keine Behinderung des Marktzugangs bewirken. Weiter ist zwischen mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zu unterscheiden (vgl. jeweils 1. Alt. und 2. Alt. in Art. 34 und Art. 35 AEUV).

### c) Rechtfertigung

Die eng auszulegende Vorschrift des Art. 36 AEUV enthält einige geschriebene Rechtfertigungsgründe. Daneben kann eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit nach der *Cassis*-Rechtsprechung<sup>69</sup> auch aus sonstigen zwingenden Erfordernissen im Allgemeininteresse gerechtfertigt<sup>70</sup> sein. Eine Rechtfertigung kommt jedoch nur

<sup>63</sup> Herdegen, Europarecht, 16. Aufl. 2014, § 15 Rn. 4.

<sup>64</sup> Fastenrath/Groh, Europarecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 114.

<sup>65</sup> EuGH, Rs. C-393/92 (Almelo), Slg. 1994, I-1477 Rn. 28; *Epiney*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 8.

<sup>66</sup> Schröder (Fn. 21), § 14 Rn. 35.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837 Rn. 5.

<sup>68</sup> EuGH, Rs. C-267/91 u. a. (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097 Rn. 16.

<sup>69</sup> EuGH, Rs. C-120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649 Rn. 8.

<sup>70</sup> Nach h.M. hat die *Cassis*-Rechtsprechung rechtfertigende Wirkung; vgl. EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11 763 Rn. 74 ff.; Ehlers, in: ders. (Fn. 65), § 7 Rn. 71. Für die Einordnung als

in Betracht, wenn die Maßnahme verhältnismäßig ist. Hierfür muss sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

## 2. EEG-Förderung

Ob die Beschränkung der EEG-Förderung auf in Deutschland produzierten Strom als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit anzusehen ist, wird unterschiedlich beantwortet<sup>71</sup>.

### a) Anwendbarkeit

Der Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit steht keine abschließende sekundärrechtliche Regelung entgegen<sup>72</sup>. Zwar gewährt Art. 3 III UA 2 EE-RL den Mitgliedstaaten »das Recht, [...] zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen.« Dieses Wahlrecht enthält aber keine die Warenverkehrsfreiheit verdrängende umfassende Angleichung nationaler Rechtsvorschriften. Unklar ist schon, ob die Verdrängungswirkung auch von Sekundärrechtsakten ausgeht, die nicht auf der Grundlage der Binnenmarktcompetenz (Art. 114 AEUV) erlassen wurden<sup>73</sup>. Jedenfalls aber begründet das Wahlrecht des Art. 3 III UA 2 EE-RL keine in diesem Zusammenhang erforderliche positive Vollharmonisierung<sup>74</sup>. Die Richtlinie belässt den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung

ungeschriebene negative Tatbestandsvoraussetzung *Piska*, in: Mayer/Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV, Stand: 2014, Art. 36 AEUV Rn. 16 (2012).

<sup>71</sup> In Bezug auf das EEG 2012 einen Verstoß annehmend *Büdenbender*, JbUTR 2013, 67 (86 ff.); *Gundel*, EnWZ 2014, 99 (105); *Pielow*, EurUP 2013, 150 (163). A.A. *Altrock/Oschmann* (Fn. 39), Einf. Rn. 106 ff.; *Brückmann/Steinbach*, EnWZ 2014, 346 ff. *Kühling* (Fn. 39), S. 77 f.; *Sailer/Kantenwein* (Fn. 39), Einl. Rn. 248 ff.; *Schmidt-Preuß* (Fn. 39), S. 404 ff.; *Schulte-Beckhausen/Schneider/Kirch*, RdE 2014, 101 (102 f.). Offen lassend *Bloch*, RdE 2013, 113 (114 f.); *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 41), § 6 Rn. 73. Differenzierend Ludwigs, RW 2014, 254 (271 ff.). Zur Vereinbarkeit von Quotenfördermodellen nach schwedischem Vorbild mit Art. 34 AEUV vgl. nunmehr EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 55 ff.

<sup>72</sup> EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 56 ff. In Bezug auf das EEG 2012 *Gundel*, EnWZ 2014, 99 (102 f.). A.A. *Kühling* (Fn. 39), S. 77 f.

<sup>73</sup> Hintergrund des Dispenses ist die Unterscheidung zwischen der zu positiven Integrationsmaßnahmen ermächtigenden Binnenmarktcompetenz (Art. 114 AEUV); und der rein reaktiv wirkenden Integrationskontrolle nach Art. 28 ff. AEUV, vgl. dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 24), Art. 34–36 AEUV Rn. 18.

<sup>74</sup> So zutreffend *Epiney* (Fn. 65), § 8 Rn. 59.

des Fördermechanismus vielmehr ein Wahlrecht, ohne selbst eine positive abschließende Regelung zu treffen.

Selbst wenn man eine sekundärrechtliche Vollharmonisierung annähme, müsste sich diese an den höherrangigen primärrechtlichen Vorgaben messen lassen (Vorrang der Verfassung)<sup>75</sup>. Wenn – was im Folgenden zu prüfen ist – eine auf nationale Anlagen beschränkte EE-Förderung mit der Warenverkehrsfreiheit unvereinbar ist, wäre auch eine dies gestattende Richtlinie unwirksam, sodass eine Verdrängung der Warenverkehrsfreiheit ausschiede<sup>76</sup>.

### b) Beeinträchtigung

Die Beschränkung der EEG-Förderung auf in Deutschland errichtete Anlagen bewirkt, dass der Absatz ausländischen EE-Stroms auf dem deutschen Markt erschwert wird. Ausländische Stromerzeuger, die nicht in den Genuss der Förderung kommen, können ihren Strom nicht zu vergleichbar niedrigen Preisen Gewinn bringend veräußern. Hierin liegt eine offen diskriminierende Maßnahme gleicher Wirkung (Art. 34 2. Alt. AEUV), die auch keine Verkaufsmodalität i. S. d. *Keck*-Formel darstellt.

### c) Rechtfertigung

Eine Berufung auf den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen i. S. d. Art. 36 S. 1 AEUV scheidet aus. Zwar hat dieser Rechtfertigungsgrund umweltrechtliche Relevanz<sup>77</sup>, sodass ein Zusammenhang mit dem dem Klima- und Umweltschutz dienenden EEG (§ 1 I EEG 2014) nicht zu bestreiten ist. Bei bloß mittelbaren Beeinträchtigungen der in Art. 36 S. 1 AEUV genannten Rechtsgüter tritt dieser aber hinter den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des Umweltschutzes zurück<sup>78</sup>.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH vermag der Schutz der Umwelt Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit zu legitimieren<sup>79</sup>. Dabei handelt es sich richti-

gerweise um einen eigenständigen, aus der Zusammenschau von Art. 3 III EUV, Art. 11, 191 AEUV und Art. 37 GRCh gewonnenen Rechtfertigungsgrund, der auch auf offene Diskriminierungen anwendbar ist<sup>80</sup>. Die Regelung des § 4 EEG 2014 ist daher trotz ihrer diskriminierenden Wirkung einer Rechtfertigung zum Zwecke des Umweltschutzes zugänglich.

