

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Ausschreibungen im EEG 2014 und „Altmark Trans“ – Auf dem Weg zur beihilfefreien Ausgestaltung der EE-Förderung durch die Einführung einer gemein- wirtschaftlichen Verpflichtung? –

Diskussionspapier

erstellt von

Nora Grabmayr

Dr. Markus Kahles

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Optimierende Wege zur Integration erneuerbarer
Energien (OptWIEE)“ [FKZ: 03MAP304]

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

16

07.09.2015

Zitiervorschlag: *Nora Grabmayr/Dr. Markus Kahles, Ausschreibungen im EEG 2014 und „Altmark Trans“: Auf dem Weg zur beihilfefreien Ausgestaltung der EE-Förderung durch die Einführung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung?, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 16 vom 07.09.2015.*

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail grabmayr@stiftung-umweltenergierecht.de
kahles@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg

IBAN DE16790500000046743183, BIC BYLADEM1SWU790

Inhaltsverzeichnis

A. Hintergrund	1
B. Entspricht der PV-Pilot den Altmark-Kriterien?	3
I. Betrachtung mit gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung	4
1. Abgrenzung zu Art. 106 II AEUV	4
2. Nähere Ausgestaltung durch EuGH, EuG und Kommission	5
a) Allgemeines wirtschaftliches Interesse	5
b) Betrachtung	6
c) Zwischenergebnis	9
3. Werden Anlagenbetreiber im Rahmen der FFAV mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut?	10
a) Zubau von Freiflächenanlagen nach § 1 FFAV als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung?	10
(1) Ausbau im Interesse des Klima- und Umweltschutzes	12
(2) Energieversorgungssicherheit als „ungeschriebenes“ allgemeinwirtschaftliches Interesse im EEG 2014?	14
(3) Die übrigen Zwecke des EEG 2014 als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Rahmen der FFAV?	15
(4) Zwischenergebnis	16
b) Liegt eine konkrete Betrauung vor?	17
(1) Betrachtung der Anlagenbetreiber durch das EEG 2014?	17
(2) Betrachtung der Anlagenbetreiber durch den Zuschlag nach §§ 12 ff. FFAV?	18
(3) Betrachtung der Anlagenbetreiber durch die Förderberechtigung nach §§ 21 ff. FFAV?	20
(4) Fehlen einer Betrauung aufgrund mangelnder Verpflichtung zur Stromproduktion?	21
4. Zwischenergebnis	24
II. Objektivität und Transparenz	26
1. Anforderungen von EuGH und Kommission	26
2. Anwendung auf den PV-Piloten	26
III. Keine Überkompensation	27

1.	Anforderungen von EuGH und Kommission	27
2.	Anwendung auf den PV-Piloten	28
IV.	Auswahl des Dienstleistungserbringers	29
1.	Anforderungen von EuGH und Kommission	29
2.	Anwendung auf den PV-Piloten	30
C.	Ergebnis und Ausblick	32

A. Hintergrund

Schon seit Jahren wird diskutiert, ob die nationale Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt¹. Danach 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“*. Bislang stand in Bezug auf das EEG die Frage der Staatlichkeit der Mittel im Zentrum der Diskussion². Doch mit der Fortentwicklung der europäischen Rahmenbedingungen durch die neuen Leitlinien der Kommission zu Umwelt- und Energiebeihilfen vom Juli 2014 (UEBLL)³ auf der einen Seite sowie der Reform des EEG und der im Rahmen des PV-Piloten begonnenen Umstellung auf ein Ausschreibungssystem im deutschen Recht auf der anderen Seite, lohnt sich vermehrt auch die Beschäftigung mit dem beihilferechtlichen Tatbestandsmerkmal der Begünstigung⁴. Dieses ist laut EuGH erfüllt, wenn ein Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, d.h. marktübliche Gegenleistung (Kompensation) erlangt⁵. Eine Leistung liegt dann vor, wenn es sich um einen geldwerten Vorteil handelt. Dieser Vorteil muss durch eine marktübliche Gegenleistung kompensiert werden, damit keine Begünstigung vorliegt⁶. Dies setzt voraus, dass das Geschäft unter einer normalen Marktsituation ebenfalls stattfinden würde. Liegt eine solche nicht vor, ist es dennoch möglich, dass es sich nicht um eine Beihilfe handelt. Erforderlich ist dafür, dass das unterstützte Unternehmen eine sog. „ge-

¹ EuGH, Urt. v. 13.3.2001, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 (*PreussenElektra*); Europäische Kommission, Entscheidung v. 25.11.2014 zum EEG 2012, C(2014) 8786 final; stellvertretend für viele: N. Grabmayr/A. Stehle/F. Pause/T. Müller, *Das Beihilfeverfahren der EU-Kommission zum Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012*, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 2 vom Februar 2014; abrufbar unter http://www.stiftung-umweltenergierecht.de/fileadmin/pdf_aushaenge/Forschung/WueBerichte_2_Beihilfeverfahren_zum_EEG-2012_final.pdf (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

² Stellvertretend für viele: F. Sailer/K. Kantenwein, in: J. Reshöft/A. Schäfermeier (Hrsg.), *Kommentar zum EEG (2014)*, Einleitung, Rn. 242 f.

³ Europäische Kommission, *Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020*, (2014/C 200/01), Rn. 107 ff.

⁴ Siehe auch H. Kahl, *Wann gilt Ökostrom als subventioniert? – Ein Blick über den europäischen Tellerrand auf das Regelwerk der WTO*, ER 2014, S. 100.

⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*SFEI*), Rn. 60; EuGH, Urt. v. 29.4.1999, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210 (*Spanien/Kommission*), Rn. 41 ff.

⁶ Mit weiteren Nachweisen: J. Kühling in R. Streinz (Hrsg.), *Kommentar zum AEUV*, Art. 107 AEUV, Rn. 28.

meinwirtschaftliche Verpflichtung“ erfüllt. Zentrale Kriterien hierfür hat der EuGH in der Entscheidung *Altmark Trans* aufgestellt⁷. Gegenstand der Entscheidung war der Betrieb einer Buslinie, die ohne staatliche Unterstützung nicht rentabel hätte betrieben werden können. Trotz staatlicher Unterstützung hat der EuGH in diesem Fall mangels Begünstigung das Vorliegen einer Beihilfe verneint⁸.

Bereits im Beihilfeverfahren zum EEG 2012 hat sich die Bundesregierung auf die *Altmark*-Entscheidung berufen⁹, allerdings lehnte die Kommission schon das Vorliegen des ersten Altmark-Kriteriums mit der Begründung ab, dass im Rahmen des EEG 2012 keine Verpflichtung der Anlagenbetreiber zur Stromproduktion, sondern lediglich ein Anreiz hierzu bestehe¹⁰. Die Nichtigkeitsklage Deutschlands gegen die Entscheidung der Kommission ist noch anhängig¹¹.

Mit der Einführung des PV-Piloten auf der Grundlage der Verordnung zur Ausschreibung der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen (FFAV)¹² im Rahmen der §§ 2 Abs. 5, 55, 88 EEG 2014 könnte sich die Argumentationsgrundlage bezüglich der Erfüllung der Altmark-Kriterien allerdings grundlegend geändert haben. Die FFAV enthält erstmals Regelungen zu Ausschreibungen mit dem Ziel, „*die Förderung von festen administrativ festgelegten Fördersätzen auf wettbewerblich ermittelte Fördersätze umzustellen*“. Im Rahmen der Pilot-Ausschreibungen werden den Bietern und späteren Anlagenbetreibern zudem bestimmte Pflichten auferlegt und Vorgaben gemacht, die der Sicherstellung der Realisierung ihres An-

⁷ Die vier kumulativ erforderlichen Voraussetzungen sind, dass (1) das Unternehmen mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wird, (2) die Parameter des Ausgleichs vorher festgelegt sind, (3) keine Überkompensation erfolgt und (4) die Auswahl durch Ausschreibung oder anhand eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens erfolgt. EuGH, Ur. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 87 ff., Slg. 2003, I-07747 ff.

⁸ In *Altmark Trans* musste der EuGH entscheiden, ob im konkreten Fall eine Begünstigung vorliegt. Die Unternehmen *Altmark Trans GmbH* und die *Nahverkehrsgesellschaft Altmark* hatten jeweils Genehmigungen für den Betrieb von Liniendiensten im Landkreis Stendal beantragt. Der *Altmark Trans GmbH* wurde diese Genehmigung bereits im Jahr 1990 erteilt und in den Jahren 1994 und 1996 jeweils verlängert. Der *Nahverkehrsgesellschaft* wurde die Genehmigung verweigert, unter anderem mit dem Hinweis darauf, dass *Altmark Trans* ohne öffentliche Zuschüsse nicht leistungsfähig sei (Rn. 23 f. des Urteils). Die *Nahverkehrsgesellschaft* ging daraufhin vor Gericht. Nach mehreren Instanzen legte das BVerwG dem EuGH unter anderem die Frage vor, inwieweit Zuschüsse zum Defizitausgleich unter den Begriff der Beihilfe fallen (Rn. 31 des Urteils).

⁹ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 57, 66, 75 ff.

¹⁰ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 83 ff.

¹¹ Klage v. 2.2.2015, T-47/15, Abl. v. 20.4.2015, C 127, S. 31; siehe hierzu auch die Mitteilung des BMWi vom 17.2.2015, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/energie,did=690416.html> (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

¹² Freiflächenausschreibungsverordnung vom 6. Februar 2015 (BGBl. I 2015 Nr. 5 v. 11.2.2015, S. 108 ff.).

gebots dienen sollen. Ziel dieses Diskussionspapiers ist es daher zu klären, ob die Förderung von PV-Freiflächenanlagen nach der FFAV unter die Altmark-Kriterien subsumiert werden und somit als beihilfefrei eingestuft werden kann. Insbesondere soll dabei untersucht werden, inwiefern sich das EEG mit der Einführung der FFAV von dem seitens der Kommission betonten bloßen Förder- und Anreizmechanismus zu einem Instrument entwickelt, das den Anlagenbetreibern tatsächliche gemeinwirtschaftliche Ausbaupflichten auferlegt. Die Erfüllung der Altmark-Kriterien hätte zur Folge, dass mangels Vorliegen einer Beihilfe die Förderung nach der FFAV i.V.m. dem EEG 2014 der beihilferechtlichen Kontrolle durch die Kommission entzogen wäre und die Vorgaben der UEBLL nicht gelten würden. Daher sollen im Folgenden die Auslegung und Konkretisierung der vier Kriterien des *Altmark-Trans*-Urteils in der Rechtsprechung von EuGH und EuG sowie der Kommissionspraxis untersucht und jeweils auf den PV-Piloten angewendet werden (B.). Die Ergebnisse dieser Untersuchung werden anschließend, auch im Hinblick auf die anstehende Ausweitung von Ausschreibungen auf die anderen nach dem EEG geförderten Technologien¹³, bewertet und eingeordnet (C.).

B. Entspricht der PV-Pilot den Altmark-Kriterien?

Der EuGH hat im Urteil *Altmark Trans* entschieden, dass ein Vorteil nicht vorliegt, wenn es sich bei der staatlichen Maßnahme um einen Ausgleich handelt, den das Unternehmen für die Erfüllung seiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erhält¹⁴. Voraussetzung für eine solche Ausnahme ist, dass das Unternehmen mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut wird, die Parameter des Ausgleichs vorher festgelegt sind, keine Überkompensation erfolgt und die Auswahl durch Ausschreibung oder anhand eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens erfolgt¹⁵. Diese vier Kriterien sollen im Folgenden (I. bis IV.) genauer erläutert und daraufhin überprüft werden, ob sie im Hinblick auf die Regelungen des PV-Piloten Anwendung finden können.

¹³ Siehe hierzu ausführlich: BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen, Eckpunktepapier, Stand Juli 2015.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn 87.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn 87 ff.

