



Energie für die Industrie

Dr. Annette Loske
Hauptgeschäftsführerin

**VIK Verband der Industriellen
Energie- und Kraftwirtschaft e.V.**
Richard-Wagner-Straße 41 · 45128 Essen
Postanschrift: PF 10 39 53 · 45039 Essen
Telefon: +49 (0) 2 01 / 8 10 84-10
Telefax: +49 (0) 2 01 / 8 10 84-30
eMail: a.loske@vik.de
Internet: www.vik.de

28. Mai 2013

Europäische Kommission
Generaldirektion Wettbewerb
Direktion Staatliche Beihilfen
Registratur Staatliche Beihilfen
1049 BRUSSELS/BRÜSSEL
BELGIEN

Per E-Mail an stateaidgreffe@ec.europa.eu

**Stellungnahme zu dem Verfahren Staatliche Beihilfe SA.34045 (2013/C) (ex2012/NN) –
Deutschland Netzentgeltbefreiung für stromintensive Unternehmen (§ 19 Abs. 2
Satz 2 StromNEV)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der VIK ist seit 65 Jahren die Interessenvertretung von Unternehmen aller Branchen, wie etwa Aluminium, Chemie, Glas, Papier, Stahl oder Zement. Er berät seine Mitglieder in allen Energie- und energierelevanten Umweltfragen. Im VIK haben sich 80 Prozent des industriellen Energieeinsatzes und rund 90 Prozent der versorgerunabhängigen Stromerzeugung in Deutschland zusammen geschlossen. Der VIK steht für rund ein Drittel des deutschen Energiebedarfs. Die nachfolgende Stellungnahme wurde unterstützt von der Rechtsanwaltssozietät SCHOLTKA & PARTNER, Berlin.

Zusammenfassung

Die von der Kommission beanstandete Maßnahme stellt keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Das förmliche Prüfverfahren ist daher mit Feststellung nach Art. 7 Abs. 2 der VO des Rates 659/1999 abzuschließen.

Der Eröffnungsbeschluss der Kommission gibt die einschlägige Rechtslage in Deutschland nicht vollständig und zutreffend wieder. Deutlich wird das vor allem in Missverständnissen des deutschen Regulierungssystems insgesamt.

Die Netzentgelte unterliegen in Deutschland nicht der Genehmigung sondern beruhen auf einem System der Anreizregulierung. Das bedeutet, dass auf Antrag der Netzbetreiber allein

die Erlösobergrenze festgelegt wird, aufgrund derer die Netzbetreiber die Netzentgelte selbstständig bilden. Daraus folgt auch, dass – entgegen der Darstellung der Kommission – dem Regulierungskonto keine Überwachungsfunktion zukommt. Es dient lediglich dem rechnerischen Ausgleich zwischen prognostizierten und tatsächlichen Erlösen im System der Anreizregulierung. Das Regulierungskonto ist daher keine Besonderheit der § 19-Umlage, sondern dem System der Netzentgeltregulierung in Deutschland immanent. Die § 19-Umlage wurde ohnehin lediglich für das Jahr 2011 auf der rechnerischen Grundlage des Regulierungskontos ausgeglichen, seither wird sie „gewälzt“.

Nicht hinreichend deutlich wird im Kommissionsbeschluss ferner, dass die § 19-Umlage nicht von staatlichen Stellen gezahlt oder erstattet wird, sondern von den mit elektrischer Energie belieferten Letztverbrauchern, einschließlich der durch die Umlage begünstigten Letztverbraucher. Durch die Erlösausfälle entstehende Kostenunterdeckungen werden durch die Übertragungsnetzbetreiber saldiert und ausgeglichen und als Mehrpreis an die Netzkunden weitergegeben. Sie unterliegen keinerlei staatlicher Aufsicht oder Kontrolle.

Richtig betrachtet kann die § 19-Umlage nicht als Beihilfe im Sinne Art. 107 Abs. 1 AEUV eingestuft werden. Durch sie wird kein selektiver Vorteil gewährt, weil die durch die § 19-Umlage begünstigten Letztverbraucher durch ihren konstant hohen Stromverbrauch einen unabdingbaren Beitrag zur Netzstabilität leisten, der im Wege der Umlage als Gegenleistung vergütet wird. Die systemstabilisierende Wirkung dieser Letztverbraucher gewährleistet zudem ein Maß an Stabilität und Planbarkeit bezüglich der Netzkosten insgesamt, das durch die allgemeine Netzentgeltsystematik nicht ausreichend sichergestellt wäre. Die § 19-Umlage ist damit immanenter Bestandteil des Netzentgeltsystems in Deutschland.

Es liegt zudem keine Übertragung staatlicher Mittel vor, weil die § 19-Umlage allein durch die Marktteilnehmer finanziert wird und deshalb keinerlei Belastung des Staatshaushaltes bewirkt. Ebenso wenig ist die § 19-Umlage dem Staat zuzurechnen. Für eine staatliche Zurechnung reicht es nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere nicht aus, dass die Umlage auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Denn die Regelung bringt lediglich den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, die privatrechtlichen Beziehungen der Marktteilnehmer untereinander zu regeln. Die beteiligten Marktteilnehmer unterliegen dabei keinerlei staatlicher Kontrolle oder Aufsicht, sie organisieren allein den Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel auf der gesetzlichen Grundlage.

Auch kann von einer möglichen Verfälschung des Wettbewerbs nicht ausgegangen werden, da die § 19-Umlage lediglich der Verminderung übermäßiger Belastungen dient, die maßgeblich auf den Ausbau Erneuerbarer Energien zurückzuführen sind.

Gliederung

Zusammenfassung..... 1

Gliederung 3

I. Einleitung eines Beihilfeverfahrens der Europäischen Kommission 3

1. Beschreibung der angegriffenen Maßnahme 4

2. Hintergrund für den Umlagemechanismus des § 19 Abs. 2 StromNEV..... 5

a) Allgemeines System der Anreizregulierung mit der Festlegung einer Erlösobergrenze - keine Genehmigung von Netzentgelten 5

b) Erlösausfälle bei den Verteilernetzbetreibern 6

3. Wälzung der § 19-Umlage 7

4. Darstellung der Befreiung von Letztverbrauchern 8

II. Beihilfenrechtliche Würdigung..... 9

1. Kein selektiver Vorteil 9

a) Kein Vorteil 9

b) Keine Selektivität 11

2. Keine Staatlichkeit der Mittel..... 13

a) Keine Übertragung staatlicher Mittel 13

b) Keine Zurechenbarkeit..... 18

3. Keine Verfälschung des Wettbewerbs und keine Beeinträchtigung des Handels 21

I. Einleitung eines Beihilfeverfahrens der Europäischen Kommission

Mit Schreiben vom 6. März 2013 setzte die Europäische Kommission die Bundesrepublik Deutschland von ihrem Beschluss in Kenntnis, wegen der am 4. August 2011 in Kraft getretenen Änderung in § 19 Abs. 2 Satz 2 der Stromnetzentgeltverordnung („StromNEV“) ein Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV zu eröffnen. Einzelheiten dieses Schreibens und der angegriffenen Maßnahme wurden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht,

ABl. EU C 128/43 vom 4. Mai 2013,

auf das insoweit Bezug genommen wird.

1. Beschreibung der angegriffenen Maßnahme

Die von der Kommission angegriffene Maßnahme ist in der Veröffentlichung im Amtsblatt detailliert beschrieben. Der Beschluss der Kommission betrifft im Grundsatz beihilferechtliche Fragen, die sich aus der Netzentgeltbefreiung für stromintensive Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland mit einer jährlichen Benutzungszahl von mindestens 7.000 und einem 10 GWh übersteigendem Verbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV ergeben.