Zwar ist die Förderung von EE, die im Verhältnis zu konventionellen Energieträgern einen geringeren CO<sub>2</sub>-Ausstoß verursachen, zum Schutz der Umwelt geeignet. Allerdings wäre die Regelung nicht erforderlich, wenn der Fördermechanismus ohne Effektivitätsverluste auf ausländische EE-Anlagen ausgedehnt werden könnte<sup>81</sup>. Die Einbeziehung ausländischen EE-Stroms führt nicht *per se* zu einem weniger effektiven Umweltschutz<sup>82</sup>. Auch steht der gegenwärtige Stand des Elektrizitätsbinnenmarkts einer Ausdehnung des Fördermechanismus auf ausländische Anlagen nicht entgegen<sup>83</sup>. Allerdings sind bislang die technischen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Einbeziehung ausländischen Stroms bei gleichzeitiger Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des deutschen Fördermechanismus nicht gegeben. Zur Vermeidung von Doppelvergütungen wäre *erstens* ein Nachweis erforderlich, dass der in Deutschland vergütete Strom noch keine För-

<sup>80</sup> Kahl (Fn. 77), Art. 193 AEUV Rn. 22; Schmidt/Kahl/Gärditz (Fn. 41), § 6 Rn. 71 m. w. N. Auch nach der Auffassung, die den Umweltschutz als »zwingendes Erfordernis« unter die *Cassis*-Formel subsumiert (so z. B. Cremer, EuWZ 2007, 591 [593]), kommt angesichts der Rechtsprechung des EuGH (vgl. nur EuGH, Rs. C-531/07 [LIBRO], Slg. 2009, I-3717 Rn. 34; s. auch Schmidt/Kahl/Gärditz, a. a. O., § 2 Rn. 48 m. Fn. 209) eine Rechtfertigung auch diskriminierender Maßnahmen in Betracht, sodass sich der (akademische) Streit um die präzise dogmatische Einordnung des Umweltschutzes im Rahmen von Art. 36 AEUV i. Erg. nicht auswirkt.

<sup>81</sup> In Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit stellt eine Umstellung auf das u. a. in Schweden praktizierte und für marktconformer erachtete (vgl. *Monopolkommission*, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, 2013, Tz. 257 ff.) Quotenmodell, dessen Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit vom EuGH anerkannt ist (EuGH, Rs. C-573/12 [Ålands Vindkraft], BeckRS 2014, 81088 Rn. 55 ff.), bei fortbestehender Beschränkung auf nationale Anlagen keine mildere Maßnahme dar. Daneben ist unklar, ob das Quotenmodell eine mit dem deutschen Fördermodell vergleichbare Effektivität aufweist; dazu *Bataille/Hösel*, ZNER 2014, 40 ff.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 93. Insbesondere existiert kein dem Abfallrecht entlehnter Grundsatz ortsnahe Energieversorgung; vgl. *GA Bot*, Rs. C-204/12 u. a. (Essent Belgium), BeckRS 2013, 80951 Rn. 105.

<sup>83</sup> Zwar stehen der Vollendung des Binnenmarkts noch erhebliche tatsächliche Hindernisse entgegen (Mitteilung »Ein funktionierender Binnenmarkt« [KOM (2012) 663 endg., S. 21]). Die rechtlichen Voraussetzungen hierfür wurden jedoch mit dem 3. Elektrizitätsbinnenmarktpaket (RL 2009/72/EG; VO [EG] 713/2009; VO [EG] 714/2009) geschaffen.

<sup>75</sup> Vgl. zur europarechtlichen Normenhierarchie nur Schröder (Fn. 21), § 6 Rn. 6 f.

<sup>76</sup> So *GA Bot*, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 80243 Rn. 111.

<sup>77</sup> Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 193 AEUV Rn. 22.

<sup>78</sup> Leible/Streinz (Fn. 62), Art. 34 AEUV Rn. 109 (2010). A. A. EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 80 ff., der die Rechtfertigungsgründe kumulativ anwendet.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-389/96 (Aher-Waggon), Slg. 1998, I-4473 Rn. 19; Kahl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 204 ff.; Nowak, VerwArch 2002, 368 (375 ff.).

derung im Herkunftsland erfahren hat<sup>84</sup>. Zweitens wäre der – angesichts der physikalischen Eigenschaften von Elektrizität schwer zu erbringende – Nachweis eines tatsächlich erfolgten Stromimports notwendig<sup>85</sup>. Der Ausdehnung der EEG-Förderung auf ausländische Anlagen steht *drittens* die Gefahr entgegen, dass ein unbegrenzter Import ausländischen EE-Stroms zu einer Überhitzung des deutschen Strommarkts, einer finanziellen Überlastung der Umlagepflichtigen und im Ergebnis zum Kollaps des deutschen Fördersystems führen könnte<sup>86</sup>.

Die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ist angesichts der hervorgehobenen Bedeutung des Umweltschutzes sowie der Dringlichkeit der mit dem Klimawandel verbundenen Gefahren auch angemessen, sodass insgesamt von ihrer Verhältnismäßigkeit auszugehen ist.

### 3. Besondere Ausgleichsregelung

Auch die Vereinbarkeit der besonderen Ausgleichsregelung mit der Warenverkehrsfreiheit<sup>87</sup> hat eine umfangreiche Behandlung in der Literatur erfahren<sup>88</sup>.

§§ 63ff. EEG 2014 *beeinträchtigen* die Warenverkehrsfreiheit, indem der Absatz ausländischer Waren in Deutschland durch die förderungsbedingt niedrigeren Produktionskosten deutscher Unternehmen erschwert wird<sup>89</sup>. Art. 34 AEUV betrifft nicht nur den Grenzübergang der Ware, sondern erfasst alle Stufen der Wertschöpfungskette

(Produktion, Import, Vertrieb, Absatz und Nutzung)<sup>90</sup>. Insbesondere kann auch die Förderung nationaler Produzenten eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ausländischer Produzenten begründen<sup>91</sup>.

Eine *Rechtfertigung* dieser Beeinträchtigung ist nicht ersichtlich. Die besondere Ausgleichsregelung dient dem Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der privilegierten Unternehmen. Eine Berufung auf den Umweltschutz kommt nicht in Betracht<sup>92</sup>. Auch die Schranke der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 36 S. 1 AEUV) scheidet aus. Dieses eng auszulegende Merkmal erfordert eine Gefährdung wesentlicher Interessen des Staates<sup>93</sup>. Rein wirtschaftliche Erwägungen genügen nicht<sup>94</sup>. Letztere können sich in Extremsituationen zwar zu einer von Art. 36 S. 1 AEUV erfassten Gefahr verdichten, wenn das »Funktionieren der Wirtschaft [...] und das Überleben der Bevölkerung« betroffen sind<sup>95</sup>. Für die Annahme einer solchen Situation ist aber eine konkrete Gefahr im Einzelfall erforderlich<sup>96</sup>. Ein völliger Zusammenbruch der deutschen Wirtschaft bei Wegfall der besonderen Ausgleichsregelung ist nicht ersichtlich. Die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ist mithin nicht gerechtfertigt.

**Lösung Fall 5:** Ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH (Art. 258 AEUV) hat keine Aussicht auf Erfolg, da die Förderung von EE-Anlagen in Deutschland nicht gegen Unionsrecht verstößt. Zwar handelt es sich bei der Marktprämie um eine Begünstigung i. S. d. Art. 107 I AEUV. Mangels staatlicher Kontrolle über die Mittelvergabe durch die ÜNB liegt aber keine Beihilfe vor. Auch eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit scheidet aus. Die in der Beschränkung der Förderung auf deutsche EE-Erzeuger liegende Einfuhrbeschränkung (Art. 34 2. Alt. AEUV) ist durch den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des Umweltschutzes gerechtfertigt.

**Lösung Fall 6:** Der EuGH wird die besondere Ausgleichsregelung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) für mit dem Unionsrecht unvereinbar erklären. Zwar ist die in dem Freistellungsbescheid liegende Begünstigung eine nach Art. 107 III lit. c AEUV i. V. m. den Leitlinien der Kommission mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe. Allerdings ist die hierin zugleich zu sehende Beschränkung der Warenverkehrs-

<sup>84</sup> Für den Nachweis, dass es sich um EE-Strom handelt, kann an das Herkunftsnachweissystem (§§ 5 Nr. 20, 79 EEG 2014) angeknüpft werden, das derzeit jedoch lediglich die Funktion erfüllt, den Anteil grüner Energie am »Energemix« des Stromversorgers zu belegen; EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 89.

<sup>85</sup> Für die Schwierigkeiten eines solchen Nachweises vgl. EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 87ff. sowie BT-Drs. 157/14, S. 260f.