I. Betrauung mit gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung

Nach dem ersten Altmark-Kriterium muss das fragliche Unternehmen tatsächlich mit sogenannten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein¹⁶. Der EuGH geht im Altmark-Trans-Urteil nicht weiter auf die Begriffe ein, sondern verweist darauf, dass das Vorliegen dieser Voraussetzungen jeweils von den nationalen Gerichten geklärt werden muss. Im Folgenden soll darauf eingegangen werden, ob und inwiefern dieses Kriterium seither in der Rechtsprechungspraxis des EuGH sowie der Entscheidungspraxis der Kommission gleichwohl schärfere Konturen erhalten hat.

1. Abgrenzung zu Art. 106 II AEUV

Zu beachten ist zunächst in begrifflicher Hinsicht, dass der EuGH im Altmark-Urteil von einer „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung“ spricht und bei der Erfüllung der Kriterien das Vorliegen einer Beihilfe verneint; es liegt dann schon tatbestandlich keine Beihilfe vor. Gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV kann bei Vorliegen einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) hingegen eine Beihilfe gerechtfertigt sein. Fraglich ist somit, ob die beiden Begriffe in ihrer Bedeutung identisch sind oder ob sie einen unterschiedlichen Regelungsgehalt haben. Die dogmatische Einordnung des Art. 106 Abs. 2 AEUV in die beihilfenrechtliche Prüfung ist unklar¹⁷. In der Literatur werden die beiden Begriffe der DAWI und gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung überwiegend synonym verwendet¹⁸. Auch die Kommission geht davon aus, dass das erste Altmark-Kriterium, also die Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung dem Begriff der „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ aus Art. 106 Abs. 2 entspricht¹⁹. Das EuG hat im Jahr 2008 entschieden, dass *„der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in diesem Urteil dem der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entspricht, den die angefochtene Entscheidung verwendet, und dass er sich nicht von dem in Art. 86 Abs. 2 EG [heute*

¹⁶ EuGH, Urte. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 89.

¹⁷ S. Wende, Die einheitliche Auslegung von Beihilfen- und Vergaberecht als Teilgebiete des europäischen Wettbewerbs, 2011, S. 91.

¹⁸ Vgl. B. Bär-Bouyssi re, in: J. Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum AEUV, 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 37; J. Kühling, in: R. Streinz (Hrsg.), Kommentar zum AEUV, 2012, Art. 107 AEUV, Rn. 39; R. Wernsmann/T. Loscher, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im EU-Beihilfenrecht, NVwZ 2014, S. 976 ff.

¹⁹ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 47.

Art. 106 Abs. 2 AEUV] *unterscheidet*²⁰. Somit ist davon auszugehen, dass die Begriffe grundsätzlich synonym verwendet werden können, aber die Unterscheidung zwischen den Altmark-Kriterien und einer DAWI im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV für die Einordnung als Tatbestandsmerkmal bzw. Rechtfertigungsgrund entscheidend ist.

2. Nähere Ausgestaltung durch EuGH, EuG und Kommission

a) Allgemeines wirtschaftliches Interesse

Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Konturen des Begriffs des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses nicht wesentlich geschärft, sondern wiederholt betont, dass die Definition des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses im Ermessen der Mitgliedstaaten liege²¹. Teilweise hat der EuGH in diesem Kontext auch festgestellt, dass *„ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet“*²². Aus dieser Formulierung kann allerdings nach vorliegender Ansicht auch nur wenig mehr gefolgert werden als dass ein für die Allgemeinheit besonders wichtiges und von anderen wirtschaftlichen Interessen klar abgrenzbares, wirtschaftliches Interesse vorliegen muss.

Auch laut EuG verfügen *„(...) die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen bei der Definition dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, und dass die Definition dieser Dienstleistungen durch einen Mitgliedstaat von der Kommission lediglich im Fall eines offenkundigen Fehlers in Frage gestellt werden kann.“*²³ Folglich sei die Kontrolle auf die Suche nach einem offenkundigen Beurteilungsfehler beschränkt²⁴.

²⁰ EuG, Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 162.

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 27.4.1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Almelo*), Rn. 51; Urt. v. 19.5.1993, C-320/91, ECLI:EU:C:1993:198 (*Corbeau*), Rn. 91; Urt. v. 25.3.1998, C-174/97, ECLI:EU:C:1998:130 (*FFSA u.a./Kommission*), Rn. 99; EuG, Urt. v. 15.6.2005, T-17/02, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 216; Urt. v. 27.2.1995, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23 (*FFSA u.a./Kommission*), Rn. 99; Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*). Diese Entscheidungen sind allerdings in Zusammenhang mit dem heutigen Art. 106 Abs. 2 AEUV ergangen.

²² EuGH, Urt. v. 10.12.1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Merci convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*), Rn 26; bestätigend: EuGH, Urt. v. 17.7.1997, C-242/95, ECLI:EU:C:1997:376 (*GT-Link/De Dankse Statsbaner*), Rn. 53; EuGH, Urt. v. 18.6.1998, C-266/96, ECLI:EU:C:1998:306 (*Corsica Ferries France/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova u.a.*), Rn. 45.

²³ EuG, Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 166.

²⁴ EuG, Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 169.

Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse liegt nach Ansicht der Kommission vor, wenn es dem Wohl der Bürger dient oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes liegt²⁵. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Kommission den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht statisch verstehen will, sondern unter anderem „von den Bedürfnissen der Bürger, den technologischen Entwicklungen und Marktentwicklungen sowie sozialen und politischen Präferenzen abhängt“²⁶. Außerdem berücksichtigt auch die Kommission einen weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten und beschränkt ihre Überprüfung daher auf offensichtliche Fehler bei der Beurteilung des Vorliegens eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses²⁷. Die Kommission kann somit lediglich eine Missbrauchskontrolle durchführen. Im Ergebnis zielt das Erfordernis des Vorliegens eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses darauf ab, Transparenz zu gewährleisten und soll Mitgliedstaaten daran hindern, nachträglich angebliche Verpflichtungen zur Erfüllung öffentlicher Zwecke zu kreieren²⁸.

b) Betrauung

Als zweites Element muss das unterstützte Unternehmen im Rahmen des ersten Altmark-Kriteriums mit der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse „betraut“ worden sein. In der *Altmark*-Entscheidung selbst führt der EuGH nichts Näheres zu den genauen Merkmalen einer solchen „Betrauung“ aus. Der Entscheidung zugrunde lag allerdings eine Genehmigung des Regierungspräsidiums gegenüber der Altmark Trans GmbH zum Betrieb von Liniendiensten mit Omnibussen im Landkreis Stendal nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Somit erfüllt als Ausgangspunkt wohl zumindest eine Genehmigung durch eine Behörde in der Form eines Verwaltungsakts die Erfordernisse einer Betrauung nach dem ersten Altmark-Kriterium.

²⁵ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 50. Siehe hierzu auch: Mitteilung der Kommission (2014), Entwurf – Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV, Rn. 72.

²⁶ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 45.

²⁷ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 46, 48.

²⁸ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 39. “[...] It seeks to ensure transparency and prevents Member States from establishing ex-post allegedly assigned public service missions.”

Darüber, ob und welche Formen der Betrauung darüber hinaus noch die Altmark-Kriterien erfüllen könnten, herrscht Unsicherheit, da der EuGH sich selbst, soweit ersichtlich, seit der Altmark-Entscheidung nicht mehr konkreter zu den Erfordernissen einer Betrauung äußerte. Eine, allerdings zeitlich vor der Altmark-Entscheidung getätigte, Äußerung des EuGH könnte darauf hin deuten, dass der Adressat der Betrauung individualisierbar sein muss:

„Eine Prüfung dieses Gesetzes zeigt jedoch, dass die deutsche Gesetzgebung die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten nicht bestimmten Unternehmen überträgt, sondern allgemein die Tätigkeit von Gesellschaften regelt, die sich die gemeinsame Auswertung derartiger Rechte zum Ziel setzen“²⁹.

Jüngere Entscheidungen, wie die Entscheidung „Essent“, deuten darauf hin, dass der EuGH die Betrauung zuweilen begrifflich synonym zur Beauftragung verwendet³⁰ und nicht nur eine Betrauung mittels eines Verwaltungsakts, sondern auch „durch Gesetz“ als Betrauung im Sinne der Altmark-Entscheidung ansieht³¹. Gemeinsam scheint allen genannten Entscheidungen zu sein, dass Gegenstand der Betrauung ein individualisierbares Unternehmen war, welches durch hoheitliches Handeln (Gesetz oder Verwaltungsakt) zur Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung herangezogen wurde.

Dagegen scheint die Auffassung des EuG weiter gefasst zu sein. Nach Ansicht des EuG in seiner BUPA-Entscheidung ist

„die [...] getroffene Feststellung der Kommission, dass die Übertragung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe auch in einer Verpflichtung bestehen kann, die einer Vielzahl, ja sogar der Gesamtheit der auf demselben Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer auferlegt ist, nicht fehlerhaft“³².

Weiterhin führt das EuG in dieser Entscheidung aus:

„Da das von Irland gewählte System nicht die Vergabe ausschließlicher oder besonderer Rechte vorsieht, sondern die Erfüllung dieser Aufgabe allen auf dem irischen

²⁹ EuGH, Urteil vom 2.3.1983, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 (GVL/Kommission), Rn. 31.

³⁰ EuGH, Urteil vom 17.07.2008, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413 (Essent Netwerk Noord BV), Rn. 68 i.V.m. Rn. 74, Rn. 82 ff.

³¹ EuGH, Urteil vom 17.07.2008, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413 (Essent Netwerk Noord BV), Rn. 82 ff.

³² EuG, Urteil vom 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (BUPA u.a./Kommission), Rn. 179.

PK-Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmern vorschreibt – wofür sich der Mitgliedstaat durchaus entscheiden darf (vgl. oben, Randnr. 179) –, kann entgegen der Ansicht der Klägerinnen nicht verlangt werden, dass die genannte Aufgabe jedem der den PK-Verpflichtungen unterliegenden Wirtschaftsteilnehmer einzeln durch Rechtsakt oder einen individuellen Auftrag übertragen wird.³³

Daraus kann man folgern, dass nach der Rechtsprechung des EuG zumindest eine Verteilung der Aufgaben auf einen Wirtschaftszweig insgesamt möglich ist und es auch ausreicht, dies per Gesetz allgemein zu formulieren.

Laut Kommission wiederum ist für die Annahme einer Betrauung erforderlich, dass ein öffentlicher Auftrag vorliegt, der die Verpflichtungen der Unternehmen sowie der Behörde festlegt und zwar in Form eines *„legislativen oder regulatorischen Instruments oder eines Vertrags“*³⁴. Hieraus wird gefolgert, dass eine Betrauung grundsätzlich in jeder Rechtsform erfolgen kann³⁵. Es ist laut Kommission des Weiteren erforderlich, dass die jeweiligen Unternehmen bei der *„Übertragung einer besonderen Aufgabe“*³⁶ konkret bezeichnet werden. Daraus wird das Erfordernis abgeleitet, dass die staatliche Maßnahme eine rechtliche Verpflichtung zur Leistungserbringung begründet³⁷. Zweck der Betrauung ist die Absicherung der Dienstleistungserfüllung für die Zukunft; diese Absicherung erfolgt gerade durch die Verpflichtung³⁸. Erforderliche Inhalte des Auftrags sind laut Kommission die Festlegung von Gegenstand und Dauer der Verpflichtungen, das beauftragte Unternehmen, die Art der dem Unternehmen gewährten besonderen Rechte, die Parameter für Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen sowie Regeln zur Vermeidung der Überkompensation³⁹.

³³ EuG, Urteil vom 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 179.

³⁴ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 51 f.

³⁵ *B. Rapp-Jung*, Zur Tragweite von Art. 90 Abs. 2 EGV für die Energiewirtschaft, RdE 1994/5, S. 165 ff., 168; *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum AEUV, 2011, Art. 107, Rn. 18.

³⁶ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 47.

³⁷ *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum AEUV, 2011, Art. 107, Rn. 18.

³⁸ *C. Klein*, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Ausbau von Wettbewerbselementen bei der Förderung Erneuerbarer Energien, 2015, S. 81.