Aus der Beschreibung der Maßnahme ergibt sich zugleich, dass die Befreiung der stromintensiven Verbraucher zwar den Anlass der Verfahrenseinleitung bildet, die Kommission jedoch nicht allein die Befreiung als solche beanstandet. Vielmehr ergibt sich, dass die Kommission die Befreiung im Kontext mit der in § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV nach den Regelungen des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes („KWKG“) zu ermittelnden Umlage sowie den Regulierungskonten der Netzbetreiber als beihilferechtlich relevant ansieht. Dabei nimmt sie ergänzend Bezug auf die Regelung in § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV, nach der § 20 StromNEV entsprechend gilt. § 20 StromNEV regelt die sogenannte Verprobung. Netzbetreiber haben hiernach bei der Ermittlung der Netzentgelte und vor der Veröffentlichung der Netzentgelte sicherzustellen, dass die veröffentlichten Netzentgelte die ermittelten Kosten decken.

Zwar sind viele Einzelheiten dieses Umlage- und Wälzungsmechanismus in dem Kommissionsschreiben unter Textziffern 7 bis 10 im Grundsatz zutreffend dargestellt. Gleichwohl ist die Darstellung der Kommission in rechtlich relevantem Umfang zu ergänzen:

So wird aus den Ausführungen deutlich, dass die Kommission offenbar das System der Anreizregulierung in Deutschland in Teilen missversteht. Dies ist nicht zuletzt daran zu erkennen, dass sie noch von einem System der Entgeltgenehmigung durch die Regulierungsbehörden ausgeht.

Daraus resultiert zunächst das Missverständnis, bei dem Regulierungskonto handele es sich um ein Überwachungsinstrument der Regulierungsbehörden. Entsprechend unzutreffend ist die Ansicht, das Regulierungskonto stehe „unter Kontrolle **und im Eigentum der BNetzA**“ (Rn. 92, Hervorhebung nicht im Original). Offenbar sieht die Kommission das Regulierungskonto als eine Art Bankkonto an, das bei der Regulierungsbehörde geführt wird. Richtigerweise ist das Regulierungskonto als eine Art buchhalterisches Verrechnungskonto hingegen integraler und systematisch zwingender genereller Bestandteil eines durch die Anreizregulierung nach der ARegV regulierten Netzsystems.

Darüber hinaus erweckt die isolierte Darstellung des Regulierungskontos durch die Kommission (Rn. 19 ff.) unter der Überschrift „2.7 Überwachung durch das Regulierungskonto“ den Eindruck, als sähe die Kommission das Regulierungskonto als eine staatliche Maßnahme an, die losgelöst von dem System der Anreizregulierung in

Deutschland bestünde und mit dessen Hilfe die Regulierungsbehörden etwas überwachten. Das ist bereits unzutreffend. Wie noch erläutert wird, dient das Regulierungskonto u.a. dem Ausgleich zwischen prognostizierten und tatsächlichen Erlösen im System der Anreizregulierung. Das Regulierungskonto ist daher dem System der Netzentgeltregulierung in Deutschland immanent.

Dieses grundlegende Missverständnis über das deutsche Regulierungssystem zeigt sich zudem in Rn. 5, wo deutlich wird, dass die Kommission eine Genehmigungspflicht der Netzentgelte annimmt. Genehmigt wird in Deutschland aber allein die Erlösobergrenze im Wege der Festlegung, nicht hingegen das Netzentgelt.

Ferner wird aus der Darstellung der Kommission nicht hinreichend deutlich, dass die sogenannte § 19-StromNEV-Umlage nicht von staatlichen Stellen gezahlt oder erstattet wird, sondern von den mit elektrischer Energie belieferten Letztverbrauchern als Netzkunden zu zahlen ist. Stattdessen legt die Beschreibung der Maßnahme einen Schwerpunkt auf die zwischen den Netzbetreibern der verschiedenen Spannungsstufen und den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichenden Erlösausfälle sowie der daraufhin berechneten § 19-Umlage, die im Ergebnis den Ausgleich der den Netzbetreibern entgangenen Erlöse darstellt.

In Ergänzung der Ausführungen der Kommission wird nachfolgend die Funktionsweise, die Entstehung und die Bedeutung der Umlage sowie die Funktion des in § 5 ARegV geregelten Regulierungskontos dargestellt:

2. Hintergrund für den Umlagemechanismus des § 19 Abs. 2 StromNEV

Für die Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs dürfen Netzbetreiber ein angemessenes Entgelt verlangen, §§ 20 Abs. 1, 21 EnWG, Art. 32 Abs. 1 RL 2009/72/EG („EltRL“). Zur Umsetzung dieser Anforderungen hat Deutschland die Anreizregulierung eingeführt.

a) Allgemeines System der Anreizregulierung mit der Festlegung einer Erlösobergrenze - keine Genehmigung von Netzentgelten

Hierzu setzt die zuständige Regulierungsbehörde eine Erlösobergrenze fest (§ 4 ARegV). Aufgrund der individuell für jeden Netzbetreiber festgelegten Erlösobergrenze ermittelt jeder Netzbetreiber seine Netzentgelte, wobei die Kosten vorgelagerter Netz- und Umspannebenen – ggf. auch anderer Netzbetreiber – mit einzustellen sind. Grundsätzlich vereinnahmt der Netzbetreiber, aus dessen Netz der Letztverbraucher elektrische Energie bezieht, also die Netzentgelte vorgelagerter Netz- und Umspannebenen.

Die Befreiung der stromintensiven Verbraucher geht zunächst zu Lasten des Verteilernetzbetreibers, an dessen Netz die befreiten Verbraucher angeschlossen sind und

aus dessen Netz sie ihre elektrische Energie beziehen. Die Befreiung führt dazu, dass der Verteilernetzbetreiber für die tatsächliche Inanspruchnahme seines Verteilernetzes durch einen befreiten Netzkunden keine Netzentgelte in Rechnung stellen kann und ihm somit ein Erlösausfall entsteht. Entsprechendes gilt für Übertragungsnetzbetreiber, soweit Letztverbraucher unmittelbar an sie angeschlossen sind.

Deswegen ist der Ausgangspunkt der Kommission in Rn. 5 rechtlich nicht haltbar. Dort heißt es zunächst noch zutreffend, dass die Netzentgelte in Deutschland von den Netzbetreibern festgesetzt würden. Wenn die Kommission aber weiter ausführt, dass die von den Netzbetreibern zuvor festgesetzten Netzentgelte der Genehmigung unterlägen, knüpft sie damit erkennbar an eine veraltete Rechtslage an. Die Rechtslage, auf die die Kommission abstellt, ist die des § 23a Abs. 1, 1. Halbsatz in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG. Diese Normen regelten in Verbindung mit der StromNEV bis zum Inkrafttreten der ARegV am 6. November 2007, die ein System der Anreizregulierung eingeführt hat, die kostenbasierte Entgeltbildung.

Richtigerweise legen die Regulierungsbehörden in Deutschland im Rahmen der Anreizregulierung auf Antrag der Netzbetreiber allein die Erlösobergrenze fest. Aus dieser Erlösobergrenze bilden die Netzbetreiber selbständig die Netzentgelte, die ihrerseits nicht mehr genehmigt werden.

b) Erlösausfälle bei den Verteilernetzbetreibern

Die weitere von der Kommission aufgrund ihres Missverständnisses übersehene Konsequenz bezüglich der Netzentgeltregulierung in Deutschland ist, dass die Kosten des Netzbetriebs dann nicht gedeckt sind, wenn Erlösausfälle für den Netzzugang zu verzeichnen sind. Denn wesentliche Basis der Netzentgelte ist die Erlösobergrenze nach § 4 ARegV. Diese wird im Wesentlichen kostenbasiert anhand der Regelungen der StromNEV ermittelt (§ 17 Abs. 1 ARegV). Mit anderen Worten: Würden die Erlösausfälle der Verteilernetzbetreiber nicht gedeckt, entstünde eine Kostenunterdeckung des betreffenden Verteilernetzes.