<sup>86</sup> Wegen der (noch) beschränkten Kapazitäten der Grenzkuppelstellen ist ein derart unkontrollierter Import nicht zu erwarten. Außerdem kann die importbedingte Erhöhung von EE-Strom zu einem (weiteren) Verfall der Strompreise führen, was die Investitionssicherheit der Anlagenbetreiber beeinträchtigt; EuGH, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), BeckRS 2014, 81088 Rn. 103.

<sup>87</sup> Neben der Warenverkehrsfreiheit ist die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56ff. AEUV) einschlägig, wenn das ausländische Unternehmen Dienstleistungen in Deutschland erbringt.

<sup>88</sup> In Bezug auf das EEG 2012 eine Verletzung ablehnend *Große/Kachel* (Fn. 50), § 40 Rn. 31; *Posser/Altenschmidt* (Fn. 50), Einf. §§ 40–44 Rn. 27; *Schmidt-Preuß* (Fn. 39), S. 414; *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (317f.).

<sup>89</sup> Auch hier kann nicht mit dem Zweck des *Erhalts* der Wettbewerbsfähigkeit argumentiert werden; so aber *Schlacke/Kröger*, NVwZ 2013, 313 (318).

<sup>90</sup> Vgl. *Lux*, in: Lenz/Borchardt (Fn. 25), Art. 34 Rn. 27ff.

<sup>91</sup> EuGH, Rs. C-103/84 (Italien/Kommission), Slg. 1986, 1759 Rn. 11ff.

<sup>92</sup> Lediglich vorgeschoben erscheint die Behauptung, die besondere Ausgleichsregelung diene dem Klimaschutz durch Verhinderung einer Unternehmensabwanderung in Länder mit weniger ambitionierten Klimaschutzziele; so aber BT-Drs. 18/1449, S. 36f.

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-7/78 (Thompson), Slg. 1978, 2247 Rn. 32; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Fn. 26), Art. 36 AEUV Rn. 4.

<sup>94</sup> *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2013, § 11 Rn. 52.

<sup>95</sup> EuGH, Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, 2727 Rn. 34.

<sup>96</sup> *Schroeder*, in: Streinz (Fn. 77), Art. 36 Rn. 11.

freiheit (Art. 34 2. Alt. AEUV) nicht privilegierter ausländischer Unternehmen nicht gerechtfertigt und mithin unionsrechtswidrig.

## E. Netzausbau

Das System zur Förderung der Erzeugung von EE verfehlt seinen Sinn, wenn die erzeugte Energie nicht zum Verbraucher transportiert werden könnte. In Deutschland stellt sich diese Problematik wegen des örtlichen Auseinanderfallens von Erzeugungs- und Verbrauchsschwerpunkt mit besonderer Dringlichkeit. Insbesondere mangelt es an Transportkapazitäten aus dem erzeugungsstarken Norden in den verbrauchsstarken Süden<sup>97</sup>. Prognostiziert wird ein Ausbaubedarf von insgesamt 3600 km bis 2025<sup>98</sup>.

Das hergebrachte Energieinfrastrukturrecht wurde dieser Großaufgabe aus zwei Gründen nicht gerecht: Zum einen unterfiel die Bestimmung des Ausbaubedarfs der privatautomen, primär ökonomisch determinierten Entscheidung der Netzbetreiber<sup>99</sup>. Zum anderen verhinderte die unangemessen lange Verfahrensdauer von fünf bis zehn Jahren einen beschleunigten Netzausbau<sup>100</sup>.

Im Zuge des »Energiewende-Pakets« nahm sich daher der Gesetzgeber dieser Probleme an. Durch Einfügung der §§ 12a ff., 17a ff. EnWG wurde die zuvor privatautonome Bedarfsermittlung der Netzbetreiber durch regulierungsrechtliche Vorgaben überformt<sup>101</sup>. Eine Verkürzung der Verfahrensdauer sollte zudem durch das mit dem Energieleitungsausbaugesetz<sup>102</sup> verfolgte Konzept der Verfahrensstraffung und Beschneidung von Beteiligungsrechten erreicht werden. Nachdem die Erfolglosigkeit dieses Ansatzes offenkundig geworden war<sup>103</sup>, vollzog der Gesetzgeber mit Erlass des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes<sup>104</sup>

(NABEG) eine Kehrtwende. Nunmehr sollte die Verfahrensverkürzung nicht durch Beschränkung, sondern Verstärkung öffentlicher Beteiligung realisiert werden.

Das NABEG ist Gegenstand intensiver rechtlicher Diskussionen. Im Fokus steht dabei die Gesetzgebungs- (II.) und Verwaltungskompetenz (III.) des Bundes<sup>105</sup>. Bevor hierauf einzugehen ist, ist jedoch das Planungs- und Genehmigungsverfahren für Energieleitungen überblicksartig darzustellen (I.).

## I. Verfahrensüberblick

Das Verfahren der Planung und Genehmigung länderübergreifender und grenzüberschreitender Höchstspannungsleitungen und Anbindungsleitungen für Offshore-Windparks<sup>106</sup> ist dreiphasig ausgestaltet, wobei insgesamt fünf Zwischenstufen bestehen<sup>107</sup>.

### 1. Bedarfsplanung

Mit der in §§ 12a ff. EnWG<sup>108</sup> enthaltenen Bedarfsplanung wird der Bedarf an Netzkapazitäten prognostiziert<sup>109</sup>. Die ÜNB erarbeiten auf einer ersten Stufe den jährlichen *Szenariorahmen* (§ 12a EnWG), der für die nächsten zehn bzw. zwanzig Jahre Erzeugung, Versorgung, Verbrauch und grenzüberschreitenden Austausch prognostiziert. Auf einer zweiten Stufe erstellen die ÜNB auf der Grundlage des Szenariorahmens nach §§ 12b–12d EnWG den *Netzentwicklungsplan*, der alle für die bedarfsgerechte Optimierung, Verstärkung und Ausbau des Netzes erforderlichen Maßnahmen enthält (§ 12b I 2 EnWG). Der Netzentwicklungsplan wird auf der dritten Stufe schließlich alle drei Jahre der Bundesregierung übermittelt, die ihn dem Bundestag

<sup>97</sup> Entscheidend ist daneben die Bedeutung Deutschlands als Transitland im europäischen Energiebinnenmarkt; vgl. *Schadtke*, ZNER 2013, 126 (126).

<sup>98</sup> *dena*, Integration erneuerbarer Energien in die deutsche Stromversorgung im Zeitraum 2015–2020 mit Ausblick auf 2025, 2010, S. 7.

<sup>99</sup> S. jedoch die allg. Ausbaupflicht aus § 11 I 1 EnWG.

<sup>100</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 22.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu *Glaser*, DVBl. 2012, 1283 (1287f.). Für das Potential des Energiesicherungsrechts in Bezug auf den Netzausbau v. *Lewinski*, EnWZ 2013, 439ff.

<sup>102</sup> Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen v. 21. 8. 2009 (BGBl. I S. 2870).

<sup>103</sup> Bis Juni 2011 befanden sich erst drei der 24 EnLAG-Projekte im Bau; vgl. die Stellungnahme der *BNetzA*, Ausschuss-Drs. 17(9)509, S. 2.

<sup>104</sup> Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz v. 28. 7. 2011 (BGBl. I S. 1690), zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 12. 2012 (BGBl. I S. 2730).

<sup>105</sup> Andere verfassungsrechtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem Netzausbau stellen, betreffen Art. 19 IV GG (vgl. dazu *Erbguth*, DVBl. 2012, 325 [327ff.]) und die Grundrechte der ÜNB (vgl. dazu *Glaser*, DVBl. 2012, 1283 [1286f.]).

<sup>106</sup> Der Anwendungsbereich des NABEG ergibt sich aus § 2. Einen Überblick über die Rechtsregime für den Ausbau anderer Energieleitungen bietet *Kment*, UPR 2014, 81ff. Für Vorhaben von gemeinsamen europäischem Interesse vgl. die VO (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur v. 17. 4. 2013 (ABl. L 115, S. 39).