³⁹ KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 52. Zu beachten ist hier, dass die letzten beiden Voraussetzungen im Rahmen des Altmark-Urteils als eigene Kriterien

In einer jüngeren Entscheidung der Kommission zur Genehmigung der finanziellen Unterstützung Großbritanniens zum Bau des Kernkraftwerks Hinkley Point C⁴⁰ hat die Kommission das Vorliegen einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung auf der ersten Stufe der Prüfung der Altmark-Kriterien abgelehnt. Ihrer Auffassung nach könne das Vereinigte Königreich dem Anlagenbauer des Kraftwerks bei der gewählten Art der Förderung keine Verpflichtung auferlegen, das Kernkraftwerk zu errichten oder dessen Bau zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen; es könne lediglich den Vertrag kündigen. Somit würde es sich um typische Vertragspflichten handeln und nicht um Verpflichtungen. Außerdem würde keine Verpflichtung bestehen, *„Strom zu erzeugen, diesen Strom in bestimmtem Umfang zu erzeugen oder ihn auf den Markt zu bringen“*⁴¹. Die bloße *„Sicherstellung der Investition in eine Nuklearkapazität der neuen Generation innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens“* sei keine echte Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse⁴².

In eine ähnliche Richtung zielte zuvor bereits die Entscheidung der Kommission über die Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien nach dem EEG 2012⁴³. Die Bundesregierung hatte argumentiert, dass die Unterstützung der EE-Anlagenbetreiber lediglich einen adäquaten Ausgleich für die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Rahmen des Altmark-Urteils darstellen würde⁴⁴. Das Ziel gemeinsamen Interesses – die Förderung erneuerbarer Energien – sei in Art. 3 Abs. 1 RL 2009/28/EG festgehalten⁴⁵. Die Kommission lehnt die Auffassung mit der Argumentation ab, dass die Anlagenbetreiber unter dem EEG 2012 nicht zur Produktion von Strom verpflichtet werden, sondern lediglich auf einen – vom Staat angebotenen – wirtschaftlichen Anreiz reagieren würden⁴⁶.

c) Zwischenergebnis

Das erste Altmark-Kriterium der Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung besteht aus zwei Elementen. Bezüglich der zunächst erforderlichen Prüfung des Vorliegens

aufgestellt wurden und somit nicht im Rahmen der „Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung“ geprüft werden.

⁴⁰ Kommission, Beschluss v. 28.4.2015, Abl. L 109, S. 44 ff, Rn. 315 (*Hinkley Point C*).

⁴¹ Kommission, Beschluss v. 28.4.2015, Abl. L 109, S. 44 ff, Rn. 313 (*Hinkley Point C*).

⁴² Kommission, Beschluss v. 28.4.2015, Abl. L 109, S. 44 ff, Rn. 315 (*Hinkley Point C*).

⁴³ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014.

⁴⁴ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 76.

⁴⁵ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 79.

⁴⁶ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 85.

einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ist zu beachten, dass die Einordnung grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt und die Kommission nach der Rechtsprechung des EuGH somit lediglich eine Missbrauchskontrolle durchführen darf.

Wesentlich stärker durch Rechtsprechung und vor allem durch die Kommissionspraxis geprägt ist die Prüfung des Elements der Betrauung. Zwar wurde der Begriff der Betrauung in der EuGH-Rechtsprechung nicht genau definiert. Allerdings lagen dem EuGH in Altmark und folgenden Fällen auch vergleichsweise klare Verpflichtungen individualisierbarer Unternehmen mittels hoheitlichen Akts zugrunde. Nach Auffassung des EuG scheint demgegenüber sogar die Betrauung eines ganzen Wirtschaftszweiges mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung möglich. Allerdings hat die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse genauer formuliert, welche Voraussetzungen die Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ihrer Meinung nach erfüllen muss. Insbesondere die Kommissionspraxis in den Fällen zu Hinkley Point C und zum EEG 2012 deutet darauf hin, dass nicht nur eine bloße Anreizwirkung, sondern die tatsächliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung erforderlich ist, um das erste Altmark-Kriterium zu erfüllen.

3. Werden Anlagenbetreiber im Rahmen der FFAV mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut?

Nachfolgend soll nunmehr der Frage nachgegangen werden, inwiefern die Erteilung des Zuschlags und der Förderberechtigung zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zugunsten eines Bieters im Rahmen der Ausschreibungen nach dem EEG 2014 i.V.m. mit der FFAV den dargestellten Anforderungen in Rechtsprechung und Kommissionspraxis an eine Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung entsprechen.

a) Zubau von Freiflächenanlagen nach § 1 FFAV als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung?

Die durch die Ausschreibungen im Rahmen der FFAV verfolgten Ziele ergeben sich durch eine Verweisungskette der FFAV i.V.m. dem EEG 2014. Nach § 1 FFAV regelt die Verordnung die Ausschreibung der finanziellen Förderung und ihrer Höhe für Strom aus Freiflächenanlagen nach § 55 EEG 2014,

„um im Rahmen des Ausbaupfads nach § 3 Nummer 3 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einen Zubau von Freiflächenanlagen in Höhe von durchschnittlich 400 Megawatt pro Kalenderjahr zu erreichen“.

§ 3 Nr. 3 EEG 2014 lautet:

*„Die Ziele nach § 1 Absatz 2 Satz 2 sollen erreicht werden durch
(...)*

3. eine Steigerung der installierten Leistung der Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie um 2 500 Megawatt pro Jahr (brutto) (...).“

Somit ist die Förderung der solaren Strahlungsenergie durch Ausschreibungen im Rahmen der FFAV Teil eines übergeordneten Ziels der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien durch das EEG 2014 insgesamt. Denn nach § 1 Abs. 2 EEG 2014 dient das EEG 2014 dem Ziel,

„den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch stetig und kosteneffizient auf mindestens 80 Prozent bis zum Jahr 2050 zu erhöhen. Hierzu soll dieser Anteil betragen:

- 1. 40 bis 45 Prozent bis zum Jahr 2025 und*
- 2. 55 bis 60 Prozent bis zum Jahr 2035.“*

Ergänzt werden diese Zielstellungen durch § 1 Abs. 3, welcher lautet:

„Das Ziel nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 dient auch dazu, den Anteil erneuerbarer Energien am gesamten Bruttoendenergieverbrauch bis zum Jahr 2020 auf mindestens 18 Prozent zu erhöhen.“

Der Ausbaupfad des § 3 EEG sieht einen jährlichen Zubau von insgesamt bis zu 6.400 MW installierter Leistung von Windenergieanlagen, PV-Anlagen und Biomasse-Anlagen vor. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass dieser Ausbaupfad unabhängig von den EU-Zielen eine Systemtransformation ermöglichen soll, hin zu einer Energieversorgung, die wesentlich aus erneuerbaren Energiequellen gespeist wird⁴⁷. So führt die Gesetzesbegründung aus:

„Die Novelle des EEG soll den notwendigen Rahmen schaffen, um den Anteil erneuerbarer Energien an der Stromversorgung – als Zwischenziel auf dem Weg zu einer um-

⁴⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 05.05.2014, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, Drucksache 18/1304, S. 109.

fassenden Transformation der Energieversorgung – bis zum Jahr 2025 auf 40 bis 45 Prozent und bis 2035 auf 55 bis 60 Prozent zu steigern“⁴⁸.

Das Ziel der FFAV i.V.m. dem EEG 2014 ist somit bereits recht klar in Form eines Ausbaupfandes und der Angabe der jährlichen Steigerung der installierten Leistung solarer Strahlungsenergie um 2500 MW (und hiervon 400 MW durch PV-Freiflächenanlagen) benannt.

Dieses Ziel könnte – als Teil des übergeordneten Ausbauziels für erneuerbare Energien im EEG 2014 - wohl bereits für sich genommen im Allgemeininteresse liegen⁴⁹. Schließlich ist diese Art der Stromproduktion nachhaltig und ressourcenschonend und soll sowohl die Abhängigkeit von fossilen Rohstoffen verringern als auch eine Energieversorgung ohne Atomstrom ermöglichen⁵⁰. Auch die Argumentation der Kommission in ihrer Entscheidung zum EEG 2012 lässt – e contrario – die Schlussfolgerung zu, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien als allgemeines wirtschaftliches Interesse in Frage kommt⁵¹.

(1) Ausbau im Interesse des Klima- und Umweltschutzes

Das Ziel, den Anteil erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung auszubauen, ist kein Selbstzweck, sondern hängt eng mit dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes zusammen. § 1 Abs. 2 EEG 2014 legt daher fest, dass der Ausbau der erneuerbaren Energien erfolgt, „*um den Zweck des Absatzes 1 zu erreichen*“. Nach § 1 Abs. 1 EEG 2014 ist es Zweck des Gesetzes,

„insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen (...).

Zwar ist vorliegend bislang keine Entscheidung zur expliziten Anerkennung des Umwelt- oder Klimaschutzes als gemeinwirtschaftliches Ziel im Sinne der Altmark-Rechtsprechung seitens der Kommission oder des EuG/EuGH bekannt. Allerdings haben zum Beispiel das Europäische Parlament und der Rat in Art. 3 Abs. 2 der RL 2009/72/EG sowie der Vorgänger-

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 05.05.2014, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, Drucksache 18/1304, S. 1.

⁴⁹ So auch: R. Ismer/A. Karch, Das EEG im Konflikt mit dem Unionsrecht: Die Begünstigung der stromintensiven Industrie als unzulässige Beihilfe, ZUR 2013, S. 526 ff. (530). „*Im Ergebnis dürfte aber eine Gemeinwirtschaftlichkeit hinsichtlich der Lieferung von klimaschonend erzeugter Elektrizität zu bejahen sein.*“

⁵⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 05.05.2014, Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, Drucksache 18/1304, S. 1.

⁵¹ COM C(2014) 8786 final, SA.33995 (2013/C)(ex 2013/NN) vom 25.11.2014, Rn. 79, 85. Die Kommission stellt hier gerade nicht das Ziel des EE-Ausbaus in Frage, sondern lediglich den Aspekt der Verpflichtung.

Richtlinie 2003/54/EG klargestellt, dass sich Maßnahmen „im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse [...], auf Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich [...] Klimaschutz, beziehen können“. Zudem ist der Umwelt- und Klimaschutz in gefestigter Rechtsprechung seitens des EuGH als Rechtfertigungsgrund der Einschränkung von Grundfreiheiten, beispielsweise im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit, anerkannt⁵². Auch im Rahmen des Beihilferechts ist der Umwelt- und Klimaschutz als Abweichung vom Grundsatz des Beihilfeverbots im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV insbesondere im Bereich der Energieversorgung etabliert⁵³. Allerdings kann dies nicht „eins zu eins“ für den hier vorliegenden Fall übernommen werden, da das „Ziel des gemeinsamen Interesses“, das im Rahmen der Vereinbarkeitsprüfung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV erforderlich ist, dogmatisch nicht dem „allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ entspricht, das im Rahmen der Begünstigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV tatbestandlich geprüft wird. Die Vereinbarkeitsprüfung soll Wettbewerbsverzerrungen durch Beihilfen verhindern, während die Altmark-Ausnahme gewisse staatliche Unterstützungsleistungen im Gegenzug zu Verpflichtungen im öffentlichen Interesse bereits von einer solchen Vereinbarkeitsprüfung ausnimmt. Andererseits ist es als positives Indiz für die Anerkennung als Ziel von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu werten, wenn der Ausbau der erneuerbaren Energien ebenfalls bereits als angemessenes Ziel im Sinne der Vereinbarkeitsprüfung angesehen wird. Es wäre trotz der verschiedenen Begriffe und dogmatischen Unterschiede nicht überzeugend, das Ziel bei Art. 107 Abs. 1 AEUV als nicht im Allgemeininteresse liegend abzulehnen, dies aber im Rahmen von Art. 107 Abs. 3 AEUV zu bejahen.