Allerdings sind solche möglichen Kostenunterdeckungen keine ausschließlichen Besonderheiten der Netzentgeltbefreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV. Solche Kostenunterdeckungen können auch im „normalen“ Netzbetrieb eintreten. Denn die Erlösobergrenze ist letztlich nicht flexibel. Daraus folgt, dass alle Abweichungen der tatsächlichen Netznutzung von der für die bei der Kalkulation der Erlösobergrenze betrachteten Ex-ante-Situation zu Abweichungen bei den vom Netzbetreiber erzielten Erlösen oder Kosten führen können. Diese rechnerischen Differenzen (z.B. Erlösausfälle) werden auf dem Regulierungskonto erfasst. Übersteigen diese Erlösausfälle einen bestimmten Umfang (5 %), können sie bei der kalenderjährlichen Anpassung der Netzentgelte durch den Netzbetreiber selbst (und nicht etwa durch die Regulierungsbehörde) berücksichtigt werden, § 5 Abs. 3 ARegV. Das Regulierungskonto ist damit dem deutschen

System der Anreizregulierung immanent und kein besonderes Instrument der Netzentgeltbefreiung.

3. Wälzung der § 19-Umlage

Die durch die Befreiung stromintensiver Letztverbraucher entstehenden Erlösausfälle der Netzbetreiber werden jedoch – mit Ausnahme der für das Jahr 2011 bereits eingetretenen Ausfälle – nicht über das Regulierungskonto ausgeglichen, sondern über die § 19-Umlage gewälzt. Dies bedeutet, dass die Erlösausfälle der Verteilernetzbetreiber gemäß der Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV zunächst durch den Übertragungsnetzbetreiber erstattet werden, in dessen Regelzone der Verteilernetzbetreiber das Netz betreibt. Anschließend gleichen die Übertragungsnetzbetreiber die von ihnen erstatteten Zahlungen untereinander so aus, dass jeder Übertragungsnetzbetreiber proportional zu dem Letztverbraucherabsatz die gleichen finanziellen Belastungen zu tragen hat (§ 9 Abs. 3 KWKG). Ergänzend sei erwähnt, dass dieses Ausgleichssystem dem langjährig praktizierten Ausgleichssystem des Erneuerbare-Energien-Gesetzes („**EEG**“) nachempfunden ist. Letzteres wurde mit dem EEG 2000 eingeführt, um insbesondere Wettbewerbsbeeinträchtigungen zwischen unterschiedlich belasteten Übertragungsnetzbetreibern durch das bis dahin geltende Stromeinspeisungsgesetz („**StrEG**“) Rechnung zu tragen.

Aufgrund der saldierten und von den Übertragungsnetzbetreibern ausgeglichenen Erlösausfälle kann so nach dem Ausgleich der Übertragungsnetzbetreiber untereinander ein Preis für die § 19-Umlage gebildet werden. Diese stellt letztlich den Mehrpreis dar, den jeder Netzkunde bezogen auf seine individuellen Entnahmen aus dem Verteilernetz pro Kilowattstunde für die Befreiung der stromintensiven Verbraucher zu entrichten hat.

Diese Wälzung auf den Letztverbraucher beruht zunächst auf der gesetzlichen Regelung in § 9 Abs. 7 Satz 1 KWKG. Dort heißt es:

„Netzbetreiber sind berechtigt, geleistete Zuschlagszahlungen, soweit sie nicht erstattet worden sind, und Ausgleichszahlungen bei der Berechnung der Netzentgelte in Ansatz zu bringen, sofern sie die Zahlungen durch Testat eines Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers nachweisen. [...]

Hieran knüpft allein der üblicherweise als „Festlegung“ bezeichnete Beschluss der Bundesnetzagentur („**BNetzA**“) an,

Festlegung vom 14. Dezember 2011, BK8-11/024 – („Festlegung“).

Aus Ziffer 3 der Festlegung ergibt sich, dass die Netzbetreiber die § 19-Umlage von den Letztverbrauchern zu erheben und die Einnahmen an die Übertragungsnetzbetreiber weiterzuleiten haben, so dass letztlich die § 19-Umlage als anteilige Kosten pro Kilowattstunde von jedem Netzkunden gezahlt werden. Dabei ist die Weitergabe der

Einnahmen an die Übertragungsnetzbetreiber auch konsequent, denn diese hatten bereits zuvor die Erlösausfälle den Netzbetreibern erstattet. Im Ergebnis entspricht die Weiterleitung der Einnahmen aus der § 19-Umlage daher allein den Zahlungen, die die Übertragungsnetzbetreiber zuvor geleistet hatten. Die von der Kommission insoweit auch angesprochene Festlegung der Bundesnetzagentur konkretisiert daher allein die bereits gesetzliche durch § 9 KWKG vorgezeichnete Wälzungs- und Kostentragungssystematik.

Da allerdings die Ermittlung der § 19-Umlage auf den Zahlungen für vergangene Zeiträume beruht, ist die § 19-Umlage letztlich „nur“ eine hierauf gestützte Prognose, so dass es jeweils im Folgejahr diesbezüglich Korrekturen geben muss. Diesem Umstand trägt daher Ziffer 6 der Festlegung der BNetzA entsprechend dem System der Anreizregulierung Rechnung.

Davon zu unterscheiden ist die Erfassung von Befreiungen im Kalenderjahr 2011. Diese sind nach Ziffer 10 der Festlegung über das Regulierungskonto (§ 5 ARegV) auszugleichen. Jedenfalls stellt die Verbuchung auf dem Regulierungskonto keine staatliche Verwaltung oder Zahlung von Geldern dar, sondern ermöglicht allein dem betroffenen Netzbetreiber, einen etwaigen Saldo des Regulierungskontos bei der eigenen kalenderjährlichen Überprüfung der Netzentgelte zu berücksichtigen (§ 5 Abs. 3 ARegV). Allein im letzten Jahr der jeweiligen Regulierungsperiode erfolgt ein Abgleich der Salden durch die BNetzA (§ 5 Abs. 4 ARegV), was letztlich konsequent ist, weil dies Einfluss auf die Erlösobergrenze der nächsten Regulierungsperiode hat.

4. Darstellung der Befreiung von Letztverbrauchern

Die Darstellung der Kommission in Randnummern 7 und 8 zur Befreiung der stromintensiven Letztverbraucher erweckt den Anschein, als prüfte ausschließlich die BNetzA (von Amts wegen), ob Letztverbraucher befreit werden. Das ist weder rechtlich zutreffend noch steht es mit der regulierungsbehördlichen Praxis in Deutschland im Einklang, wie sich auch aus dem Leitfaden der Bundesnetzagentur zur „Genehmigung von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV (Stand: Dezember 2012)“ ergibt.

Vielmehr ist ein Antrag erforderlich, § 19 Abs. 2 Satz 3 und 4 StromNEV. Dabei durchläuft der Antragsteller ein komplexes Antragsverfahren bei der zuständigen Regulierungsbehörde, dies können auch Landesregulierungsbehörden sein. Die zuständige Regulierungsbehörde wird auf Antrag des Letztverbrauchers – also nicht etwa von Amts wegen – tätig, wobei in der Praxis der Letztverbraucher sich häufig der Hilfe und Fachkompetenz des betroffenen Netzbetreibers versichert und in manchen Fällen der Antrag auch vom Netzbetreiber für den Letztverbraucher gestellt wird. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen der Netzentgeltbefreiung vor, so müssen die Regulierungsbehörden die Befreiung erteilen, ein wie auch immer gearteter Ermessens- oder Beurteilungsspielraum steht den Regulierungsbehörden bei der Entscheidung über die Befreiung nicht zu.