<sup>107</sup> *Frik*, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 49 (52ff.).

<sup>108</sup> Für Offshore-Windparks enthalten §§ 17a ff. EnWG Sondervorschriften.

<sup>109</sup> Vgl. *Hermes*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 7 Rn. 3.

als *Bundesbedarfsplan* vorlegt (§ 12e EnWG). Beschließt der Bundestag den Bedarfsplan in Gesetzesform, wird der energiewirtschaftliche Bedarf mit Verbindlichkeit für die folgenden Verfahrensstufen festgestellt (§ 12e IV EnWG).

## 2. Bundesfachplanung

Die zweite Phase der Bundesfachplanung (§§ 4 ff. NABEG) ist der Ermittlung grober Trassenkorridore mit einer Breite von 500–1000m<sup>110</sup> für die im Bedarfsplan enthaltenen Leitungen gewidmet. Hierdurch wird der durch die Bedarfsplanung ermittelte energiewirtschaftliche Bedarf in einen räumlich-konkretisierten Ausbaubedarf überführt<sup>111</sup>. Die Bundesfachplanung wird auf Antrag der ÜNB durch die BNetzA durchgeführt, deren Entscheidung (§ 12 NABEG) für die folgende Verfahrensstufe Bindungswirkung hat (§ 15 I 1 NABEG).

## 3. Planfeststellung

Erst die dritte Phase betrifft die planerische Zulassung der konkreten Anlage im Wege eines Planfeststellungsverfahrens. §§ 18 ff. NABEG enthalten einige (insbesondere der Öffentlichkeitsbeteiligung dienende) Modifikationen der im Übrigen anwendbaren §§ 43 ff. EnWG<sup>112</sup>. Das auf Antrag der ÜNB eingeleitete Verfahren (§ 19 NABEG) findet mit dem Planfeststellungsbeschluss (§ 24 NABEG) seinen Abschluss.

## 4. Öffentlichkeitsbeteiligung

Das dreiphasige Planungs- und Zulassungsverfahren enthält ein – dem deutschen Verwaltungsrecht bislang unbekanntes – differenziertes System der Öffentlichkeitsbeteiligung, das der Herstellung von Akzeptanz durch Transparenz und Partizipation dienen soll<sup>113</sup>. Schon die drei Stufen der Bedarfsplanung enthalten jeweils eigene Veröffentlichungs- und Beteiligungspflichten<sup>114</sup>. Auch die anschließende Bundesfachplanung und Planfeststellung

verpflichten zur Auslegung der Planunterlagen<sup>115</sup> sowie zur Durchführung einer Antragskonferenz<sup>116</sup> und eines Erörterungstermins<sup>117</sup>.

Ob das gesetzgeberische Ziel einer Beschleunigung der Zulassungsverfahren in der Praxis erreicht wird, ist noch offen<sup>118</sup>. Die Hürde der Bedarfsplanung wurde mit Erlass des ersten Bundesbedarfsplangesetzes<sup>119</sup> jedenfalls erstmalig genommen. Mit Blick auf die weitere Planung liegt mittlerweile auch ein erster Entwurf für den Netzentwicklungsplan 2014<sup>120</sup> sowie der Szenariorahmen 2015<sup>121</sup> vor.

## II. Gesetzgebungskompetenz

**Fall 7:** Dem Ministerpräsidenten des Bundeslands B geht der durch das NABEG forcierte Netzausbau nicht zuletzt wegen der in Kürze bevorstehenden Landtagswahlen und der erheblichen Proteste in der Bevölkerung zu schnell. Er möchte daher landesgesetzlich einen von der Bundesfachplanung abweichenden Gesetzentwurf erarbeiten lassen. Stünde dem Land die Kompetenz zum Erlass eines solchen Gesetzes zu?

### 1. Meinungsstand und praktische Relevanz

Der Gesetzentwurf<sup>122</sup> sowie Teile der Literatur<sup>123</sup> gehen davon aus, dass das NABEG insgesamt in Art. 74 I Nr. 11 GG (»Energiewirtschaft«) seinen kompetenziellen Ankerpunkt findet<sup>124</sup>. Von dieser Bestimmung ist die gesamte energiewirtschaftliche Wertschöpfungskette unter Einbeziehung der Energiegewinnung, der Energieverteilung sowie des

<sup>110</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 19.

<sup>111</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 24.

<sup>112</sup> § 18 III 2 NABEG. Nach § 43 S. 6 EnWG sind zudem §§ 72 ff. VwVfG subsidiär anwendbar.

<sup>113</sup> Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur *Guckelberger*, in: Kment (Hrsg.), Netzausbau zugunsten erneuerbarer Energien, 2013, S. 59 ff.; *Schneider*, in: FS Würtenberger, 2013, S. 411 ff.

<sup>114</sup> §§ 12a II 2, 12b III, 12c III EnWG.

<sup>115</sup> § 9 III NABEG i. V. m. § 14 i UVPg sowie § 22 III NABEG.

<sup>116</sup> §§ 7, 20 NABEG.

<sup>117</sup> § 22 VII NABEG.

<sup>118</sup> Zweifelnd *Beckmann*, UPR 2013, 331 (332 ff.). Für Reformvorschläge s. *Hermes*, ZUR 2014, 259 (264 ff.).

<sup>119</sup> Bundesbedarfsplangesetz v. 23. 7. 2013 (BGBl. I S. 2543).

<sup>120</sup> <http://www.netzentwicklungsplan.de/netzentwicklungsplan-2014-erster-entwurf> (18. 9. 2014).

<sup>121</sup> [http://www.netzentwicklungsplan.de/system/files/documents/Szenariorahmen\\_NEP2015\\_Entwurf\\_140430.pdf](http://www.netzentwicklungsplan.de/system/files/documents/Szenariorahmen_NEP2015_Entwurf_140430.pdf) (18. 9. 2014).

<sup>122</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 19.

<sup>123</sup> So *Appel*, UPR 2011, 405 (410 f.); *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002 (1008 f.); *Faßbender/Leidinger*, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau, 2013, Kap. 1 Rn. 60; *Grigolet/Weisensee*, UPR 2011, 401 (402); *Hermes*, EnWZ 2013, 395 (399); *Krappel*, DVBl. 2013, 551 (554); *Steinbach*, in: ders. (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, Einl. Rn. 58 ff.; *Wolfshohl/Scheuten*, in: de Witt/Scheuten (Hrsg.), NABEG, 2013, § 2 Rn. 24. Wohl auch *Wagner*, DVBl. 2011, 1453 (1456).

<sup>124</sup> Zu den Gesetzgebungskompetenzen vgl. allg. *Hebeler*, JA 2010, 688 ff.; *Frenz*, JURA 2007, 165 ff.

Energieverbrauchs erfasst<sup>125</sup>. Hierunter fällt insbesondere auch das Recht der Energieleitungen<sup>126</sup>. Nach anderer Auffassung handelt es sich bei §§ 4 ff. NABEG um ein besonderes Raumordnungsverfahren, sodass Art. 74 I Nr. 31 GG<sup>127</sup> einschlägig ist<sup>128</sup>. Art. 74 I Nr. 31 GG erstreckt sich aber nicht auf spezifische fachplanerische Regelungen<sup>129</sup>. Letztere unterfallen dem Kompetenztitel der jeweils betroffenen Sachmaterie, hier also Art. 74 I Nr. 11 GG. Entscheidend ist daher, ob es sich bei den Verfahren nach §§ 4 ff., 18 ff. NABEG um Raumordnungs- oder Fachplanungsrecht handelt.