Der Zubau von PV-Freiflächenanlagen als spezielles Ziel der FFAV und Teil des allgemeinen und übergeordneten Zwecks des EEG 2014 zum Klima- und Umweltschutz stellt somit nach vorliegender Ansicht ein Ziel von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dar, zu dessen Erreichen der Bieter und spätere Anlagenbetreiber im Rahmen des EEG 2014 i.V.m. der FFAV im Rahmen einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung beitragen kann.

⁵² Vgl. EuGH, Urteil v. 13.12.2001, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 (*PreussenElektra*), Rn. 73 f. oder zuletzt EuGH, Urteil v. 1.7.2014, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Alands Vindkraft*), Rn. 77 f.

⁵³ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, (2014/C 200/01); Vgl. außerdem eine jüngere Entscheidung der KOM, in der es um die Frage ging, ob eine britische Fördermaßnahme für Windanlagen mit Art. 107 AEUV vereinbar ist. Die Kommission prüft dies anhand der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien und bejaht die Frage der Vereinbarkeit, COM C (2014) 5074 final, Entscheidung v. 23.7.2014, Rn. 56 ff., 61.

(2) Energieversorgungssicherheit als „ungeschriebenes“ allgemeinwirtschaftliches Interesse im EEG 2014?

In § 1 Abs. 1 EEG 2014 wird der Aspekt der Energieversorgungssicherheit nicht ausdrücklich als Zweck des erstrebten Ausbaus des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung erwähnt. Die Frage der Versorgungssicherheit wird im deutschen Energierecht klassischerweise durch das EnWG adressiert (vgl. § 1 Abs. 1 EnWG) und erfasst begrifflich die Gewährleistung der sicheren Strom- und Gasversorgung sowohl auf Erzeugungs-, als auch auf der Übertragungs- und Verteilungsebene⁵⁴. Allerdings ist es grundsätzlich ebenso denkbar, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Förderung der Stromproduktion der EE-Anlagenbetreiber durch das EEG auch in deren Beitrag zur Energieversorgungssicherheit liegen könnte. Schließlich bauen die durch das EEG geförderten Anlagenbetreiber neue Kapazitäten für Strom aus erneuerbaren Energien auf und speisen diesen Strom ins Netz ein, während etwa aufgrund des sich gleichzeitig vollziehenden Atomausstiegs Kapazitäten vom Netz gehen. Insofern könnte man argumentieren, dass der Ausbau der Erzeugungskapazitäten auch der Sicherung der Versorgungssicherheit anhand des im EEG 2014 festgelegten Ausbaupfades für erneuerbare Energien dient.

Im Gegensatz zum Zweck des Klima- und Umweltschutzes ist der Aspekt der Versorgungssicherheit bereits als allgemeinwirtschaftliches Interesse im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums seitens der Kommission explizit anerkannt worden. So hatte die Kommission in einem Fall zu entscheiden, ob das Aufrechterhalten der Stromversorgung in Irland („*to ensure an adequate security of supply*“) im öffentlichen Interesse liegt⁵⁵. In Irland war ein Kapazitätsengpass ab 2005 zu erwarten, so dass Irland neue Kapazitäten ausbauen wollte. Um den Ausbau zu fördern, wurden sog. „*Capacity and Differences Agreements (CADA)*“ mit den jeweiligen Produzenten vereinbart, die für bis zu 10 Jahre gewährt wurden, wenn neue Kapazitäten gebaut wurden. Danach sollten die Produzenten basierend auf ihren Kapazitäten sog. Kapazitätsbeträge („*capacity payments*“) erhalten. Die Kommission hat hier entschieden, dass die Sicherung der Stromversorgung grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt. Es sei aber erforderlich, dass der Weg gewählt werde, bei dem das Funktionieren des Binnenmarktes und die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen ausreichend berücksichtigt

⁵⁴ M. Czerny, Die beihilferechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, 2009, S. 325.

⁵⁵ KOM, Entscheidung vom 16.12.2003, C (2003) 4488 final, State Aid N 475/2003, Rn. 22 mit 28.

würden⁵⁶. Im hier vorliegenden Fall erkannte die Kommission an, dass Irland keine andere Möglichkeit hatte als die der Förderung des nationalen Ausbaus, da aufgrund der geographischen Gegebenheiten allein der Ausbau von Interkonnektoren nicht geholfen hätte⁵⁷. Das Vorliegen einer Beihilfe hat sie aufgrund der erfüllten Altmark-Kriterien verneint. Die Kommission hat folglich die Notwendigkeit des Ausbaus mit dem Ziel der Energieversorgungssicherheit und die damit einhergehende finanzielle Unterstützung der Anlagenbetreiber unter Zugrundelegung des Altmark-Urteils nicht als Beihilfe eingeordnet.

Allerdings ist zu beachten, dass der hier erwähnte Fall zu Irland sich grundsätzlich von der Situation des EEG 2014 unterscheidet. In Irland war ein Engpass von Kapazitäten zu befürchten. Im Gegensatz dazu verfolgt das EEG 2014 mit der Energiewende einen grundsätzlichen Systemwandel ohne eine konkret dargestellte Bedrohung der Versorgungssicherheit. Es ist fraglich, ob die bislang politisch motivierte Entscheidung der Energiewende ausreicht, um die Notwendigkeit des Ausbaus der erneuerbaren Energien für die Energieversorgungssicherheit zu begründen. Zwar ist dies grundsätzlich vertretbar⁵⁸. Allerdings ist das Ziel der Sicherstellung der Versorgungssicherheit entgegen den Anforderungen des EuGH weder im EEG 2014 noch in der FFAV klar definiert. Zur Erfüllung des ersten Altmark-Kriteriums wäre es somit zunächst nach vorliegender Ansicht etwa notwendig, die Korrelation zwischen dem geplanten Ausbau von Erzeugungskapazitäten in Form von Ausbaupfaden für einzelne Technologien und künftigem Bedarf im Hinblick auf die Energieversorgungssicherheit darzustellen und miteinander zu verknüpfen sowie die Sicherstellung der Energieversorgungssicherheit explizit als Gesetzeszweck im EEG zu verankern.

(3) Die übrigen Zwecke des EEG 2014 als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Rahmen der FFAV?

Neben dem zentralen Aspekt des Klima- und Umweltschutzes als Konkretisierung der Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG ⁵⁹ verfolgt das EEG nach § 1 Abs. 1 EEG 2014 zudem die Zwecke,

⁵⁶ KOM, Entscheidung vom 16.12.2003, C (2003) 4488 final, State Aid N 475/2003, Rn. 32.

⁵⁷ KOM, Entscheidung vom 16.12.2003, C (2003) 4488 final, State Aid N 475/2003, Rn. 37.

⁵⁸ So auch: *M. Czerny*, Die beihilferechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, 2009, S. 343.

⁵⁹ Vgl. Begründung Besonderer Teil zum EEG 2009, S. 1, abrufbar unter <https://www.clearingstelle-eeg.de/eeg2009/materialien> (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

„(...) die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu fördern.“

Die Zwecke der Verringerung der volkswirtschaftlichen Kosten, der Schonung fossiler Ressourcen und der Weiterentwicklung von Technologien können grundsätzlich zwar ebenfalls als im allgemeinen, wirtschaftlichen Interesse liegend angesehen werden. Allerdings ist im Rahmen der FFAV nicht ersichtlich, wie der einzelne Anlagenbetreiber zur Erreichung dieser zusätzlichen Zweckstellungen unmittelbar im Rahmen einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung beitragen soll. Einen unmittelbaren Beitrag kann der Bieter und spätere Anlagenbetreiber im Rahmen der FFAV nur zur Erreichung des Ausbauziels und damit insgesamt zur Erhöhung der EE-Stromproduktion nach der Zielstellung des § 1 Abs. 2 EEG 2014 leisten. Die übrigen Zweckstellungen des EEG 2014 sind somit als „Nebeneffekte“ des Zubaus von PV-Freiflächenanlagen nicht Teil der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung des einzelnen Anlagenbetreibers im engeren Sinne.

(4) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich die Aussage treffen, dass das Ausbauziel des § 1 FFAV i.V.m. § 1 Abs. 2 EEG 2014 zur Erzeugung von Strom aus PV-Freiflächenanlagen als Teil des allgemeinen Ausbauziels des EEG 2014 klar definiert ist und aufgrund des hiermit verfolgten übergeordneten Zwecks des Klima- und Umweltschutzes nach vorliegender Ansicht auch im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i.S.d. ersten Altmark-Kriteriums liegt. Gleichzeitig ist das Ausbauziel der FFAV damit auch Teil der übergeordneten in § 1 Abs. 1 EEG 2014 genannten und sich teilweise stark überschneidenden Zweckstellungen des EEG 2014. Der Umwelt- und Klimaschutz ist zwar bisher nur in anderen Konstellationen (Warenverkehrsfreiheit, Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV) als Rechtfertigungsgrund explizit etabliert. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Prüfung der Altmark-Kriterien, soweit bekannt, bislang weder in der Kommissionspraxis noch in der Rechtsprechung des EuGH und EuG der Aspekt des Klima- und Umweltschutzes überprüft wurde. Insofern verbleibt hier eine (wenn auch gering einzuschätzende) Rechtsunsicherheit.

Akzeptiert von Kommission und EuG wurde hingegen der Aspekt der Energieversorgungssicherheit als gemeinwirtschaftliches Interesse, der jedoch im EEG bislang nicht ausdrücklich verankert ist. Somit kann, trotz des im Rahmen der FFAV geleisteten Beitrags des einzelnen Anlagenbetreibers zum Ausbau der Erzeugungskapazitäten, die Versorgungssicherheit – ohne eine entsprechende im Gesetz verankerte Zielstellung und transparente Korrelation zwischen EE-Ausbaupfad und zukünftigem prognostiziertem Strombedarf – wohl nicht als ein klar und im Vorhinein definiertes gemeinwirtschaftliches Interesse im Sinne des ersten Altmark-Kriterium ins Feld geführt werden.

b) Liegt eine konkrete Betrauung vor?

Wie bereits in der allgemeinen Analyse der Rechtsprechungs- und Kommissionspraxis dargestellt, reicht die bloße Verfolgung eines Ziels von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Rahmen der FFAV nicht aus, um die Erfüllung des ersten Altmark-Kriteriums zu begründen. Notwendig ist, dass die von der FFAV adressierten Anlagenbetreiber mit der Erfüllung des Zubaus von PV-Freiflächenanlagen im Interesse des Klima- und Umweltschutzes als gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung „betraut“ werden. Für eine solche Betrauung der Anlagenbetreiber im Rahmen der Pilot-Ausschreibungen kommen verschiedene Maßnahmen in Betracht: Die Betrauung könnte entweder bereits durch Gesetz im Rahmen des EEG 2014 erfolgen (hierzu (1)) oder durch den Erhalt des Zuschlags (hierzu (2)) sowie der Förderberechtigung (hierzu (3)) im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens.

(1) Betrauung der Anlagenbetreiber durch das EEG 2014?

Um das erste Altmark-Kriterium zu erfüllen, müssten die Betreiber von PV-Freiflächenanlagen durch das EEG 2014 einer konkreten Ausbaupflicht unterliegen. Eine konkrete Produktions- oder Einspeisepflicht der Anlagenbetreiber im EEG 2014 ist allerdings weder für Betreiber von PV-Freiflächenanlagen noch für sonstige EE-Anlagenbetreiber ersichtlich. Zwar wurden mit dem EEG 2014, anders als in den vorangegangenen Fassungen des EEG, Ausbaupfade für die einzelnen Technologien festgelegt. § 3 EEG 2014 enthält hierfür „rechtsverbindliche Zielwerte“⁶⁰, die die jährlich geplante Steigerung der installierten Leistung darstellen. Diese Ziele richten sich aber an den Gesetzgeber selbst und sind für die Anlagenbetreiber nicht rechtsverbindlich. Eine konkrete Verpflichtung der Anlagenbetreiber

⁶⁰ P. Salje, EEG 2014, Kommentar, § 3, Rn. 2.

zum Ausbau der Anlagen oder zum Einspeisen des Stroms enthält § 3 EEG 2014 demnach nicht.