II. Beihilfenrechtliche Würdigung

Die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV verstößt nicht gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV. Nach dieser Bestimmung 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV erfüllt diese Voraussetzung nicht, sie ist deswegen keine Beihilfe. Denn zum einen begründet die Netzentgeltbefreiung keinen selektiven Vorteil von Unternehmen oder Produktionszweigen (nachfolgend **1.**). Zum anderen handelt es sich auch nicht um staatliche Mittel, die eingesetzt werden, sondern bei einem richtigen Verständnis des Regulierungskontos nach § 5 ARegV um eine vom Markt getragene und nicht durch öffentliche Mittel finanzierte Umlage (nachfolgend **2.**). Letztlich dürfte es zweifelhaft sein, ob der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch die Netzentgeltbefreiung tatsächlich beeinträchtigt wird, weil die Netzentgeltbefreiung bestenfalls dazu führt, dass die im europäischen Vergleich sehr hohen Strombeschaffungskosten auf ein durchschnittliches Niveau herabgesenkt werden (nachfolgend **3.**). Hierzu im Einzelnen:

1. Kein selektiver Vorteil

a) Kein Vorteil

Durch die Netzentgeltbefreiung stromintensiver Unternehmen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV wird kein Vorteil gewährt. Ein Vorteil ist anzunehmen, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Eine Beihilfe liegt sonach nicht vor, wenn dem gewährten Vorteil eine marktgerechte Gegenleistung des Begünstigten gegenübersteht. Dies trifft auf die von der § 19-Umlage begünstigten Unternehmen zu, da sie mit ihrem konstant hohen Netznutzungsverhalten wesentlich zur Stabilisierung des Netzes beitragen.

Für die Stabilität des Netzbetriebs ist eine kontinuierliche Mindesterzeugung aus Erzeugungsanlagen mit rotierenden Massen erforderlich, um bestimmte Systemdienstleistungen (Spannungs- und Frequenzhaltung, Kurzschlussfestigkeit, Blindleistungsbereitstellung) bereitstellen zu können. Dies muss jederzeit gewährleistet sein, auch z.B. bei Schwachlast und gleichzeitig hoher Einspeisung Erneuerbarer Energien. Daher ist dementsprechend eine gesicherte Mindestabnahme erforderlich, die durch Verbraucher mit kontinuierlicher Mindestabnahme nachgefragt wird, so dass ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der stets notwendigen Mindesterzeugung (Grundlast) und einer entsprechenden Mindestabnahme gewährleistet wird. Diese Mindestabnahme gewährleisten diejenigen Netznutzer, die die Voraussetzungen für die Netzentgeltbefreiung erfüllen.

Konstante Lasten leisten darüber hinaus einen Beitrag zur Frequenzhaltung: Durch den Selbstregelungseffekt der Last (rotierende Massen) können Frequenzausschläge abgemildert werden. Sinkt in einem Netz die Frequenz, reagieren die Drehstrommotoren mit einem Rückgang der Drehzahl und folglich der Leistungsaufnahme. Diese Trägheit dämpft eine weitere Frequenzabsenkung und trägt so dazu bei, dass die Frequenz wieder auf ihren Normalwert zurückgeführt werden kann. Dadurch wird die Frequenz stabilisiert.

Eine gleichmäßige Netznutzung bedeutet, dass entsprechende Verbraucher kontinuierlich eine bestimmte Last aus dem Netz abnehmen. Damit wird es möglich, im Falle eines aufgrund einer Unterfrequenz drohenden Systemzusammenbruchs (Blackout) diese Lasten sehr kurzfristig abzuwerfen, um das Netz wieder zu stabilisieren. Eine solche Notfallmaßnahme zur Blackout-Vermeidung ist nur mit solchen Lasten möglich, die planbar und kontinuierlich Strom entnehmen, so wie die der entgeltbefreiten Netznutzern.

Gerade bei sehr starker Einspeisung Erneuerbarer Energien einerseits und schwacher Stromnachfrage (z.B. an Feiertagen) andererseits vermögen kontinuierliche Stromabnehmer durch ihre Grundlastabnahme einen Beitrag zur Sicherung der Netzstabilität zu liefern, indem die starke Einspeisung Erneuerbarer Energien aufgenommen wird. Eine entsprechende Grundlastabnahme (v.a. bei Schwachlast und hoher Einspeisung Erneuerbarer Energien) dämpft auch den unkontrollierten Stromfluss ins Ausland (Ringflüsse). Auch hierfür bieten sich die großen Netznutzer geradezu an.

Insbesondere am frühen Morgen und am Abend, also zu Zeitpunkten mit signifikanten Rampen in der Verbrauchslast „normaler“ Letztverbraucher sind sogenannte „Stundensprünge“ im Frequenzverlauf zu verzeichnen. Diese Stundensprünge sind durch kurzzeitig sehr hohe Bilanzungleichgewichte gekennzeichnet, die einen hohen Bedarf an Sekundärregelenergie verursachen. Dieser Effekt wird auch in einem Gutachten zum Regelleistungsbedarf im Auftrag der BNetzA vom 17. Dezember 2010 beschrieben: Dem Gutachten zufolge belegen die von den Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten Daten Spitzen in der Bereitstellung von Sekundärregelenergie in Höhe von +/- 2.000 MW und Veränderungen der Regelzonenbilanz um mehr als 3.000 MW innerhalb weniger Minuten. Als eine der wahrscheinlichen Ursachen für das Auftreten dieses hohen und volatilen Regelleistungsbedarfs wird die Bewirtschaftung großer Lastbilanzkreise mit hohen Lastrampen im Stundenraster angenommen. Da die Standardhandelsprodukte an der Strombörse in der kleinsten Granularität einer vollen Stunde gehandelt werden, werden die versorgenden Bilanzkreise regelmäßig im Stundenraster gesteuert. Dadurch ergeben sich zwar ausgeglichene Bilanzen im Stundenraster, jedoch treten hohe Abweichungen im Viertelstundenraster auf. Das Gutachten bewertet den daraus resultierenden Mehrbedarf an Sekundärregelenergie im deutschen Netzregelverbund mit etwa 300 MW (positiv) bzw. 400 MW (negativ).

Hier zeigen Letztverbraucher mit einem gleichmäßigen Lastverlauf eine stabilisierende Wirkung: Durch den vernachlässigbar geringen Leistungsgradienten wird an den o.g.

Lastrampen nicht beigetragen und ein weiterer Anstieg des hohen zusätzlichen Regelleistungsbedarf zum Ausgleich der sogenannte „Stundensprünge“ vermieden.