Praktische Relevanz kommt dieser Abgrenzungsfrage wegen der abweichenden Rechtsfolgen zu. Während bei Art. 74 I Nr. 11 GG der Bedarf einer bundeseinheitlichen Regelung gemäß Art. 72 II GG gesondert nachzuweisen ist (Bedarfskompetenz<sup>130</sup>), ist dies bei Art. 74 I Nr. 31 GG nicht der Fall. Den Ländern steht dafür aber – anders als bei Art. 74 I Nr. 11 GG – ein grundsätzlich unbeschränktes<sup>131</sup> Abweichungsrecht nach Art. 72 III 1 Nr. 4 GG zu (Abweichungskompetenz) mit der Folge des Art. 72 III 2 und 3 GG.

## 2. Prüfungsgegenstand

Die kompetenzielle Zuordnung hat nicht anhand des Gesamtgesetzes, sondern anhand der einzelnen Regelungskomplexe des NABEG zu erfolgen, wenn und soweit dies nicht zu einer unnatürlichen Aufspaltung einheitlicher

Regelungszusammenhänge führt<sup>132</sup>. Bei der Bundesfachplanung (§§ 4 ff. NABEG) und der Planfeststellung (§§ 18 ff. NABEG) handelt es sich um zwei hintereinander geschaltete Verfahrensstadien mit unterschiedlichem Gegenstand (Grobtrassierung bzw. Einzelvorhaben), sodass eine Aufspaltung möglich ist.

## 3. Raumordnungs- oder Fachplanungsrecht?

Erforderlich ist daher eine Einordnung dieser Verfahren als Fachplanungs- oder Raumordnungsrecht, wobei im Zweifel der nach Gegenstand, Zweck und Wirkung zu bestimmende Schwerpunkt entscheidend ist<sup>133</sup>. Im Ausgangspunkt lässt sich *Raumordnung* als zusammenfassende, *übergreifende* Planung und Ordnung des Raums definieren, die überörtlich ausgerichtet ist und vielfältige Planungen zusammenfasst und abstimmt, kurzum die *Gesamtentwicklung* des Raums betrifft<sup>134</sup>. Ob sich daneben die *Überfachlichkeit* des Prüfungsprogramms als Abgrenzungskriterium eignet<sup>135</sup>, erscheint im Hinblick auf die Multidimensionalität zahlreicher fachplanerischer Abwägungsentscheidungen fraglich<sup>136</sup>. *Fachplanung* kann zwar ebenfalls einen überörtlichen Bezug aufweisen. Entscheidend geht es ihr jedoch nicht um die Gesamtentwicklung des Raums, sondern um die Bewältigung konkreter planerischer Fachaufgaben wie die Standortplanung für Bundesfernstraßen, Eisenbahnen, Wasserstraßen oder Atomanlagen<sup>137</sup>.

Die §§ 18 ff. NABEG enthalten punktuelle Modifikationen des »klassischen« Planfeststellungsrechts. Trotz ihres insofern abweichenden Regelungsinhalts teilen sie aber die Rechtsqualität der Planfeststellung, die wegen ihrer Ausrichtung auf die Zulassung konkreter Vorhaben einheitlich als Fachplanungsrecht angesehen wird<sup>138</sup>. Insofern ist Art. 74 I Nr. 11 GG zutreffende Kompetenzgrundlage.

125 *Windthorst*, in: Gröpl/ders./v. Coelln (Hrsg.), GG, 2013, Art. 74 Rn. 33.

126 *Maunz*, in: ders./Dürig, GG, 70. EL 2013, Art. 74 Rn. 144 (1984).

127 In Bezug auf das Raumordnungsrecht ist umstritten, ob dem Bund für die gesamtstaatliche Raumplanung auch nach der Föderalismusreform eine ungeschriebene Kompetenz kraft Natur der Sache zukommt (vgl. dafür *Durner*, DVBl. 2008, 69 [75f.]. A. A. *Hoppe*, DVBl. 2007, 144 [146ff.]). Da die Energieleitungsplanung – schon mit Blick auf die bisherige Verwaltungspraxis – aber nicht »begriffsnotwendig« nur durch den Bund erfolgen kann, scheidet eine solche vorliegend aber von vornherein aus; vgl. *Erbguth*, in: Kment (Fn. 113), S. 34 ff.

128 *Durner*, in: Gundel/Lange (Fn. 107), S. 13 ff.; *Erbguth*, DVBl. 2012, 325 (329); *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1041); *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 129; *Windthorst* (Fn. 125), Art. 74 Rn. 83. Offen lassend *Mikesic/Strauch*, RdE 2011, 347 (348 ff.).

129 Vgl. nur *Haratsch*, in: Sodan (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2011, Art. 70 Rn. 67.

130 Nachprüfbar im Wege der abstrakten Normenkontrolle vor dem BVerfG gemäß Art. 93 I Nr. 2a GG, § 13 Nr. 6 a i.V.m. §§ 76 ff. BVerfGG.

131 Teilweise wird der Versuch unternommen, in Art. 72 III 1 Nr. 4 GG einen abweichungsfesten Kern hineinzulesen, so etwa *Battis/Kersten*, DVBl. 2007, 152 (159), dagegen aber – wegen des Wortlauts von Art. 72 III 1 Nr. 4 GG und der Systematik (Umkehrschluss zu Art. 72 III 1 Nr. 1, 2, 5 GG) zu Recht – *Hoppe*, DVBl. 2007, 144 (146 ff.).

132 BVerfGE 97, 228 (251); *Heintzen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 167. EL 2014, Art. 70 Rn. 137 (2003).

133 BVerfGE 121, 30 (47); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rn. 57. Vgl. zum vorliegenden Abgrenzungsproblem auch allg. *Hermes*, in: Heun u. a. (Hrsg.), Evang. Staatslexikon, 2006, Sp. 1789 (1793).

134 Vgl. BVerfGE 3, 407 (424); *Hoppe*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 77 Rn. 27 f.

135 So *Erbguth*, in: FS Hoppe, 2000, S. 631 (639).

136 Vgl. z. B. § 18 I 2 AEG, § 17 I 2 FStRG, § 8 I 2 LuftVG, § 28 I 2 PBefG, § 14 I 1 WaStRG.

137 Vgl. die bei *Stier*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Abschn. E behandelten Materien.

138 *Stier* (Fn. 137), Rn. 3228 ff.

Schwieriger ist die Beurteilung des in §§ 4 ff. NABEG geregelten Verfahrens. Allenfalls indizielle Bedeutung kommt dabei der gesetzgeberischen Bezeichnung des Zweiten Abschnitts des NABEG als »Bundesfachplanung« zu. Auch der ausdrückliche Ausschluss eines Raumordnungsverfahrens (§ 28 S. 1 NABEG) ist wenig aussagekräftig, da er keinen Rückschluss auf den Inhalt der §§ 4 ff. NABEG zulässt. Entscheidend ist vielmehr eine materielle Betrachtung. Vergleichbar mit anderen Fachplanungsverfahren weicht das von der BNetzA durchzuführende Planprogramm (§ 5 I 3 NABEG) durch Einbeziehung allgemeiner öffentlicher und privater Belange von dem Raumordnungsverfahren (§ 15 I 2 ROG) ab<sup>139</sup>. Auch spricht die in § 5 I 4 NABEG enthaltene, für Fachplanungsverfahren typische Raumordnungsklausel<sup>140</sup> für die Annahme einer Fachplanung. Entscheidend kommt die gegenständliche Beschränkung auf die Festlegung bestimmter Trassenkorridore (§ 4 S. 1 NABEG) hinzu. In Abgrenzung zum Raumordnungsverfahren geht es hier nicht um eine Gesamtentwicklung des Raums unter Zusammenfassung zahlreicher Fachplanungsverfahren, sondern um eine gegenständlich eng umgrenzte Fachaufgabe. Im Ergebnis handelt es sich damit nicht um ein »auf die BNetzA »hochgezontes« Raumordnungsverfahren«<sup>141</sup>, sondern ein Fachplanungsverfahren *sui generis*<sup>142</sup>, sodass der Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 11 GG einschlägig ist.