Auch ein etwas weiteres Verständnis des Kriteriums der Betrauung – wie es das EuG im BU-PA-Urteil⁶¹ vertreten hat – führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Das EuG war der Auffassung, dass bei einer Übertragung der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe auf die „*Gesamtheit der auf demselben Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer*“⁶² nicht verlangt werden kann, „*dass die genannte Aufgabe jedem der [...] Wirtschaftsteilnehmer einzeln durch Rechtsakt oder einen individuellen Auftrag übertragen wird.*“⁶³ Für die Verpflichtung der gesamten Branche im Gegensatz zur Verpflichtung eines Einzelnen könnten somit auch andere Anforderungen gelten. Allerdings ist in der allgemeinen Festlegung des Ausbaupfades noch keine Übertragung der Ausbaupflichten auf die Branche der EE-Anlagenbetreiber insgesamt zu sehen. Das EEG 2014 stellt sich somit seinem Grundsatz nach als Förderrecht dar, dass zwar mit dem zentralen Anliegen des Klima- und Umweltschutzes ein Ziel von allgemeinem, wirtschaftlichem Interesse verfolgt, hierfür aber „nur“ Anreize in Form finanzieller Förderung bietet. Im Gegenzug stellt das EEG 2014 bestimmte Anspruchsvoraussetzungen zum Erhalt dieser Förderung auf, aber beinhaltet keine tatsächliche Verpflichtung der Anlagenbetreiber zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien.

(2) Betrauung der Anlagenbetreiber durch den Zuschlag nach §§ 12 ff. FFAV?

Mit den Regelungen der FFAV wird der oben beschriebene grundsätzlich Fördermechanismus des EEG 2014 nunmehr im Falle der Pilot-Ausschreibungen durch öffentlich-rechtliche Instrumente ergänzt, die das Verhältnis zwischen dem Bieter (und späterem Anlagenbetreiber) und der BNetzA regeln. So wird über die Vergabe der ausgeschriebenen Volumina im Rahmen eines Zuschlagsverfahrens durch die öffentliche Bekanntgabe des Zuschlags bzw. der Zuschläge seitens der BNetzA entschieden. Nach Auffassung der Bundesregierung ist die Zuschlagsentscheidung ein Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG⁶⁴. Inhalt dieses Verwaltungsaktes ist sowohl die Entscheidung des Zuschlags selbst als auch ggf. die Entscheidung über die

⁶¹ EuG, Urteil vom 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), siehe oben unter B. I. 1., S. 3.

⁶² EuG, Urteil vom 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 179.

⁶³ EuG, Urteil vom 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 179.

⁶⁴ Verordnung der Bundesregierung v. 28.1.2015, Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien, S. 75.

Höhe des Zuschlagswertes. Der Bieter erfährt somit, zu welchen Konditionen er mittels der von ihm angebotenen Kapazität Strom produzieren kann.

Für die Einordnung des Zuschlags als Betrauung spricht damit, dass der Bieter mit dem Zuschlag beauftragt wird, die Anlage mit einer bestimmten installierten Leistung in einer bestimmten Zeit zu realisieren. Der Zuschlag ist damit keine bloße Erlaubnis. Hält der Bieter sein Angebot nicht ein, erlischt der Zuschlag und es werden Strafzahlungen fällig, §§ 20, 30 FFAV⁶⁵. Darüber hinaus kann der Bieter für entwertete Gebotsmengen keine Förderberechtigung erhalten, vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 3 FFAV. Der Zuschlag kann außerdem gemäß § 19 FFAV auch zurückgenommen werden, wenn die Voraussetzungen der § 48 Abs. 1, 2 und 4 VwVfG vorliegen, d.h. wenn es sich bei dem Zuschlag um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handelt. Eine Einordnung als rechtliche Verpflichtung zur Leistungserbringung im Sinne einer Betrauung scheint somit hinsichtlich des Zuschlags aufgrund der dadurch erfolgten Annahme des konkreten Angebots der Anlagenbetreiber zur Errichtung der Anlage mit einer bestimmten Leistungskapazität sowie der dargestellten Sanktionsmöglichkeiten bei Nichterfüllung grundsätzlich möglich.

Gegen die Einschätzung einer vollständig wirksamen Betrauung allein durch den Zuschlag spricht jedoch noch, dass der Zuschlag für sich allein genommen noch keine Verpflichtung enthält, den angebotenen Strom zu produzieren und einzuspeisen und damit den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch nach der Zielstellung des EEG 2014 auch tatsächlich zu erhöhen. Die Pflicht zur Einspeisung ergibt sich bloß mittelbar daraus, dass der Zuschlag erlischt, wenn nicht innerhalb von zwei Jahren die Förderberechtigung beantragt wird, § 20 Abs. 2 FFAV. Der Antrag zur Förderberechtigung wiederum kann erst gestellt werden, wenn die Anlage in Betrieb genommen wurde, § 21 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 FFAV. Im Folgenden soll daher zusätzlich noch die Erteilung der Förderberechtigung in die Bewertung des Vorliegens einer Betrauung nach dem ersten Altmark-Kriterium einbezogen werden.

⁶⁵ Laut *M. Czerny*, Die beihilferechtliche Beurteilung der staatlichen Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, 2009, ist eine rechtlich durchsetzbare Sanktionsmöglichkeit erforderlich. Eine solche Sanktion ist in § 30 FFAV geregelt. Im nächsten Satz setzt die Autorin die Sanktionsmöglichkeit jedoch damit gleich, dass die Erfüllung der besonderen Aufgabe jederzeit erzwingbar ist, wobei die Erzwingbarkeit ggf. auch nur eine Indizwirkung habe. Eine Erzwingbarkeit des Kapazitätsausbaus ist nicht durchsetzbar, wohl aber Strafzahlungen für die Nicht-Erfüllung.

(3) Betrauung der Anlagenbetreiber durch die Förderberechtigung nach §§ 21 ff. FFAV?

Die Förderberechtigung wird vom Ordnungsgeber selbst als begünstigender Verwaltungsakt eingeordnet, der gegenüber Antragsteller und Netzbetreiber wirkt⁶⁶. Die Förderberechtigung gewährt dem Bieter auf Antrag einen Anspruch auf finanzielle Förderung gemäß § 28 Abs. 1 FFAV und § 19 EEG 2014, wenn der Strom tatsächlich eingespeist oder einem Netzbetreiber mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe angeboten worden ist und nicht selbst verbraucht wird und die übrigen Voraussetzungen des EEG 2014 eingehalten sind. Sie darf nur unter den in § 22 FFAV genannten Voraussetzungen auf Antrag des Bieters nach § 21 FFAV seitens der BNetzA ausgestellt werden. Damit liegt in der Gewährung der Förderberechtigung unzweifelhaft zunächst ein begünstigender Verwaltungsakt gegenüber dem Anlagenbetreiber nach § 35 VwVfG vor. Der Form der Betrauung nach ist das erste Altmark-Kriterium somit erfüllt.

Weiter müsste mit dieser Betrauung auch die Verpflichtung zur Erfüllung des Ziels von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, also der Erhöhung der tatsächlichen EE-Stromproduktion durch Einspeisung verbunden sein. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Anlage bei Antragstellung nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 FFAV zwingend bereits in Betrieb genommen worden sein muss, um eine Förderberechtigung zu erhalten. Damit wird in der Regel sichergestellt sein, dass der Bieter den angebotenen Strom auch tatsächlich produziert und einspeist, vor allem da er ein erhebliches Eigeninteresse am Erhalt der Marktprämie haben dürfte. Zudem darf der Strom nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 FFAV nicht selbst verbraucht werden, sondern muss der Allgemeinheit durch Einspeisung des gesamten erzeugten Stroms zur Verfügung gestellt werden. Wesentliches weiteres Indiz für das Vorliegen einer tatsächlichen Pflicht zur Leistungserbringung sind die im Rahmen der FFAV bestehenden Sanktionsmöglichkeiten bei Nichterfüllung. So besteht nach § 29 Abs. 2 FFAV die Möglichkeit, die Förderberechtigung auch nach Unanfechtbarkeit zu widerrufen. Dies soll nach § 29 Abs. 2 S. 2 FFAV insbesondere geschehen, wenn aus der Freiflächenanlage innerhalb der ersten zwei Kalenderjahre nach der Inbetriebnahme kein Strom in das Netz eingespeist oder dem Netzbetreiber mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe angeboten worden ist (Nr. 1) oder

⁶⁶ Verordnung der Bundesregierung v. 28.1.2015, Verordnung zur Einführung von Ausschreibungen der finanziellen Förderung für Freiflächenanlagen sowie zur Änderung weiterer Verordnungen zur Förderung der erneuerbaren Energien, S. 83; ebenso C. Stelter, Die Freiflächenausschreibungsverordnung, EnWZ 4/2015, S. 151.

die Freiflächenanlage innerhalb von einem Jahr nach ihrer Inbetriebnahme überwiegend wieder abgebaut worden ist (Nr. 2). Die Widerrufsmöglichkeit besteht nach § 29 Abs. 2 S. 1 FFAV unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 VwVfG grundsätzlich auch während des gesamten Förderzeitraums, sollte in einem signifikanten Zeitraum kein Strom eingespeist oder bilanziell angeboten werden⁶⁷. Die durch einen solchen Widerruf entwerteten Gebotsmengen können nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 b) FFAV seitens der BNetzA wieder ausgeschrieben werden. Es besteht somit im Rahmen der FFAV ein entsprechendes Instrumentarium, um die Stromeinspeisung und damit die Erhöhung des Anteils von Strom aus erneuerbaren Energien am Bruttostromverbrauch, gegebenenfalls durch Widerruf der Förderberechtigung und Neuausschreibung, auch tatsächlich sicherzustellen.

In der Zusammenschau enthalten Zuschlag und Förderberechtigung durch das im Rahmen der FFAV bereit stehende Instrumentarium zur Sicherstellung des Ausbauziels somit bereits wesentliche Elemente, um vom Vorliegen einer tatsächlichen Betrauung der Bieter und späteren Anlagenbetreiber im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums ausgehen zu können.

(4) Fehlen einer Betrauung aufgrund mangelnder Verpflichtung zur Stromproduktion?

Trotz der vorgenannten Verpflichtungen des Bieters und späteren Anlagenbetreibers sowie der Sicherungs- und Sanktionsmöglichkeiten bei Nichterfüllung im Rahmen von Zuschlag und Förderberechtigung, wird teils vertreten, dass durch die Fördermöglichkeit im Rahmen der FFAV eine rein faktische Anreizwirkung vorliege, aber keine wechselseitig bindenden Verpflichtungen⁶⁸. Das Erfordernis einer mittels Sanktionen durchsetzbaren Verpflichtung lässt sich aus der Altmark-Entscheidung selbst jedoch nicht herauslesen. Der EuGH setzt in Altmark lediglich voraus, dass der betreffende Akteur *„mit der Erfüllung der Verpflichtung betraut wurde und die Verpflichtung klar definiert ist“*⁶⁹. Allerdings lagen und liegen damals wie heute der Genehmigung nach §§ 9 ff. PBefG⁷⁰ eine klare Betriebs- und Beförderungspflicht

⁶⁷ Begründung zur FFAV, BGBl. 2015 vom 11.02.2015, Teil I Nr. 5, S. 88.

⁶⁸ F. Huerkamp, Das neue „Fördervergaberecht“ bei Freiflächenanlagen, EnWZ 5/2015, S. 195 ff. (196).

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (Altmark Trans), Rn. 89.

⁷⁰ Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961 (BGBl. I S. 241), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 147 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

zugrunde (vgl. die heutigen §§ 21, 22 PBefG), weshalb dieser Punkt in der *Altmark*-Entscheidung kaum strittig gewesen sein dürfte⁷¹.