Durch ihre netzstabilisierende Wirkung leisten die von der § 19-Umlage begünstigten Unternehmen einen maßgeblichen und unabdingbaren Beitrag zur Funktionsweise des Netzes insgesamt. Die ihnen gewährte Netzentgeltbefreiung stellt dazu eine marktgerechte Gegenleistung dar, die die konstante Netznutzung vergütet. So zahlen ja auch Kraftwerke trotz intensiver Nutzung des Netzes als unabdingbare Elemente eines funktionierenden Stromversorgungssystems keine Netzentgelte.

b) Keine Selektivität

Ein etwaig gewährter Vorteil muss zudem einen selektiven Charakter haben. Die Selektivität muss sich im Vergleich zu dem allgemeinen System ergeben, dem der gewährte Vorteil angehört. Eine Beihilfe ist demnach nicht anzunehmen, wenn sich die Begünstigung eines Unternehmens aus der unterschiedlichen Belastung von Unternehmen ergibt und die ungleiche Behandlung notwendiger Bestandteil der Regelung eines Sachbereichs ist. Notwendiger Bestandteil ist sie dann, wenn sie

„aus der Natur und dem inneren Aufbau der Lastenregelung folgt“, EuGH, Rs. C-279/08, Urteil vom 8. September 2011 (Kommission/Niederlande), Rn. 62,

und damit

„systemimmanent“, EuGH, Rs. C-53/00, Urteil vom 22. November 2001 („Ferring“), Rn. 17,

ist.

Dies trifft auf § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV zu. Die Systematik der Netzentgeltbildung basiert im Kern auf einem Höchstlastanteilverfahren. Dies hat eine gewisse Durchschnittsbetrachtung und Verallgemeinerung zur Folge, wodurch die allgemeine Netzentgeltsystematik bestimmte Sachverhalte nicht berücksichtigt und daher für bestimmte Fallkonstellationen zu nicht verursachungsgerechten Netzentgelten führt. Um solche Probleme zu korrigieren, sind Ergänzungen zu den allgemeinen Regeln der Netzentgeltbildung erforderlich. Dies hat der Verordnungsgeber erkannt und die Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV geschaffen. Die Ergänzung der allgemeinen durch diese Regelungen ist notwendig, um Fälle zu berücksichtigen, in denen das individuelle Netznutzungsverhalten von dem im Rahmen der Durchschnittsbildung zugrunde gelegten „typischen“ Netznutzungsverhalten abweicht, beispielsweise bei der Regelung zur atypischen Netznutzung. Die Regelung der in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vorausgesetzten kontinuierliche Netznutzung ist im Kontext der diese allgemeine Systematik ergänzenden bzw. korrigierenden Maßnahmen zu sehen.

Die netzentgeltbefreiten Unternehmen tragen mit ihrer netzstabilisierenden Wirkung zudem wesentlich dazu bei, die netzspezifischen Kosten insgesamt zu verringern. Die über das Jahr nahezu konstante Stromabnahme reduziert die relative Schwankungsbreite der gesamten Last. Dies führt zu einer besseren Prognostizierbarkeit (Schwankungen treten lediglich oberhalb der gesicherten Grundlastabnahme auf) und damit zu einem reduzierten Ausgleichs- und Regelenergiebedarf (insbesondere Sekundär- und Minutenreserve), wodurch die Netzkosten reduziert werden.

Gleichmäßige Stromabnahme erleichtert die Bestimmung des Netzausbaubedarfs: Lediglich für die oberhalb der stabilen Grundlastabnahme liegenden Verbrauchsschwankungen treten Prognoseunsicherheiten auf, denen durch einen zusätzlichen Netzausbau begegnet werden muss. Dies reduziert die Netz(ausbau)kosten.

Eine unzureichende Mindestabnahme hat zu Zeiten hoher volatiler Einspeisungen typischerweise zusätzliche Eingriffe ins Netz bzw. in die Erzeugung zur Folge, mit entsprechenden Kosten, die aufgrund der Zunahme der fluktuierenden Einspeisung zukünftig noch bedeutsamer werden können.

Eine kontinuierliche Stromabnahme ermöglicht zudem beispielsweise in Starkwindzeiten eine hohe Stromeinspeisung aus Erneuerbaren Energien in das Netz aufzunehmen. Dadurch kann auf eine ansonsten u.U. erforderliche Abregelung von Erneuerbare Energien-Anlagen verzichtet werden. Da die Erzeugung Erneuerbarer Energien weitgehend zu Grenzkosten von Null erfolgt, sinken dadurch die variablen Kosten („Brennstoffkosten“) des Systems.

Ein großer Kostenblock im Netzbereich ist der Netzbetrieb, d. h. Systemdienstleistungen. Die Systemdienstleistungen sind aber umso kostengünstiger zu erbringen, je mehr Grundlastverbraucher und dementsprechend Grundlastkraftwerke am Netz sind (v.a. konventionelle Kraftwerke bieten Systemdienstleistungen an). Um eine solche kontinuierliche Grundlasteinspeisung zu ermöglichen, ist eine entsprechende kontinuierliche Abnahme erforderlich (s.o.)

Den besonderen systemstabilisierenden Eigenschaften einer gleichmäßigen Stromabnahme wird durch diese differenzierte Behandlung solcher Kunden Rechnung getragen. Dadurch wird die erforderliche kontinuierliche Grundlastentnahme angereizt, was vom allgemeinen Netzentgeltsystem der StromNEV nicht ausreichend sichergestellt werden kann. Die Netzentgeltbefreiung gewährleistet somit ein Maß an Stabilität und Planbarkeit bezüglich der Netzkosten, das ohne die Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht erreicht werden könnte. § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV ist daher ein unabdingbarer integraler Bestandteil der deutschen Systematik der Netzentgeltbildung.

2. Keine Staatlichkeit der Mittel

Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt zudem voraus, dass der gewährte Vorteil staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt wurde. Erforderlich zur Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals ist entweder eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel (**dazu unten a**)) oder eine Vergabe der Mittel aufgrund einer dem Staat zurechenbaren Verhaltensweise (**dazu unten b**)).

Beides liegt im Falle der Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht vor.

a) Keine Übertragung staatlicher Mittel

Eine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel ist dann anzunehmen, wenn die fragliche Regelung auf die Schaffung eines Vorteils abzielt, welcher eine zusätzliche Belastung für den Staatshaushalt darstellt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn mit der Regelung lediglich der Rahmen verändert werden soll, innerhalb dessen die vertraglichen Beziehungen zwischen Unternehmen zustande kommen,

EuGH, Urteil vom 17. März 1993, C-72/91 und C-73/91 („Sloman Neptun“), Rn. 21.

Die Netzentgeltbefreiung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV führt nicht zu einer Belastung des Staatshaushaltes, da sie nicht durch Mittel des Staates sondern von privaten Dritten finanziert wird. Er regelt lediglich den Rahmen der privatrechtlichen Beziehungen der Netzbetreiber und Netznutzer untereinander.

Denn anders als etwa in der Rechtssache Essent, in der der EuGH eine Übertragung staatlicher Mittel annahm,

EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008, C-206/06 („Essent“), Rn. 66.

ist im Rahmen der Finanzierung der Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 StromNEV in Deutschland keine staatlich vorgesehene feste Finanzierung vorgesehen. Die Besonderheit im Fall Essent lag darin, dass die holländischen Netzbetreiber einen Fonds gegründet hatten, der nicht von vornherein oder anhand von abstrakten Merkmalen bestimmte Kosten zu tragen hatte, sondern eine eher grob umschriebene Aufgabe der Finanzierung verlorener Kosten sowie der Förderung der Fernheizung und Kohlevergasung zum Gegenstand hatte. Zudem waren die einen bestimmten Betrag überschreitenden Einnahmen (konkret: 400 Mio. NLG pro Jahr) an den Minister abzuführen. Die Einnahmen im Fall Essent waren wiederum durch einen festen Aufschlag auf den Strompreis determiniert, ohne dass es im Nachhinein eine Spitzabrechnung mit entsprechender Korrektur für die Zukunft gegeben hätte.

Außerdem war im Fall Essent der für die Einziehung der Tarifaufschläge zuständige Netzbetreiber im Eigentum von staatlichen Körperschaften, nämlich von Gemeinden und

Regionen. Die Übertragungsnetzbetreiber in Deutschland hingegen sind überwiegend nicht im Eigentum der deutschen öffentlichen Hand, allein TransnetBW ist noch staatlich gehalten.