#### 4. Bedürfnis gesamtstaatlicher Regelung

Das nach Art. 72 II GG zu fordernde Bedürfnis gesamtstaatlicher Regelung ergibt sich aus den negativen Erfahrungen mit den parzellierten Landesverfahren für den Netzausbau (E.I.1.). Die steigende Anzahl von Kapazitätsengpässen verdeutlicht die Dringlichkeit der Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens für den Netzausbau<sup>143</sup>.

**Lösung Fall 7:** Das Bundesland B kann kein von der Bundesfachplanung abweichendes Verfahren normieren, da ihm die hierfür erforderliche Abweichungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 31 i. V. m. 72 III 1 Nr. 4 GG (Raumordnung) fehlt. Vielmehr handelt es sich bei dem Verfahren nach §§ 4 ff. NABEG um ein Fachplanungsverfahren, für das der Bund nach Art. 74 I Nr. 11 GG (Energiewirtschaft) eine nicht der Abweichungskompetenz

unterfallende (vgl. Art. 72 III 1 GG) konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat.

### III. Verwaltungskompetenz

**Fall 8:** Bundesland A ist der Auffassung, die Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung des NABEG auf die BNetzA verstoße gegen das GG. A möchte wissen, ob der Antrag auf ein Bund-Länder-Verfahren vor dem BVerfG (Art. 93 I Nr. 3 GG, § 13 Nr. 7 i. V. m. §§ 68 ff. BVerfGG) Aussicht auf Erfolg hätte.

#### 1. Zuständigkeit der BNetzA

Auch bei der Beurteilung der Kompetenz zur Ausführung des NABEG muss zwischen Bundesfachplanung (§§ 4 ff. NABEG) und Planfeststellungsverfahren (§§ 18 ff. NABEG) unterschieden werden. Während sich die Zuständigkeit der BNetzA für die Bundesfachplanung aus § 31 I NABEG ergibt, sieht § 31 II NABEG die grundsätzliche Landeszuständigkeit für das Planfeststellungsverfahren vor. Abweichend hiervon kann die Bundesregierung gemäß § 2 II NABEG durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats die Zuständigkeit für die Planfeststellung auf die BNetzA übertragen. Dies ist mit Erlass der Planfeststellungszuweisungsverordnung (PlfZV)<sup>144</sup> erfolgt.

#### 2. Art. 87 III 1 GG als Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Abweichung von der grundsätzlichen Landeszuständigkeit für die Ausführung von Bundesgesetzen (Art. 83 GG) soll Art. 87 III 1 GG sein<sup>145</sup>. Diese Vorschrift ermächtigt den Bund u. a. zur Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden durch Gesetz in Angelegenheiten, für die ihm die Gesetzgebungskompetenz zusteht.

Selbständige Bundesoberbehörden sind für das gesamte Bundesgebiet zuständige Behörden des Bundes, die einer obersten Bundesbehörde unterstehen<sup>146</sup>. Im Gegensatz zu Art. 87 III 2 GG weisen sie keinen Verwaltungsunterbau auf<sup>147</sup>. Bei der BNetzA handelt es sich um eine

<sup>139</sup> Vgl. für die besonderen Planfeststellungsverfahren die Nachweise in Fn. 136. S. im Übrigen auch das Abwägungsprogramm in § 16 II 1 FStrG und § 13 I 2 WaStrG.

<sup>140</sup> Stüer (Fn. 137), Rn. 3253.

<sup>141</sup> Appel, in: Gundel/Lange (Fn. 107), S. 29.

<sup>142</sup> So BT-Drs. 17/6073, S. 19.

<sup>143</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 20.

<sup>144</sup> Verordnung über die Zuweisung der Planfeststellung für länderübergreifende und grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen auf die Bundesnetzagentur v. 23. 7. 2013 (BGBl. I S. 2582).

<sup>145</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 32. Vgl. hierzu allg. v. Lewinski, JA 2006, 517 (519).

<sup>146</sup> Ibler, in: Maunz/Dürig (Fn. 126), Art. 87 Rn. 250 (2012).

<sup>147</sup> BVerfGE 14, 197 (210 f.).

Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMWi<sup>148</sup> ohne eigenen Verwaltungsunterbau<sup>149</sup>. Anerkannt ist schließlich, dass Art. 87 III 1 GG nicht nur die »Errichtung« neuer Behörden, sondern auch die Übertragung neuer Aufgaben auf existierende Behörden erfasst<sup>150</sup>. Damit ist der Anwendungsbereich des Art. 87 III 1 GG eröffnet.

### 3. Voraussetzungen, insbesondere Eignung zur zentralen Aufgabenerledigung

Die gemäß Art. 87 III 1 GG erforderliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 I Nr. 11 GG (s. o. E. II)<sup>151</sup>. Eine eigenständige – an Art. 72 II GG angelehnte – Bedürfnisprüfung für die Behördenerrichtung ist im Rahmen des Art. 87 III 1 GG nach h. M. entbehrlich<sup>152</sup>.

Allerdings verlangt die ganz überwiegende Meinung, dass die übertragene Aufgabe als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal *zur zentralen Erledigung geeignet* ist<sup>153</sup>. Lediglich vereinzelt wird dies unter Hinweis auf die fehlende Bestimmbarkeit dieses Kriteriums – zu Recht – bestritten<sup>154</sup>. Für die zuletzt genannte Auffassung streitet die Tatsache, dass sämtliche im Entstehungsprozess vorgeschlagenen einschränkende Tatbestandsmerkmale nicht in den Normtext des Art. 87 III 1 GG übernommen wurden<sup>155</sup>. Zu beachten ist außerdem, dass der im Bundes-

staatsprinzip verankerte Grundsatz der Bundestreue<sup>156</sup> ohnehin die missbräuchliche Errichtung einer Bundesbehörde für zur zentralen Erledigung gänzlich ungeeignete Aufgaben verbietet. Die Konstruktion eines im Wortlaut des Art. 87 III 1 GG nicht angelegten ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals erscheint daher entbehrlich.

Selbst wenn jedoch die Eignung zur zentralen Erledigung gesondert nachzuweisen wäre, stünde dies – entgegen einer verbreiteten Meinung<sup>157</sup> – der Begründung der Zuständigkeit der BNetzA durch das NABEG *nicht* im Wege. In Bezug auf die *Bundesfachplanung* (§§ 4 ff. NABEG) folgt dies aus dem hohen Abstraktionsgrad der auf Trassen mit einer Breite von 500–1000 m bezogenen Grobplanung. Für die gemäß § 5 NABEG von der BNetzA durchzuführende Abwägung wird eine im Vergleich zur anschließenden Planfeststellung wesentlich geringere Detailschärfe verlangt<sup>158</sup>. Als weiteres Indiz ist zu berücksichtigen, dass auch die fernstraßenrechtliche Linienbestimmung (§ 16 I 1 FStRG), der die Bundesfachplanung nachgebildet ist<sup>159</sup>, auf Bundesebene erfolgt.

Schwieriger ist die Beurteilung der Eignung zur zentralen Aufgabenerledigung mit Blick auf die *Planfeststellung* gem. §§ 18 ff. NABEG. Im Rahmen der Planfeststellung erfolgt die Zulassung einzelner Leitungsvorhaben. Dies erfordert eine genaue Kenntnis der Sachlage vor Ort, was gegen eine Zentralisierung spricht. Allerdings enthalten §§ 18 ff. NABEG umfangreiche Beteiligungsvorschriften, die nicht nur der Akzeptanz, sondern auch der Wissensgenerierung durch die BNetzA dienen. So gehen die auf der Antragskonferenz (§ 20 NABEG) und im Rahmen des Anhörungsverfahrens (§ 22 NABEG) erhobenen Stellungnahmen in das weitere Verfahren ein. Auch die Landesfachbehörden sind als Träger öffentlicher Belange zu beteiligen<sup>160</sup> und können auf diesem Wege ihre Expertise einbringen. Daneben kann auf die bei Planfeststellungs-

148 § 1 S. 2 BNetzAG.