Eine solche explizit normierte Pflicht zum Betrieb der Freiflächenanlage über die gesamte Förderdauer als klare Parallele zum Fall *Altmark* fehlt in der FFAV tatsächlich. Ähnlichkeiten bestehen allerdings durchaus im Hinblick auf die vorgesehenen Widerrufs- und Erlöschenstatbestände nach §§ 25, 26 PBefG. So erlischt die Genehmigung nach dem PBefG beispielsweise, wenn der Verpflichtete den Betrieb nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist aufgenommen hat. Zu beachten ist aber, dass im Rahmen der FFAV zur Sicherstellung der Stromproduktion und Einspeisung nicht die Möglichkeiten des PBefG zur Verfügung stehen, die nach § 27 PBefG auch Verwaltungszwang beinhalten können. Die verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten des PBefG hat der EuGH allerdings in seiner damaligen *Altmark*-Entscheidung nicht zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht. Explizit vom EuGH in seine Entscheidung einbezogen und im Rahmen der Darstellung der Rechtsgrundlagen erwähnt werden lediglich die gesetzlichen Verpflichtungen des Beförderers, nur die von der Genehmigungsbehörde zugelassenen Fahrpreise zu erheben, den genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen⁷².

Das Kriterium der Betrauung wurde auch in den vorliegend betrachteten Entscheidungen der Kommission, in denen die Kommission das Vorliegen der *Altmark*-Kriterien bejaht hat, nicht besonders problematisiert. Im irischen Fall „CADA“ diskutiert die Kommission vor allem die Frage des Vorliegens eines Ziels von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (*“legitimate objective of general economic interest“*) und weniger den Betrauungsakt selbst. In einem slowenischen Fall stellt die Kommission etwas lapidar fest, *„dass das Kraftwerk in den slowenischen Gesetzen mit der Versorgungssicherheit betreffend Strom [...] betraut wurde.“* So wird auch in der Literatur bislang festgestellt, dass die Betrauung eher kein problematischer Punkt sei: *„The Commission has acknowledged that the requirements of an act of entrust-*

⁷¹ Der EuGH stellt in EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 12, kurz das Vorliegen der Betriebs- und Beförderungspflicht fest und geht im Rahmen der rechtlichen Würdigung des Betrauungsakts nicht mehr explizit darauf ein.

⁷² EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 12.

*ment are rather basic.*⁷³ Erforderlich für das Vorliegen einer Betrauung seien die Regelung des Inhalts, der Dauer, des Unternehmens sowie der besonderen Rechte.

Demgegenüber wird der Verpflichtungs- und Sanktionsgedanke seitens der Kommission in ihrer aktuellen Entscheidung zur Vereinbarkeit der Beihilfen für das Atomkraftwerk *Hinkley Point C* verstärkt aufgenommen⁷⁴. Hier wurde die Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung von der Kommission abgelehnt, da das Vereinigte Königreich den Anlagenbetreiber nicht dazu verpflichten könne, den Bau der Anlage zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig zu stellen, Strom zu erzeugen, diesen Strom in einem bestimmten Umfang zu erzeugen oder ihn auf den Markt zu bringen (vgl. oben)⁷⁵.

In diesen Punkten unterscheidet sich die FFAV allerdings erheblich von den Förderregelungen zu *Hinkley Point C*: Erstens liegt hier kein vertragliches Verhältnis vor, sondern ein Zuschlag und die Erteilung der Förderberechtigung, jeweils in Form eines Verwaltungsaktes. Zweitens muss der Bieter seine Anlage bereits in Betrieb genommen haben, um eine Förderberechtigung zu erhalten und drittens erhält er die Förderung nur, wenn er den Strom tatsächlich einspeist. Dagegen sind im Fall *Hinkley Point C* einzelne Beihilfen bereits für den Bau des Atomkraftwerks bestimmt, ohne dass diese in irgendeiner Weise von einer später zu erfolgenden Stromproduktion abhängig gemacht würden⁷⁶. Zudem können nach § 19 und § 29 FFAV sowohl Zuschlag als auch die Förderberechtigung zurückgenommen oder widerrufen und entwertete Gebotsmengen neu ausgeschrieben werden (vgl. oben). Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur „zur Sicherstellung der Erzeugung einer angemessenen Strommenge während des 20-jährigen Förderzeitraums⁷⁷“ die Förderberechtigung, in Abhängigkeit einer entsprechenden Festlegung seitens der BNetzA, gemäß § 22 Abs. 5 i.V.m. § 35 Nr. 15 FFAV mit Auflagen verknüpfen. Bei Nichterzeugung der bezuschlagten Strommenge werden zudem Strafzahlungen nach § 30 FFAV fällig. Dass diese nicht seitens der BNetzA als staatli-

⁷³ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 41.

⁷⁴ Kommission, Beschluss v. 28.4.2015, Abl. L 109, S. 44 ff., Rn. 315 (*Hinkley Point C*).

⁷⁵ Abschnitt B. I. 2. b.

⁷⁶ Vgl. ausführlich zur beihilferechtlichen Bewertung des Falls Hinkley Point C: T. Müller/M. Kahles, *Rechtliche Einordnung des Beschlusses (EU) 2015/658 der EU-Kommission über die staatliche Beihilfe zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, Ausschussdrucksache 18(9)480 vom 16.06.2015.

⁷⁷ So T. Schulz/B. Möller, Pilot des EEG-System-Wechsels – die FFAV, Die Ausschreibung der finanziellen Förderung für Solar-Freiflächenanlagen, ER 03/2015, S. 87 ff. (93).

cher Stelle eingetrieben werden, sondern den ÜNB überlassen bleiben, scheint selbst unter Zugrundelegung der Ausführungen der Kommission im Fall *Hinkley Point C* kein zwingender Grund, um das Vorliegen einer Betrauung abzulehnen.

4. Zwischenergebnis

Die Frage, ob in Bezug auf die bezuschlagten Bieter und späteren Anlagenbetreiber eine Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung vorliegt, erweist sich als einer der maßgeblichen Punkte der vorliegenden Prüfung. Es gibt einerseits eine Fülle neuer Aspekte im Rahmen der FFAV im Gegensatz zur bisherigen Funktionsweise des EEG, die bereits nach derzeitiger Rechtslage für eine Betrauung der Bieter und Anlagenbetreiber im Rahmen der FFAV mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums sprechen:

- Die FFAV verfolgt mit dem Zubau von PV-Freiflächenanlagen als Teilaspekt des Ausbaupfads und allgemeinen EE-Ausbauziels des EEG das übergeordnete Ziel des Klima- und Umweltschutzes. Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien wiederum kann nach vorliegender Ansicht als Ziel von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums eingeordnet werden.
- Die Bieter werden zur Erfüllung dieses Ausbauziels mittels Zuschlag in der Form eines Verwaltungsakts seitens der BNetzA mit dem angebotenen Zubau beauftragt. Damit liegt dem Grunde nach eine Betrauung durch Gesetz oder hoheitlichen Akt im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums vor.
- Die Betrauung im Rahmen der FFAV enthält klare Verpflichtungen für die Bieter und späteren Anlagenbetreiber sowie Vorkehrungen, dass die ausgeschriebenen Mengen nach Erhalt der Förderberechtigung auch tatsächlich realisiert werden. Hierfür sprechen insbesondere folgende Regelungen:
 - Die Bieter sind nach Erhalt des Zuschlags gemäß § 20 Abs. 2 FFAV aufgefordert, innerhalb von zwei Jahren die Förderberechtigung zu beantragen und hierzu ihre Anlage in Betrieb zu nehmen. Bei Nichterfüllung dieser Anforderungen erlischt der Zuschlag und es fallen Strafzahlungen nach § 30 FFAV an.

- o Wird innerhalb der ersten zwei Jahre nach Erhalt der Förderberechtigung kein Strom eingespeist oder dem Netzbetreiber mittels kaufmännisch-bilanzieller Weitergabe angeboten oder die Freiflächenanlage innerhalb von einem Jahr nach ihrer Inbetriebnahme überwiegend wieder abgebaut, kann die Förderberechtigung seitens der BNetzA nach § 29 Abs. 2 S. 2 FFAV widerrufen werden.
- o Die Widerrufsmöglichkeit besteht nach § 29 Abs. 2 S. 1 FFAV unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 VwVfG grundsätzlich auch während des gesamten Förderzeitraums, sollte in einem signifikanten Zeitraum kein Strom eingespeist oder bilanziell angeboten werden.

Die aufgrund der Nichterfüllung der genannten Vorgaben entwerteten Gebotsmengen können seitens der BNetzA nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 FFAV wieder ausgeschrieben werden und damit grundsätzlich einem Konkurrenten zugeordnet werden.

- Damit entfernt sich die FFAV deutlich von der „bloßen“ Anreizlogik des EEG 2014 und dessen Vorgängerregelungen, da sie mittels hoheitlicher Instrumente in der Form von Verwaltungsakten sicherstellen will, dass die ausgeschriebenen und bezuschlagten Mengen durch die Anlagenbetreiber auch tatsächlich erbracht werden.

Trotz dieser strukturellen Veränderungen im Vergleich zur bisherigen Funktionsweise des EEG wird andererseits eingewendet, dass die Regelungen der FFAV im Zusammenspiel mit dem EEG 2014 weiterhin bloße Anspruchsvoraussetzungen zum Erhalt der Förderung, aber keine Verpflichtung der Bieter und späteren Anlagenbetreiber zur Stromproduktion im engeren Sinne darstellen. Tatsächlich belegen die oben aufgeführten Argumente streng betrachtet nur mittelbar, dass der Staat und damit die Allgemeinheit auch auf die tatsächliche Erbringung der Stromproduktion zur Erfüllung der mittlerweile pfadabhängig und technologiegenau definierten EE-Ausbauziele des EEG 2014 angewiesen sind. Zudem scheinen die bereits nach derzeitigem Stand in der FFAV vorgesehenen Strafzahlungen, Rücknahme-, Widerrufs- und Neuausschreibungsmöglichkeiten bereits ausreichend, um auch die seitens der Kommission in ihrer Entscheidung zu Hinkley Point C aufgestellten und vergleichsweise hohen Voraussetzungen an das Vorliegen einer Betrauung mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung zu erfüllen.

Um dem Einwand der mangelnden Verpflichtung der Anlagenbetreiber im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums allerdings restlos zu begegnen, könnte nach vorliegender Ansicht in Erwägung gezogen werden, die FFAV oder künftige Regelungen für Ausschreibungen für andere EE-Technologien um die Normierung einer expliziten Pflicht der Anlagenbetreiber zur Produktion und Einspeisung über den gesamten Förderzeitraum zu ergänzen und die Nichterfüllung dieser Pflicht, wie bereits in der FFAV vorgesehen, mit Sanktionen zu bewehren. Damit wäre eine Parallele zur Betreiberpflicht des PBefG hergestellt, wie sie dem Sachverhalt der Altmark-Entscheidung des EuGH zu Grunde lag. Auch wäre daran zu denken, ob die BNetzA nicht von der ihr im Rahmen einer Festlegung nach § 22 Abs. 5 i.V.m. § 35 Nr. 15 FFAV gegebenen Möglichkeit Gebrauch machen sollte, festzulegen, mittels welcher Auflagen die Erzeugung einer angemessenen Strommenge während des 20-jährigen Förderzeitraums sichergestellt werden soll.

II. Objektivität und Transparenz

1. Anforderungen von EuGH und Kommission

Das zweite Altmark-Kriterium setzt voraus, dass die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, vor der Auszahlung objektiv und transparent festgelegt worden sind⁷⁸. Damit soll verhindert werden, dass das betroffene Unternehmen anderen Unternehmen gegenüber begünstigt wird⁷⁹ oder nachträglich noch die Parameter der Kompensation geändert werden⁸⁰. Zudem soll die Nachvollziehbarkeit der Ausgleichszahlung ermöglicht werden.

2. Anwendung auf den PV-Piloten

Erfolgreiche Bieter der Pilot-Ausschreibung erhalten auf Antrag eine Förderberechtigung nach § 22 FFAV und erhalten somit bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf die Marktprämie nach § 28 FFAV i.V.m. §§ 19 ff, 34 ff. EEG 2014. Die Höhe der Marktprämie (MP) berechnet sich kalendermonatlich nach § 34 Abs. 2 EEG 2014 i.V.m.

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 90; ebenso: KOM, Mitteilung v. 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 54.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 90.

⁸⁰ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 41 f.