Zu diesem Unterscheidungsmerkmal Schlussanträge des Generalanwalts Paolo Mengozzi zur Rechtssache C-206/06 („Essent“), Tz. 99.

Die § 19-Umlage wird durch die Übertragungsnetzbetreiber selbst und ohne staatliche Kontrolle auf der Grundlage der durch die Befreiung entgangenen Erlöse berechnet. Die zur Finanzierung dieser Befreiung erforderlichen Mittel werden allein von privaten Dritten erbracht und umgelegt. Somit beruht die § 19-Umlage nach den Maßstäben der Essent-Entscheidung nicht auf staatlichen Mitteln.

Anders als im Fall Steinike & Weinlig

EuGH, Urteil vom 22. März 1977, Rs 78/76 („Steinike & Weinlig“), Rn. 22 der Entscheidungsgründe,

handelt es sich bei der zur Finanzierung der Netzentgeltbefreiung verwendeten § 19-Umlage auch nicht um staatlich erhobene Beiträge („Abgaben“). Die Umlage stellt vielmehr ein privatrechtliches Entgelt dar, das dadurch begründet ist, dass nicht alle Netznutzer in gleicher Weise zur Finanzierung der Kosten des Stromnetzes herangezogen werden. Eine unmittelbare hoheitliche Durchsetzung der § 19-Umlage ist – anders als bei sonstigen staatlichen Abgaben – nicht möglich.

Wie in der Rechtssache van Tiggele, in der der EuGH eine Festsetzung von Mindestpreisen für bestimmte alkoholische Getränke im Einzelhandel nicht als Beihilfe einstufte,

EuGH, Urteil vom 24. Januar 1978, Rs. 82/77 („Van Tiggele“), Rn. 23/25.

belastet auch die Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht den Staatshaushalt, da der Vorteil der Netzentgeltbefreiten allein durch die Verbraucher finanziert wird.

Im Zusammenhang mit der Finanzierung von Maßnahmen im Strombereich führte der EuGH diese Kasuistik fort und entschied in der Rechtssache PreussenElektra, dass die Pflicht bestimmter Elektrizitätsversorgungsunternehmen, aus erneuerbaren Energien erzeugten Strom zu gesetzlich festgesetzten Mindestpreisen abzunehmen, keine Beihilfe darstellt, da der den Ökostrom-Erzeugern gewährte Vorteil

„nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel“

führt und folglich

„auch die Aufteilung der sich für die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen aus der Abnahmepflicht ergebenden

finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel darstellen“

kann,

EuGH, Urteil vom 13. März 2001, C-379/98 („PreussenElektra“), Rn. 59.

Ebenso entschied der EuGH in der Rechtssache Pearle, dass keine staatlichen Mittel vorliegen, wenn diese von den Begünstigten zu einem bestimmten Zweck vollständig erbracht werden und eine derartige Vergünstigung deshalb keine zusätzliche Belastung für den Staat darstellt,

EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, C-345/02 („Pearle“), Rn. 36.

Auch bei der Netzentgeltbefreiung tragen allein die Netzkunden, einschließlich der entgeltbefreiten Netzkunden, die Kosten für die Befreiung der stromintensiven Industrie. Die Kosten tragen mithin diejenigen, die auch von einem funktionierenden Stromnetz profitieren.

Auch das Umlagesystem nach dem deutschen Gesetz zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung aus dem Jahr 2000 (nachfolgend KWKG 2000) unterlag bereits der beihilfenrechtlichen Prüfung durch die Kommission und wurde von dieser für mit dem gemeinsamen Markt vereinbar erklärt, da es

„keinen Transfer staatlicher Mittel einschließt“, Entscheidung der Kommission vom 22. Mai 2002 - Staatliche Beihilfe NN 68/2000 – Deutschland zum KWKG-Gesetz, C (2002) 1889fin.

Nach dieser Logik kann auch die Netzentgeltbefreiung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Denn das System der Netzentgeltbefreiung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV beruht auf einem Umlagesystem, das keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel enthält, sondern allein durch die Marktteilnehmer finanziert wird. § 19 Abs. 2 StromNEV sowie die Festlegung der Bundesnetzagentur verweisen ausdrücklich auf die Mechanismen des KWKG in seiner heutigen Fassung, die denen des KWKG 2000 entsprechen.

Das ist deshalb hervorhebenswert, weil das seinerzeitige KWKG 2000 Gegenstand einer Vielzahl von Entscheidungen des obersten deutschen Zivilgerichts, dem Bundesgerichtshof (BGH), war,

BGH, RdE 2004, 164 – E.ON Sales and Trading; BGH, RdE 2004, S. 167 – Infra Leuna I; BGH, Urteil vom 14. Juli 2004, VIII ZR 345/03 – Schwarze Pumpe; BGH, NVwZ-RR 2006, S. 113 ff.; BGH; NVwZ 2008, S. 1154 ff.; BGH, RdE 2008, S. 372 ff. – Infra Leuna II; BGH, RdE 2011, S. 408 ff.

Weder der BGH noch – erst recht – die Kommission hatten seinerzeit durchgreifende Zweifel an der Vereinbarkeit des KWKG 2000 mit europäischem Recht, obwohl dies in den Verfahren teilweise gerügt wurde und auch Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen war,

vgl. Scholz/Krohs, KWK-Förderung in Deutschland und EG-rechtliche Warenverkehrsfreiheit, RdE 2003, S. 1 ff.; Büdenbender, ET 2001, S. 298, 301; Frenz, Quoten, Zertifikate und Gemeinschaftsrecht, DVBl 2001, S. 673 ff. u. a. mit Ausführungen zur Beihilfe Problematik (S. 679 ff.).

Dabei enthielt auch seinerzeit das KWKG 2000 eine dem aktuellen § 9 KWKG vergleichbare Regelung,

so ausdrücklich Salje in seiner Kommentierung zu § 9 KWKG, der mit dem KWKG 2002 eingeführt wurde; Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2002, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2004, § 9 Rn. 7.

So regelte § 5 KWKG 2000 den Belastungsausgleich der Netzbetreiber, einschließlich der Übertragungsnetzbetreiber. Salje führte hierzu bereits in der ersten Kommentierung zum KWKG 2000 aus:

*„Die verbleibenden Mehraufwendungen [...] nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 ist daher **als zwangsläufiger Aufwand bei der Übertragung von Elektrizität** in Ansatz zu bringen.“*

Salje, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, Köln 2001, § 5 Rn. 62.

Entsprechend der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 4 KWKG 2000 wurden die von den Netzbetreibern zu tragenden Lasten bei den Netzentgelten in Ansatz gebracht:

„Nicht vermeidbare Mehraufwendungen auf Grund der Verpflichtungen nach den Sätzen 1 und 2 können bei der Ermittlung des Netznutzungsentgelts in Ansatz gebracht werden.“

Auch wenn der Verfahrenseröffnungsbeschluss der Kommission nicht die Regelungen des KWKG als solche betrifft, so wird doch deutlich, dass die von § 19 Abs. 2 StromNEV vorgezeichnete Wälzung unter Verweis auf die Systematik des KWKG bereits praxiserprobt und von der Kommission in ihrer Entscheidung vom 22. Mai 2002 ausdrücklich gebilligt wurde. Dabei erfasste die Kommission seinerzeit die Konsequenz des Wälzungsmechanismus im Sachverhalt zutreffend:

„Nicht vermeidbare Mehraufwendungen dürfen Netzbetreiber auf das Netznutzungsentgelt aufschlagen.“

Entscheidung der KOM vom 22. Mai 2002, C(2002) 1889 fin., S. 2.