149 Bei den Außenstellen der BNetzA handelt es sich um grundsätzlich zulässige (vgl. nur *Niermann*, Die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden, 1961, S. 24 ff.) Untergliederungen (*Schmidt*, DÖV 2005, 1025 [1027]). Für die von Außenstellen ausgehende Gefahr der Verwischung der Grenzen zu Art. 87 III 2 GG s. aber *Suerbaum*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, 20. Ed. 2014, Art. 87 Rn. 28.1.

150 *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 87 Rn. 77.

151 Ausreichend ist auch eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/ders.*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 13. Ob Art. 87 III 1 GG auch auf Fälle der Abweichungskompetenz anwendbar ist, ist umstritten (dafür *Oebbecke*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 136 Rn. 129; dagegen *Broß/Mayer*, in: *v. Münch/Kunig* [Hrsg.], GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 87 Rn. 22), kann hier jedoch wegen der Nichtanwendung von Art. 74 I Nr. 31 GG (E. II.) dahinstehen.

152 BVerfGE 14, 197 (213 f.); *Hömig*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2013, Art. 87 Rn. 15.

153 BVerfGE 110, 33 (49); NVwZ 2007, 942 (944); *Britz*, DVBl. 1998, 1167 (1173); *Ruge*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 87 Rn. 8.

154 *Jestaedt*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG, Bd. II, 2002, Art. 87 Rn. 97; *Köible*, DVBl. 1962, 658 (661); *Rupp*, in: *FS Dürig*, 1990, S. 387 (398).

155 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Jestaedt* (Fn. 154), Art. 87 Rn. 11 ff.

156 Hierzu *Schubert*, *JURA* 2003, 607 (610).

157 Sowohl §§ 4 ff. als auch §§ 18 ff. NABEG nicht zur zentralen Erledigung für geeignet haltend *Gärditz*, ZfU 2012, 249 (269 f.). Beschränkt auf §§ 18 ff. NABEG *Antweiler*, NZBau 2013, 337 (339); *Durner* (Fn. 128), S. 16 ff.; *Erbguth*, NVwZ 2012, 326 (330 f.); *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1041); *Steinberg/Wickel/Müller* (Fn. 128), § 1 Rn. 165. Wie hier dagegen die wohl h. L.; vgl. *Appel*, UPR 2011, 406 (411 f.); *de Witt*, in: *ders./Scheuten* (Fn. 123), § 31 Rn. 6 ff.; *Franke*, in: *FS Salje*, 2013, S. 121 (137 ff.); *Grigoleit/Weisensee*, UPR 2011, 401 (402); *Hermes*, EnWZ 2013, 395 (401); *Krappel*, DVBl. 2013, 551 (557 f.); *Schmitz/Jornitz*, NVwZ 2012, 332 (333 f.); *Sellner/Fellenberg*, NVwZ 2011, 1025 (1032); *Steinbach* (Fn. 123), Einl. Rn. 68 f. Auf die Bundesfachplanung beschränkt *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002 (1009). Offen lassend *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 41), § 6 Rn. 107.

158 *Willbrand*, in: *Posser/Faßbender* (Fn. 123), Kap. 4 Rn. 37.

159 *Durner*, DVBl. 2013, 1564 (1567 f.).

160 *Wiesendahl*, in: *de Witt/Scheuten* (Fn. 123), § 20 Rn. 8.

verfahren übliche Praxis der Einschaltung von Gutachtern, die Konsultation von Datenbanken und Einbeziehung von Fachbehörden verwiesen werden<sup>161</sup>. Derartige, die Intensität einer Amtshilfe nicht überschreitende, Kooperationen mit anderen Bundes- oder Landesbehörden sind auch im Rahmen des Art. 87 III 1 GG zulässig<sup>162</sup>. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Durchführung von Planfeststellungsverfahren durch Bundesoberbehörden kein Novum im deutschen Fachplanungsrecht darstellt<sup>163</sup>.

#### 4. Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt

Von rechtlicher Brisanz ist ferner die Form der Beauftragung der BNetzA mit der Durchführung des Planfeststellungsverfahrens. Art. 87 III 1 GG verlangt als spezieller Gesetzesvorbehalt für die Aufgabenübertragung ein »Bundesgesetz«. Die Zuständigkeitsbegründung der BNetzA für das Verfahren nach §§ 18 ff. NABEG erfolgte jedoch durch die PlfZV auf der Grundlage von § 2 II NABEG. Zwar ist anerkannt, dass ein materielles Gesetz den Anforderungen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts genügt, wenn es auf der Grundlage eines verfassungskonformen formellen Gesetzes erlassen wurde. Ob dies auch im Rahmen des Art. 87 III 1 GG gilt<sup>164</sup> oder hier von einem Totalvorbehalt zu Gunsten der Legislative auszugehen ist<sup>165</sup>, ist jedoch unklar.

Wegen des uneinheitlichen Gesetzesbegriffs des Grundgesetzes<sup>166</sup> zwingt der ein »Bundesgesetz« fordernde Wortlaut des Art. 87 III 1 GG nicht zur Annahme eines Totalvorbehalts<sup>167</sup>. Andererseits verlangt die Parallelvor-

schrift des Art. 87 III 2 GG gerade keine »gesetzliche« Grundlage, was für die Annahme eines Totalvorbehalts spricht. Auch der Blick auf das Meinungsbild zu vergleichbaren Vorschriften zeitigt kein eindeutiges Ergebnis: Während Art. 84 I 2 GG<sup>168</sup>, Art. 108 II 2 GG<sup>169</sup> sowie Art. 87b I 3 GG<sup>170</sup> kein formelles Gesetz erfordern, wird Art. 87 I 2 GG überwiegend als Totalvorbehalt gelesen<sup>171</sup>.

Entscheidende Bedeutung erlangt daher die Frage, ob der Zweck des jeweiligen Gesetzesvorbehalts ebenso gut durch ein materielles Gesetz erreicht wird<sup>172</sup>. Hintergrund von Art. 87 III 1 GG ist die Kompetenzordnung im Bundesländer-Verhältnis. Die Vorschrift hat eine primär föderale Schutzrichtung<sup>173</sup>. Sie soll die Mitwirkung des die Länderinteressen vertretenden Bundesrats (Art. 50 GG) sichern<sup>174</sup>. Im Vergleich zum Gesetzgebungsverfahren sind die Mitwirkungsrechte des Bundesrats im Rahmen des Ordnungsverfahrens grundsätzlich weniger stark ausgestaltet<sup>175</sup>. Regelmäßig wird der Erlass einer Rechtsverordnung den Anforderungen des Art. 87 III 1 GG daher nicht genügen. Anders ist dies jedoch, wenn – wie hier (vgl. § 2 II NABEG) – ausdrücklich eine Bundesratszustimmung erforderlich ist<sup>176</sup>. Hierdurch wird dem föderalen Schutzzweck des Art. 87 III 1 GG Genüge getan.

Auch aus der Wesentlichkeits-Rechtsprechung des BVerfG bzw. Art. 80 I 2 GG<sup>177</sup> folgt vorliegend kein eine Aufgabenübertragung durch Rechtsverordnung untersagender Parlamentsvorbehalt. Anerkannt ist zwar nur, dass die Einzelheiten der Errichtung und Aufgabenübertragung im Ordnungswege geregelt werden können<sup>178</sup>. Auch die Bestimmung des konkreten Aufgabenumfangs durch Ver-

<sup>161</sup> Franke (Fn. 157), S. 138.

<sup>162</sup> BVerfGE 14, 197 (211).

<sup>163</sup> Vgl. § 3 I 1 Nr. 1 BEVVG (Bundeseisenbahnen), § 1 II MBPflG (Magnetschwebebahnen).

<sup>164</sup> Burgi, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 87 Rn. 95; Hermes (Fn. 150), Art. 87 Rn. 84; Lerche, in: Maunz/Dürig (Fn. 126), Art. 87 Rn. 172, 177 (1992); Pieroth (Fn. 151), Art. 87 Rn. 13.