Nr. 1.2 der Anlage 1 zum EEG 2014 als Differenz zwischen dem „anzulegenden Wert“ (AW) und dem jeweiligen „Monatsmarktwert“ (MW) nach der Formel $MP=AW-MW$. Im Rahmen der FFAV bieten die Bieter auf den anzulegenden Wert, den sog. „Gebotswert“ nach § 2 Nr. 8 FFAV. Hieraus wird der „Zuschlagswert“ nach § 13 FFAV ermittelt. Die Höhe des zur Berechnung der Marktprämie verwendeten anzulegenden Werts entspricht damit dem Gebotswert, vgl. § 26 Abs. 2 FFAV. Die Parameter zur Berechnung der Marktprämie sind somit im Vorhinein sowohl im EEG 2014 als auch in der FFAV objektiv und transparent festgelegt worden und somit einer nachträglichen Veränderung oder Verhandlungen zwischen den Parteien während laufender Ausschreibungsverfahren entzogen. Das Erfordernis der Objektivität und Transparenz nach dem zweiten Altmark-Kriterium ist hiermit erfüllt.

III. Keine Überkompensation

1. Anforderungen von EuGH und Kommission

Nach dem dritten Altmark-Kriterium darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der Aufgaben unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns zu decken⁸¹. Somit darf die Ausgleichszahlung nicht zu einer Überkompensation führen. Daraus folgt, dass der Ausgleich unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht höher sein darf als die Kosten, die für die Erfüllung der Verpflichtung anfallen⁸². Die Überprüfung durch die Kommission ist auch hier auf offenkundige Fehler beschränkt⁸³: *„Was speziell die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des Ausgleichs für die Erfüllung einer durch einen Akt von allgemeiner Geltung festgelegten gemeinwirtschaftlichen Aufgabe angeht, so ist nach der Rechtsprechung diese Kontrolle zudem auf die Prüfung beschränkt, ob dieser Ausgleich für die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Aufgabe unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen er-*

⁸¹ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 92.

⁸² EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans*), Rn. 92; KOM, Mitteilung v. 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 60.

⁸³ EuG, Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 220.

*forderlich ist (...) oder ob umgekehrt die fragliche Maßnahme in Bezug auf den verfolgten Zweck offenkundig ungeeignet ist (...).*⁸⁴

Wie hoch der Ausgleich sein darf, ist nicht einheitlich beantwortet worden: „Gewinne in Höhe von höchstens 5 % werden als angemessen betrachtet und gelten daher nicht als Überkompensation bezogen auf die nachgewiesenen Kosten“⁸⁵. In anderen Entscheidungen hat die Kommission einen Gewinn zwischen 10% und 12% akzeptiert⁸⁶. In der einschlägigen Literatur wird aus dieser divergierenden Kommissionspraxis gefolgert, dass die bisher entschiedenen Gewinne nicht notwendigerweise dem entsprechen, was die Kommission an maximalen Gewinnen akzeptieren würde⁸⁷.

2. Anwendung auf den PV-Piloten

Das Verbot der Überkompensation bedeutet, dass die Ausgleichsleistungen im Rahmen des PV-Piloten nicht höher ausfallen dürfen, als die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns. Sinn und Zweck des PV-Piloten ist es gerade, dass die Höhe der Förderkosten wettbewerblich durch Ausschreibungen ermittelt wird; es liegt somit im Eigeninteresse der Bieter, die eigene Gewinnmarge nur so hoch anzusetzen, dass der Ausschreibungserfolg nicht gefährdet wird. Das führt grundsätzlich dazu, dass bei Ausschreibungen von einer angemessenen und insbesondere marktgerechten Gegenleistung auszugehen ist⁸⁸. Allerdings gilt auch hier, dass sich „*der finanzielle Ausgleich [...] aber auf den notwendigen Umfang hinsichtlich der konkreten Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu beschränken [hat]*“⁸⁹. Zu beachten ist daher, dass die Ausschreibung allein nicht zwangsläufig zum Ausschluss der Überkompensation führt⁹⁰. Um eine mögliche Überkompensation selbst bei der Durchführung von Ausschreibungen zu verhin-

⁸⁴ EuG, Urt. v. 12.2.2008, T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 222.

⁸⁵ KOM, Entscheidung v. 15.09.2009, N 206/2009, Rn. 46.

⁸⁶ Vgl. KOM, Entscheidung v. 16.11.2004, N 381/2004, Rn. 82; KOM, Entscheidung v. 24.2.2010, C 41/08, Rn. 58.

⁸⁷ M. Klasse, *The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses*, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 45.

⁸⁸ U. Ehricke in: F. Montag/F. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Beihilfen- und Vergaberecht*, Einleitung, Rn. 210. M. Wolf in: F. Montag/F. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Beihilfen- und Vergaberecht*, Art. 107 AEUV, Rn. 782.

⁸⁹ U. Ehricke in: F. Montag/F. Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Beihilfen- und Vergaberecht*, Einleitung, Rn. 236.

⁹⁰ M. Klasse, *The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses*, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 44.

dern, ist daher im Rahmen des PV-Piloten nach § 8 Abs. 1 FFAV in jeder Ausschreibungsrunde ein Höchstwert vorgegeben, der vom Gebotswert eines Gebots nicht überschritten werden darf. Insofern kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass die FFAV ausreichende Vorkehrungen getroffen hat, um eine Überkompensation zu verhindern und das dritte Altmark-Kriterium erfüllt ist.

IV. Auswahl des Dienstleistungserbringers

1. Anforderungen von EuGH und Kommission

Die Auswahl des betreffenden Dienstleisters soll nach dem vierten Altmark-Kriterium entweder durch Ausschreibung oder anhand der geringsten Kosten für die Allgemeinheit bzw. nach Leistungsvergleich „*mit einem durchschnittlichen, gut geführten und mit den notwendigen Mitteln ausgestatteten Unternehmen*“ getroffen werden⁹¹. Erfolgt die Auswahl über eine Ausschreibung, muss diese ebenfalls offen, transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt werden und die Anforderungen der Vergabe-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (mittlerweile aufgehoben und ersetzt durch RL 2014/24/EU sowie RL 2014/25/EU⁹²) erfüllen⁹³. Dem Grundsatz nach sollte das Durchführen einer Ausschreibung zu marktgerechten Preisen führen und eine überhöhte Kompensation ausschließen⁹⁴. Dies gilt jedoch nicht in jedem Fall: “[...] *A competitive tender procedure, even when open, transparent and non-discriminatory, does not itself provide a safe harbor from the State aid rules.*”⁹⁵ Der Grund dafür liegt darin, dass die Dienstleistung zu den geringsten Kosten („*least cost*“) erbracht werden muss und eine Ausschreibung allein nicht zwangsläufig dazu führt. Erforderlich ist

⁹¹ EuGH, Urt. v. 24.7.2003, C-280/00, ECLI:EU:T:2008:29 (*BUPA u.a./Kommission*), Rn. 93.

⁹² Vgl. A. Neun/O. Otting, Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446 ff.

⁹³ Hierzu ausführlich: KOM, 11.1.12, Abl. C 8/4, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringungen von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Rn. 63 f.

⁹⁴ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 46.

⁹⁵ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 47.

somit, dass die Ausschreibung auch tatsächlich zur Auswahl desjenigen Bieters führt, der die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zu den niedrigsten Kosten erfüllt⁹⁶.

Zum Teil wird hier vertreten, dass das Kriterium der Auswahl kein eigenständiges Kriterium ist, sondern eine Konkretisierung des dritten Kriteriums⁹⁷. Allerdings ist dieser Streit nicht erheblich, da die Voraussetzungen unabhängig von der Einordnung als viertes Kriterium oder als Teil des dritten Kriteriums vorliegen müssen.

2. Anwendung auf den PV-Piloten

Im Rahmen des PV-Piloten nach der FFAV werden Ausschreibungen durchgeführt. Die vorstehend genannten Ausschreibungs-Kriterien nach dem vierten Altmark-Kriterium sind, nach Ansicht der Literatur⁹⁸, unter folgenden Voraussetzungen erfüllt: Die Auswahl ist offen, wenn alle konkurrierenden Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist Zugang zur Teilnahme haben und sie nicht regional beschränkt ist. Die Auswahl ist öffentlich und ausreichend bekannt gegeben, wenn die Ausschreibung bekannt gegeben wird, die Zuschlagskriterien vorweg kommuniziert werden und die Entscheidung für Dritte nachvollziehbar ist. Die Auswahl ist diskriminierungsfrei, wenn es keine Benachteiligung ohne sachlichen Grund gibt.

In Bezug auf die Regeln der FFAV gibt es grundsätzlich keine Bedenken. Hier sind die Zeiträume der Ausschreibungen rechtzeitig öffentlich bekannt; es kann grundsätzlich jeder, der die in der Verordnung festgelegten Voraussetzungen erfüllt, teilnehmen und ein Gebot abgeben. Dass bestimmte Anforderungen an die Bieter gestellt werden, ist nicht hinderlich, da Ziel des Verfahrens ist, eine Auswahl der Bewerber zu treffen, die die erforderlichen Kapazitäten zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit vorhalten können⁹⁹.

Die erste Ausschreibungsrunde nach der FFAV, die als Gebotspreis-Verfahren („*pay-as-bid*“) durchgeführt wurde, endete zum 15.4.2015; teilgenommen haben rund 170 Bieter. Bezu-

⁹⁶ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 46: „*selection of the tenderer capable of providing the services at the least cost*“.

⁹⁷ S. Wende, Die einheitliche Auslegung von Beihilfen- und Vergaberecht als Teilgebiete des europäischen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 104.

⁹⁸ Siehe hierzu ausführlich: U. Ehrlicke in: F. Montag/F. Säcker, *Münchener Kommentar zum Beihilfen- und Vergaberecht*, Einleitung, Rn. 213.

⁹⁹ M. Gerig, *Vollendung des EU-Energiebinnenmarktes vs. Nationale Marktabstottung*, 2014, S. 103.

schlägt wurden Gebote von 25 Bietern zwischen 8,48 Cent/KWh und 9,43 Cent/KWh; der zulässige Höchstwert lag bei 11,29 Cent/KWh¹⁰⁰. Bei diesem Verfahren entspricht der Gebotswert dem Zuschlagswert. Den Zuschlag erhalten haben die Bieter, die die niedrigsten Angebote gemacht haben; der durchschnittliche Zuschlagswert lag bei 9,17 Cent/KWh. Es sind keine Anhaltspunkte zu erkennen, warum die nach der FFAV durchgeführte Ausschreibung insoweit nicht den Altmark-Anforderungen entsprechen sollte.