Diese Einschätzung ist auf das hier in Rede stehende Umlagesystem zur Finanzierung der Netzentgeltbefreiung nach § 19 Abs. 2 StromNEV zu übertragen. Wird ein Letztverbraucher gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV von der Netzentgeltspflicht befreit, so „wälzt“ derjenige Netzbetreiber, aus dessen Netz der von der Entgeltspflicht befreite Letztverbraucher seinen Strom bezieht, die entgangenen Erlöse auf die Übertragungsebene. Die vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber verteilen diese Belastung wiederum entsprechend ihrem Anteil an der Stromübertragung gleichmäßig untereinander und gleichen etwaige Differenzen durch Zahlungen untereinander aus. Auf diese Weise ist jede in Deutschland durch ein Netz der öffentlichen Versorgung geleitete Einheit elektrischer Arbeit (kWh) gleichermaßen an der Finanzierung der Netzentgeltbefreiung beteiligt.

Anders als in Rn. 65 des Verfahrenseröffnungsbeschlusses der Kommission beschrieben handeln die vier Übertragungsnetzbetreiber dabei autonom und eben nicht fondsähnlich, sie stimmen sich nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe untereinander ab. Die Verantwortung der einzelnen Übertragungsnetzbetreiber für ihren Netzbetrieb wird durch diese Regelung gerade nicht auf eine gemeinsame Verantwortungsebene aller Übertragungsnetzbetreiber übertragen, sondern bleibt singulär. Dass es eine gemeinsame Projektgruppe Horizontaler Belastungsausgleich gibt, ändert nichts an dieser Tatsache. Vielmehr bemühen sich die Übertragungsnetzbetreiber – wie auch bei vielen anderen Fragen, die sich ihnen in gleicher Weise stellen – um eine einheitliche Vorgehensweise gegenüber Dritten. Um eine derartige Einheitlichkeit sind die Übertragungsnetzbetreiber auch in technischen Fragen sowie beispielsweise bei der Festsetzung allgemeiner Regeln zur Höhe der Entschädigung für Enteignungen (bei Leitungsvorhaben) bemüht. Gleichwohl bleibt es auch in diesen Fällen bei der jeweils singulären Verantwortlichkeit des jeweiligen Übertragungsnetzbetreibers.

Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht auch die folgende Kontrollüberlegung: Hätte der jeweilige Netzbetreiber, in dessen Netz ein Entgelt befreiter Kunde Strom bezieht, nicht die Möglichkeit der Refinanzierung in analoger Anwendung von § 9 KWKG, so führte die Netzentgeltbefreiung nach den allgemeinen Regelungen der Anreizregulierung dazu, dass den Netzkosten geringere Erlöse gegenüber stünden. Dies führte wiederum dazu, dass der Netzbetreiber berechtigt wäre, von den nicht befreiten Stromkunden höhere Netznutzungsentgelte zu verlangen. Dies hätte weiter zur Konsequenz, dass in Netzgebieten, in denen besonders viele Entgelt befreite Kunden Strom bezögen, die Netzentgelte für die nicht befreiten Stromkunden besonders hoch wären. Die Tatsache, dass durch den Ausgleichsmechanismus nach § 9 KWKG diese Folge vermieden und eine gleichmäßige Belastung der Netzkunden bundesweit erfolgen soll, ändert nichts daran, dass es weiterhin bei einer privat durch eine durch die Übertragungsnetzbetreiber festgelegte Marktumlage finanzierten Netzentgeltbefreiung bleibt, die nicht mittelbar oder unmittelbar aus staatlichen Mitteln erfolgt.

b) Keine Zurechenbarkeit

Die Maßnahme ist auch nicht dem Staat zurechenbar. Insbesondere reicht es nicht aus, wie die Kommission in Rn. 36 ihres Eröffnungsbeschlusses eine Zurechenbarkeit der Netzentgeltbefreiung allein aufgrund der Tatsache anzunehmen, dass diese auf einer Rechtsvorschrift beruht,

EuGH, Urteil vom 30. November 1993, C-189/91 („Krisammer-Hack“), Rn. 17.

Denn eine solche Regelung kann wie im zitierten Fall auch lediglich den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, die privatrechtlichen Beziehungen der Marktteilnehmer untereinander zu regeln.

Von einer Zurechenbarkeit ist nach der Rechtsprechung des EuGH vielmehr auszugehen, wenn ein öffentliches oder privates Unternehmen oder eine öffentliche oder private Einrichtung damit beauftragt ist, die Mittel zu verwalten oder zu verteilen. Wenn also die Mittelvergabe staatlicher Kontrolle unterliegt und das Unternehmen oder die Einrichtung dadurch als „verlängerter Arm“ des Staates handelt. Ausgehend von der Rechtsprechung im Fall Stardust-Marine entwickelte der EuGH verschiedene Kriterien, die auf eine Zurechenbarkeit schließen lassen.

Dem Fall lag die Zurechenbarkeit einer Beihilfemaßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat zugrunde, deren gewährte Mittel als staatlich zu qualifizieren waren, weil sie

„ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen“, EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002, C-482/99 („Stardust Marine“), Rn. 37.

Die Zurechenbarkeit ist laut EuGH aus einem Komplex von Indizien abzuleiten, insbesondere etwa dem,

„dass die fragliche Einrichtung die beanstandete Entscheidung nicht treffen konnte, ohne den Anforderungen der öffentlichen Stellen Rechnung zu tragen“, ebenda, Rn. 55.

Weitere Anzeichen einer Zurechenbarkeit können sein, dass das Unternehmen oder die Einrichtung Weisungen staatlicher Stellen zu berücksichtigen haben, sie in öffentliche Verwaltungsstrukturen eingebunden sind oder der Aufsicht staatlicher Stellen unterstehen, die über die Geschäftsleitung des Unternehmens ausgeübt wird.

In der Rechtssache Steinike & Weinlig etwa bejahte der EuGH den Beihilfentatbestand, weil eine private Einrichtungen mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden war,

EuGH, Urteil vom 22. März 1977, Rs 78/76 („Steinike & Weinlig“), Rn. 22.

Dem Fall lag ein Fonds zugrunde, der zum Teil aus unmittelbaren Subventionen des Staates finanziert wurde, deren Höhe und Erhebungsgrundlage durch das Gesetz über die Errichtung des Fonds festgelegt waren und der als Instrument zur Umsetzung einer vom Staat festgelegten Politik, nämlich der Förderung der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft diente.

Auch im Verfahren zum österreichischen Ökostromgesetz bejahte die Kommission den Beihilfentatbestand, da der dort erhobene Verrechnungspreis an eine Stelle gezahlt wurde, die speziell mit der Erhebung und Verteilung dieser Mittel ausschließlich für Zwecke öffentlichen Interesses beauftragt war,

Entscheidung der Kommission, C 24/2009 v. 22. Juli 2009, KOM(2009) 3548, Rn. 68.

Dies alles trifft jedoch auf die § 19-Umlage nicht zu. Denn die Mittel werden nicht über eine vom Staat benannte oder errichtete Einrichtung gewährt. Zwischen der originären Mittelaufbringung durch die Stromverbraucher und der Vorteilsgewährung ist keine öffentliche oder private Institution zwischengeschaltet, die eine ständige Kontrolle ausüben und Einfluss auf die Vorteilsgewährung nehmen könnte. Vielmehr sind die Unternehmen zum Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet, die keiner staatlichen Kontrolle unterliegen.