<sup>165</sup> Rump, Die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden, 1978, S. 66 ff.; Schäfer, DÖV 1958, 241 (246 f.). Zweifelnd auch Durner (Fn. 128), S. 16. Offen lassend Burmeister, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991, S. 157. Vermittelt wird – allerdings ohne schlüssige Begründung – vorgeschlagen, dass ein materielles Gesetz nur im Falle einer Aufgabenübertragung auf existierende Behörden genüge; so Appel/Eding, NVwZ 2012, 343 (344); Erbguth, NVwZ 2012, 326 (331 Fn. 72).

<sup>166</sup> Vgl. im Kontext von Art. 20 III GG Gärditz, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Stand: 39. EL 2012, Art. 20 (6. Teil) Rn. 54 ff. (2011).

<sup>167</sup> Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Fn. 153), Art. 80 Rn. 28.

<sup>168</sup> BVerfGE 55, 274 (325 f.); Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Fn. 126), Art. 84 Rn. 71 ff. (2011).

<sup>169</sup> BVerfGE 106, 1 (22).

<sup>170</sup> Grzeszick, in: Friauf/Höfling (Fn. 166), Art. 87b Rn. 16 (2005).

<sup>171</sup> Jestaedt (Fn. 154), Art. 87 Rn. 75. Wohl auch Broß/Mayer (Fn. 151), Art. 87 Rn. 5. A. A. Lerche (Fn. 164), Art. 87 Rn. 121.

<sup>172</sup> Gärditz (Fn. 166), Art. 20 (6. Teil) Rn. 141 (2011).

<sup>173</sup> Ibler (Fn. 146), Art. 87 Rn. 226 (2012). A. A. Rupp (Fn. 154), S. 389 f.

<sup>174</sup> Gusy, JA 2002, 610 (611 f.). Auch bei – wie im Rahmen von Art. 87 III 1 GG erforderlich – bloßen Einspruchsgesetzen bestehen nach Art. 77 GG differenzierte Mitwirkungsrechte des Bundesrats.

<sup>175</sup> Vorliegend besteht insbesondere kein Zustimmungserfordernis nach Art. 80 II GG.

<sup>176</sup> So i. Erg. auch Appel/Eding, NVwZ 2012, 343 (344 f.). Das Zustimmungserfordernis des § 2 II NABEG verstößt auch nicht wegen der Gefahr der Verwischung der Grenzen zu Art. 87 III 2 GG gegen Art. 87 III 1 GG; so aber Erbguth, in: FS Stürer, 2013, S. 403 (408).

<sup>177</sup> Die exakte Herleitung des Parlamentsvorbehalts bei Verordnungen ist str., vgl. Nierhaus, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Fn. 132), Art. 80 I Rn. 89 ff. (1998).

<sup>178</sup> Burgi (Fn. 164), Art. 87 Rn. 95.

ordnung ist jedoch zulässig. Erforderlich ist lediglich, dass der Rahmen einer möglichen Aufgabenübertragung durch formelles Gesetz bestimmt wird. Diesen Anforderungen genügt § 2 II NABEG, indem er die Aufgaben gegenständlich auf Energieleitungen nach § 2 I NABEG und sachlich auf das in §§ 18 ff. NABEG näher bestimmte Planfeststellungsverfahren beschränkt. Damit ist der äußerste Rahmen einer Aufgabendelegation trennscharf umrissen. Bei der weiteren Konkretisierung der Übertragung handelt es sich um bloß unwesentliche, nicht notwendigerweise durch den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu treffende Entscheidungen.

Schließlich genügt § 2 II NABEG aus den soeben genannten Gründen auch den Erfordernissen der Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß gemäß Art. 80 I 2 GG, sodass insgesamt von seiner Verfassungsmäßigkeit auszugehen ist<sup>179</sup>.

Im Ergebnis ist die Beauftragung der BNetzA mit der Durchführung des NABEG somit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

**Lösung Fall 8:** Ein Bund-Länder-Verfahren hat keine Aussicht auf Erfolg, da die Aufgabenübertragung auf die BNetzA in Art. 87 III 1 GG ihre verfassungsmäßige Grundlage findet. Sowohl die Bundesfachplanung als auch die Planfeststellung sind – wenn man dies mit der h.M. für erforderlich hält – zur zentralen Erledigung geeignet. Auch genügt die durch die PlfZV erfolgte Ermächtigung dem Gesetzesvorbehalt in Art. 87 III 1 GG.

## F. Zusammenfassung und Ausblick

Der Beitrag hat gezeigt, dass das nunmehr gut eine Dekade alte und horizontal wie vertikal mehrdimensional aufgefüllte Recht der Energiewende zahlreiche europa-, verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme aufwirft. Da-

bei wurde teilweise dem (vermeintlichen) politischen Handlungsbedarf unter Inkaufnahme erheblicher *rechtlicher Risiken* der Vorrang eingeräumt. Zu nennen sind insoweit das unter dem Eindruck der Katastrophe von Fukushima übereilt erlassene »Atommoratorium«, der entschädigungslose beschleunigte Atomausstieg (zu beidem Teil 1 dieses Beitrags) sowie die industriepolitisch motivierte besondere Ausgleichsregelung nach dem EEG (s.o. D.). In ihren Grundfesten erweisen sich aber sowohl der Atomausstieg als auch die EE-Förderung und der damit verbundene Netzausbau als unions- und verfassungsrechtskonform.

Ein Gelingen des mit der Energiewende verbundenen politischen Paradigmenwechsels in Richtung einer nachhaltigen Energieversorgung sieht sich daneben aber auch vor eine Reihe *tatsächlicher*, insbesondere *technisch-ökonomischer Herausforderungen* gestellt. Als unabdingbar wird sich zunächst die – rechtlich flankierte<sup>180</sup> – Verbesserung der *Energiespeichertechnik* erweisen. Kurzfristig muss ferner der *Mangel an Netzübertragungs- und konventionellen Erzeugungskapazitäten* durch das marktwirtschaftlich und grundrechtlich äußerst prekäre System intensiver Zwangseingriffe nach §§ 13 ff. EnWG aufgefangen werden<sup>181</sup>. Langfristig ist schließlich das durch die EE-Förderung aus den Fugen geratene *Marktgleichgewicht* wiederherzustellen; daher wird derzeit intensiv an einem Mechanismus gearbeitet, der die durch den Abnahme- und Vergütungszwang zugunsten von EE-Anlagen unrentabel gewordenen konventionellen Kraftwerke wieder in den Markt zurückführt, um ein hinreichendes Maß an Versorgungssicherheit zu gewährleisten<sup>182</sup>.

**Hinweis:** Fortsetzung und Abschluss des Beitrags von Kahl/Bews in JURA 2014, 1004 ff.

<sup>179</sup> Appel/Eding, NVwZ 2012, 343 ff.; Bourwieg, in: Steinbach (Fn. 123), § 2 NABEG Rn. 6 ff.; Steinbach, in: ders. (Fn. 123), Einl. Rn. 70 f. A. A. Erbguth (Fn. 176), S. 406 ff.; Grigoleit/Weisensee, UPR 2011, 401 (402 f.); Steinberg/Wickel/Müller (Fn. 128), § 1 Rn. 166. Zweifeln auch Fest, NVwZ 2013, 824 (826); Hermes, EnWZ 2013, 395 (401 Fn. 76).

<sup>180</sup> S. dazu Sailer, ZNER 2012, 153 ff.; Thomas/Altrock, ZUR 2013, 577 ff.

<sup>181</sup> Hierzu Wolfers/Wollenschläger, N&R 2013, 251 ff.; Wahlhäuser, UPR 2014, 44 ff.

<sup>182</sup> Vgl. näher Beckers/Hoffrichter, EnWZ 2014, 57 ff.; Däuper/Voß, ZNER 2012, 119 ff.