In der zweiten Ausschreibungsrunde, die bis zum 1.8.2015 lief, wurde diesmal das sogenannte Einheitspreisverfahren („*uniform pricing*“) angewendet. Es sind insgesamt 136 Gebote zwischen 1 ct/KWh und 10,98 ct/KWh eingegangen und das Ausschreibungsvolumen von 150 Megawatt (MW) wurde dabei mehr als dreifach überzeichnet¹⁰¹. Der zulässige Höchstpreis lag bei 11,18 ct/KWh. 33 Bieter haben einen Zuschlag erhalten und müssen nun die Zweitsicherheit leisten. In Fall des Einheitspreisverfahrens bieten alle Bieter einen individuellen Preis (wie hier z.B. 1 Cent/KWh, 5 Cent/KWh oder 10 Cent/KWh); es erhalten jedoch alle erfolgreichen Bieter dann den höchsten zugeschlagenen Wert (im Fall dieser Ausschreibungsrunde 8,49 Cent/KWh). Es wird also der höchste Gebotswert, der einen Zuschlag bekommen hat, allen zugeschlagen (im Beispiel also 8,49 Cent/KWh). Damit werden die übrigen Gebote (im Beispiel die Gebote zu 1 Cent/KWh oder 5 Cent/KWh) überzahlt. Ein Erreichen der geringsten Kosten könnte somit im Rahmen des Einheitspreisverfahrens als eher kritisch anzusehen sein, wobei hier zu berücksichtigen ist, dass die Gebotswerte nicht unbedingt die wahren Kosten spiegeln. Zwar wird dem „*uniform pricing*“ im Gegensatz zum „*pay as bid*“-Verfahren die Eigenschaft zugeschrieben, dass es die Bieter eher dazu bewegen würde, ihre wahren Kosten aufzudecken und weniger zu spekulieren¹⁰². Diese Hoffnung

¹⁰⁰ Bundesnetzagentur, Hintergrundpapier, Ergebnisse der ersten Ausschreibungsrunde für Photovoltaik (PV) – Freiflächenanlagen vom 15. April 2015, S.2 (abrufbar unter: http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/PVFreiflaechenanlagen/Gebotstermin_15_04_2015/Hintergrundpapier_PV-FFA_Runde1.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

¹⁰¹ Pressemitteilung vom 6.8.2015, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=721988.html> (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

¹⁰² Vgl. hierzu ausführlich: C. Klessmann/F. Wigand/M. Gephart/F. von Blücher/T. Kelm/H. Jachmann/K.-M. Ehrhart/M.-C. Haufe/M. Kohls/C. Meitz, Ausgestaltung des Pilotausschreibungssystems für Photovoltaik-Freiflächenanlagen, Wissenschaftliche Empfehlung v. 10.07.2014, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wissenschaftlicher-bericht-photovoltaikanlagen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 03.09.2015), S. 34 f.

konnte sich in dieser Ausschreibungsrunde jedoch nicht bewahrheiten¹⁰³. Es besteht trotzdem auch bei Durchführung des „uniform-pricing“-Verfahrens die Möglichkeit, sich dem tatsächlichen Marktwert anzunähern. So war der durchschnittliche Zuschlagswert von 7,82 Cent/KWh in dieser Ausschreibungsrunde um 1,35 Cent/KWh geringer als der Durchschnitt der letzten Ausschreibungsrunde im April.

Die Bewertung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Auktions- und Zuschlagsverfahren zur Auswahl des Bieters mit den geringsten Kosten entzieht sich somit einer rein juristischen Bewertung. Jedenfalls ist im Hinblick auf die Erfüllung des vierten Altmark-Kriteriums festzustellen, dass sich der Verordnungsgeber im Rahmen der FFAV für etablierte Ausschreibungsverfahren entschieden und im Vorfeld eine wissenschaftliche Analyse durchgeführt hat, die auch die Wettbewerbssituation auf dem PV-Freiflächenmarkt in ihre Empfehlungen mit einbezogen hat¹⁰⁴. Anhaltspunkte für eine Überkompensation aufgrund struktureller und im gewählten Ausschreibungsverfahren angelegter Fehler bei der Auswahl der Gewinner der Ausschreibung liegen somit nicht vor.

C. Ergebnis und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung lässt den Schluss zu, dass die finanzielle Förderung von PV-Freiflächenanlagen nach der FFAV, wenn nicht bereits nach derzeitiger Rechtslage, so doch durch wenige Ergänzungen hinsichtlich einer expliziten Verpflichtung der Anlagenbetreiber zur Sicherstellung der tatsächlichen Stromeinspeisung über die gesamte Förderdauer, die Altmark-Kriterien des EuGH erfüllt und somit nicht dem Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfällt. Obwohl die dargestellten hohen Anforderungen der übrigen

¹⁰³ Vgl. das sehr niedrige Gebot von 1 Cent/KWh. Hier ist davon auszugehen, dass der Bieter darauf spekuliert hat, dass es einen höheren Zuschlagswert geben wird. Siehe hierzu ebenfalls: *Bundesnetzagentur*, Hintergrundpapier, Ergebnisse der zweiten Ausschreibungsrunde für Photovoltaik (PV)-Freiflächenanlagen vom 1. August 2015, S. 2, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/PVFreiflaechenanlagen/Gebotstermin_01_08_2015/Hintergrundpapier_PV-FFA_Runde2.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

¹⁰⁴ Dr. Corinna Klessmann, Fabian Wigand, Malte Gephart, Felix von Blücher, Ecofys; Tobias Kelm, Henning Jachmann, ZSW; Prof. Dr. Karl-Martin Ehrhart, Marie-Christin Haufe, Takon; Dr. Malte Kohls, Christoph Meitz, BBG und Partner; Ausgestaltung des Pilotausschreibungssystems für Photovoltaik-Freiflächenanlagen, Wissenschaftliche Empfehlung v. 10.07.2014, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wissenschaftlicher-bericht-photovoltaikanlagen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 03.09.2015).

Altmark-Kriterien nicht aus dem Blick verloren werden dürfen, hat sich im Rahmen der vorliegenden Prüfung der FFAV die Erfüllung der Anforderungen des ersten Altmark-Kriteriums als zentraler Punkt erwiesen:

- Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung ist nicht abschließend definiert. Bei der Bestimmung des gemeinwirtschaftlichen Interesses haben die Mitgliedstaaten ein weites Ermessen; die Kommission kann hier nur eine Missbrauchskontrolle durchführen. Bezüglich der Betrauung haben Rechtsprechung und Kommission unterschiedlich detaillierte Anforderungen; entscheidend ist die tatsächliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung.
- Das Ausbauziel der FFAV i.V.m. dem EEG 2014 zur Erzeugung von Strom aus PV-Freiflächenanlagen ist klar definiert und liegt aufgrund des hiermit verfolgten übergeordneten Zwecks des Klima- und Umweltschutzes nach vorliegender Ansicht auch im allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach dem ersten Altmark-Kriterium. Um einer geringen Rechtsunsicherheit bezüglich der Anerkennung des Klima- und Umweltschutzes als Ziel von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums vorzubeugen, könnte zusätzlich das von Rechtsprechung und Kommission bereits anerkannte Ziel der Energieversorgungssicherheit in das EEG und der Beitrag der Anlagenbetreiber hierzu ebenfalls transparent im Rahmen des Ausbaupfads aufgenommen werden.
- Für eine Betrauung im Rahmen der FFAV spricht, dass die Bieter zur Erfüllung des Ausbauziels der FFAV mittels Zuschlag in der Form eines Verwaltungsakts seitens der BNetzA mit dem angebotenen Zubau beauftragt werden und auch zum Erhalt der Förderberechtigung bestimmten Anforderungen unterliegen, die die tatsächliche Stromeinspeisung über den gesamten Förderzeitraum sicherstellen sollen. Damit liegt dem Grunde nach eine Betrauung durch einen hoheitlichen Akt im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums vor. Die Betrauung im Rahmen der FFAV enthält klare Verpflichtungen für die Bieter und späteren Anlagenbetreiber sowie Vorkehrungen, dass die ausgeschriebenen Mengen auch nach Erhalt der Förderberechtigung tatsächlich realisiert werden. Die FFAV hat sich damit von der bloßen „Anreiz-Struktur“ des EEG 2014 erheblich entfernt.

- Um dem Einwand der mangelnden Verpflichtung der Anlagenbetreiber zur tatsächlichen Stromproduktion im Sinne des ersten Altmark-Kriteriums allerdings restlos zu begegnen, könnte nach vorliegender Ansicht in Erwägung gezogen werden, die FFAV oder künftige Regelungen für Ausschreibungen für andere EE-Technologien um die Normierung einer expliziten Pflicht der Anlagenbetreiber zur Produktion und Einspeisung über den gesamten Förderzeitraum zu ergänzen und, wie bereits im Rahmen der FFAV vorgesehen, Sanktionen im Fall der Nichterfüllung festzulegen. Damit wäre eine Parallele zur Betreiberpflicht des PBefG hergestellt, wie sie dem Sachverhalt der Altmark-Entscheidung des EuGH zu Grunde lag.
- Bereits im Rahmen der bestehenden Regelungen der FFAV wäre daran zu denken, ob die BNetzA nicht von der ihr im Rahmen einer Festlegung nach § 22 Abs. 5 i.V.m. § 35 Nr. 15 FFAV gegebenen Möglichkeit Gebrauch machen sollte, festzulegen, mittels welcher Auflagen die Erzeugung einer angemessenen Strommenge während des 20-jährigen Förderzeitraums sichergestellt werden soll.

Dem Vorbild der FFAV entsprechende und anhand der vorgeschlagenen Ergänzungen gestaltete Ausschreibungsregelungen auch für die übrigen EE-Technologien¹⁰⁵ könnten somit der Beihilfenkontrolle durch die Kommission im Rahmen der UEBLL entzogen sein. Dies würde nach vorliegender Einschätzung mehr gesetzgeberische Freiheiten bei der Ausgestaltung der Ausschreibungs- und Förderbedingungen nach sich ziehen, da die detaillierten Vorschriften der UEBLL nicht mehr "eins zu eins" im deutschen Recht nachvollzogen werden müssten. Damit würden beispielsweise auch Regelungen, wie der zuletzt stark in die Kritik geratene § 24 EEG 2014, der zum Wegfall der Förderung in Zeiten negativer Preise am Spotmarkt führt¹⁰⁶, in Frage stehen. Auch könnten womöglich großzügigere Ausnahmemöglichkeiten für Ausschreibungen eingeführt werden, als nach den UEBLL vorgesehen. Ebenso würden die

¹⁰⁵ Vgl. BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen, Eckpunktepapier, Stand Juli 2015.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu ausführlich M. Kahles/T. Müller, Wegfall der EEG-Förderung bei negativen Preisen – § 24 EEG 2014, Europarechtliche Hintergründe und Ausgestaltungsoptionen, Würzburger Bericht zum Umweltenergierecht Nr. 13 vom 08.06.2015.

geplanten technologiespezifischen Ausschreibungen¹⁰⁷ nicht dem strengen Rechtfertigungszwang nach Rn. 126 UEBLL unterliegen¹⁰⁸.

Wie die vorliegende Analyse der Kommissionspraxis, etwa im aktuellen Fall *Hinkley Point C*, ebenfalls zeigt, interpretiert die Kommission die Altmark-Kriterien allerdings sehr strikt. Die Tendenz der Kommission geht eher in die Richtung, das Vorliegen der Altmark-Kriterien abzulehnen und den Beihilfetatbestand nach Art. 107 Abs. 1 zu bejahen, um dann gegebenenfalls im Rahmen der Vereinbarkeit das allgemeine wirtschaftliche Interesse zu würdigen und eine Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV zu gewähren. Durch diese strikte Interpretation sichert sich die Kommission die beihilferechtliche Kontrolle auch über Mittel, die die Mitgliedstaaten im Gegenzug für die Erfüllung von Diensten im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse aufwenden¹⁰⁹. Es ist somit zu erwarten, dass die Kommission der hier skizzierten Argumentation in Bezug auf die FFAV und möglicher weiterer Ausschreibungen für andere EE-Technologien nicht folgen wird und eine endgültige Klärung nur durch den EuGH zu erreichen sein wird.

¹⁰⁷ BMWi, Ausschreibungen für die Förderung von Erneuerbare-Energien-Anlagen, Eckpunktepapier, Stand Juli 2015, S. 4.

¹⁰⁸ Allerdings ist hier zu beachten, dass auch bei Nicht-Anwendbarkeit der UEBELL eine völlig freie Auswahl aller verfügbaren Technologien nicht ohne weiteres möglich ist, da in diesem Fall trotzdem alle Altmark-Kriterien beachtet werden müssen. Zum Beispiel ist aufgrund der Anforderung der Auswahl des Bieters mit den geringsten Kosten zu überlegen, ob hierfür nur die technologieneutral günstigste Technologie in Frage kommt oder inwieweit aus Gründen der Diversifizierung, Versorgungssicherheit, Weiterentwicklung von Technologien, etc. zwischen den verschiedenen Technologien differenziert werden darf. In jedem Fall wäre somit auch unter Anwendung der Altmark-Kriterien ein sachlicher Grund bei einer Entscheidung für technologiespezifische Ausschreibungen notwendig.

¹⁰⁹ M. Klasse, The Impact of Altmark: The European Commission Case Law Responses, in: E. Szyszczak /J. van de Gronden (Hrsg.), *Financing Services of General Economic Interest*, 2013, S. 50.