Insbesondere sind die Übertragungsnetzbetreiber nicht mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden. Im Gegensatz zu den oben zitierten Entscheidungen ist die § 19-Umlage weder in ihrer Höhe von staatlicher Seite vorgegeben, noch haben die Übertragungsnetzbetreiber die Aufgabe, die Umlage zu erheben oder zu verteilen. Die Mittel zur Finanzierung der § 19-Umlage werden nicht unmittelbar an die Übertragungsnetzbetreiber gezahlt, so dass diese auch nicht über einen Pool von Mitteln verfügen, den sie verwalten könnten. Dies ergibt sich aus der Festlegung der Bundesnetzagentur. Sie enthält Regelungen zur Organisation des Umlagesystems, die ausschließlich die Marktteilnehmer untereinander betreffen.

Demnach fließen die Mittel, wie im Fall PreussenElektra, ausschließlich zwischen Marktteilnehmern, die normalen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen. Das Umlagesystem entspricht in seiner Gesamtheit der Netzregulierung in Deutschland in Form der Anreizregulierung. Es ist so konzipiert, dass es den Bedürfnissen des Marktes folgt.

Zwar zählt die Kommission in Rn. 64 ihres Beschlusses die Pflichten der Übertragungsnetzbetreiber auf der Grundlage des Beschlusses der Bundesnetzagentur korrekt auf. Diese betreffen aber ausschließlich Pflichten, die der Funktionsweise des Umlagesystems dienen und die sich in gleicher oder ähnlicher Weise auch im System der Anreizregulierung wiederfinden. Warum aufgrund dieser Pflichten eine Beauftragung zur Verwaltung staatlicher Mittel gegeben sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die Höhe der zu erhebenden Umlage bestimmt sich im Ergebnis nach der Anzahl der befreiten Unternehmen. Die Übertragungsnetzbetreiber können frei über ihre finanziellen Mittel verfügen, es bestehen keine rechtlichen Vorgaben zur Verwendung derselben. Die Festlegung sieht lediglich die Verpflichtung vor, dass eine Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben im Rahmen der Umlage im folgenden Kalenderjahr abgezogen oder aufgeschlagen wird, im Übrigen enthält sie im Wesentlichen die Berechnungsgrundlage, aufgrund derer die Übertragungsnetzbetreiber die Höhe der § 19-Umlage ermitteln. Dementsprechend bestimmen die Übertragungsnetzbetreiber auf der in der Festlegung bestimmten Berechnungsgrundlage die Höhe der § 19-Umlage selbst, ohne dass sie noch einer Genehmigung der Bundesnetzagentur bedürfte,

Festlegung der Bundesnetzagentur v. 14. Dezember 2011, BK8-11/024, S. 20.

Zum Ausgleich unterschiedlicher Belastungen aus der § 19-Umlage führen die Übertragungsnetzbetreiber untereinander einen finanziellen horizontalen Belastungsausgleich durch. Die Festlegung sieht insgesamt eine kostenorientierte Umlage ohne Entscheidungen über Mehr- oder Mindereinnahmen vor. Durch die dort geregelte prognostische Bestimmung der Umlage wird eine etwaige Differenz im folgenden Kalenderjahr abgezogen oder aufgeschlagen. In diesem Sinne organisieren die Übertragungsnetzbetreiber das Umlagesystem, das jedoch allein dem Funktionieren der erforderlichen Finanzströme ihrer Eigenmittel dient. Der Mitteltransfer von den nicht privilegierten Letztverbrauchern hin zu den privilegierten Letztverbrauchern vollzieht sich in diesem System ausschließlich innerhalb privatrechtlicher, vertraglicher Beziehungen. Die Aufgabe der Bundesnetzagentur beschränkt sich dabei im Wesentlichen darauf, auf Antrag die Befreiung von den Netzentgelten zu erteilen. Bei dieser Entscheidung steht ihr kein Ermessen zu, es handelt sich um eine gebunden Entscheidung, weshalb der Regulierungsbehörde auch dadurch keinerlei Einflussmöglichkeit oder Kontrolle zukommt.

Auch besteht entgegen der Auffassung der Kommission kein Kontrollmechanismus in Form eines Regulierungskontos. Anders als im Fall des österreichischen Ökostromgesetzes, in dem die auf einem Bankkonto eingegangenen Mittel ausschließlich für die Abnahme von Ökostrom verwendet werden dürfen und dem zuständigen Minister sowie dem Rechnungshof jederzeit Einsicht in sämtliche das Konto betreffende Unterlagen zu gewähren ist,

Entscheidung der Kommission, C 24/2009 v. 22. Juli 2009, KOM(2009) 3548, Rn. 72, 73,

ermöglichte das Regulierungskonto im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur lediglich den Abgleich der Soll- mit den Ist-Beträgen bei der Festlegung der Erlösbergrenze für das Jahr 2011. Dem Regulierungskonto kam damit eine integrale Funktion bei der Organisation des Umlagesystems zu, um den Ausgleich der auf den Ist-Kosten der Vergangenheit beruhenden Umlage mit den tatsächlichen Erlösausfällen in der Zukunft

sicher zu stellen. Die Bundesnetzagentur erlangte dadurch weder Einfluss auf die Beträge, die auf das Regulierungskonto verbucht wurden, noch stand ihr eine Entscheidung über dessen Verwendung zu. Daher begründet die Bestimmung, dass die entgangenen Erlöse für das Jahr 2011 nicht im Umlageverfahren, sondern durch entsprechende Gutschriften auf dem Regulierungskonto auszugleichen waren, keine „Staatlichkeit“ der Finanzierung der Netzentgeltbefreiung. Dieses Argument trüge ohnehin lediglich für das Jahr 2011, da seit dem Jahr 2012 die entgangenen Erlöse aus der Netzentgeltbefreiung nicht mehr über das Regulierungskonto, sondern über die Sonderkundenumlage finanziert werden.

Die § 19-Umlage kann dem Staat unter keinem der vom EuGH entwickelten Kriterien zugerechnet werden. Insbesondere im Hinblick auf das Urteil in der Rechtssache PreussenElektra und entsprechend der Kommissionsentscheidung zum KWKG 2000 kann mit den dargelegten Gründen eine Staatlichkeit der Mittel im Rahmen der Netzentgeltbefreiung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht angenommen werden. Würde das System der Umlagefinanzierung gegen Beihilferecht verstoßen, stünde damit das gesamte System der Netzregulierung nach der Anreizregulierungsverordnung in Deutschland zur beihilferechtlichen Disposition.

3. Keine Verfälschung des Wettbewerbs und keine Beeinträchtigung des Handels

Auch eine drohende Verfälschung des Wettbewerbs und eine Beeinträchtigung des Handels liegt unserer Ansicht nach nicht vor. Denn die Netzentgeltbefreiung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV stellt zuvorderst eine Verminderung der übermäßigen Belastung durch besonders hohe Stromnetzentgelte dar und gleicht somit lediglich einen Wettbewerbsnachteil deutscher Industriebetriebe aus. Dieser Wettbewerbsnachteil ist darauf zurückzuführen, dass durch den Ausbau erneuerbarer Energien und der damit einhergehenden Erzeugung lastferner Energien der Netzbetrieb erheblich aufwendiger geworden ist. Stark schwankende und lastunabhängige Stromeinspeisungen aus erneuerbaren Energien müssen abgefangen werden, wodurch höhere Kosten im Netz entstehen. Wenn diese besondere Belastung der Stromkunden in Deutschland durch eine teilweise Entlastung von den Kosten kompensiert wird und damit – wie hier – sich die Gesamtgestehungskosten wieder auf ein mittleres europäisches Niveau zubewegen, sind weder der Binnenmarkt noch der Wettbewerb bedroht.

Mit freundlichen Grüßen

