



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Juristischer Dienst
Der General Direktor

Brüssel, den 11. Oktober 2012
SJ.C(2012) 1355793

An den

Vorsitzenden Richter des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf

Cecilienallee 3

40747 Düsseldorf

Vorab per Fax: 0049 211 4971 548

Ihr Ersuchen um Auskunft und um eine Stellungnahme gemäß der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte¹ vom 27.8.2012 (Ihre Rechtssachen Az. VI-3 Kart 10/12 u. a.)

[REDACTED],
Mit Schreiben vom 27.8.2012 haben Sie die Kommission um Auskunft und um eine Stellungnahme gemäß der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte gebeten.

1. SACHVERHALT

1. Die in Ihrem Gericht anhängigen Rechtssachen betreffen die Anwendung von § 19 Abs. 2 der Stromnetzentgeltverordnung² (im Weiteren: „Verordnung“). Dieser Absatz bestimmt:

(2) Ist auf Grund vorliegender oder prognostizierter Verbrauchsdaten oder auf Grund technischer oder vertraglicher Gegebenheiten offensichtlich, dass der Höchstlastbeitrag eines Letztverbrauchers vorhersehbar erheblich von der zeitgleichen Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus dieser Netz- oder Umspannebene abweicht, so haben Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen

¹ ABl. C 85 vom 9.4.2009, S. 1.

² Stromnetzentgeltverordnung vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2225), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1690) geändert worden ist.

diesem Letztverbraucher in Abweichung von § 16 ein individuelles Netzentgelt anzubieten, das dem besonderen Nutzungsverhalten des Netzkunden angemessen Rechnung zu tragen hat und nicht weniger als 20 Prozent des veröffentlichten Netzentgelts betragen darf. Erreicht die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7 000 Stunden und übersteigt der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle 10 Gigawattstunden, soll der Letztverbraucher insoweit grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Der Antrag kann auch durch den Letztverbraucher gestellt werden. Der Netzbetreiber hat der Regulierungsbehörde unverzüglich alle zur Beurteilung der Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Die Betreiber von Übertragungsnetzen sind verpflichtet, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach Satz 1 und Befreiungen von Netzentgelten nach Satz 2 resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten. Sie haben diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch individuelle Netzentgelte nach Satz 1 und Befreiungen von den Netzentgelten nach Satz 2 über eine finanzielle Verrechnung untereinander auszugleichen; § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes findet entsprechende Anwendung. § 20 gilt entsprechend. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts wie auch die Befreiung von den Netzentgelten erfolgen unter dem Vorbehalt, dass die jeweiligen Voraussetzungen nach den Sätzen 1 und 2 tatsächlich eintreten. Ist dies nicht der Fall, erfolgt die Abrechnung der Netznutzung nach den allgemein gültigen Netzentgelten.

2. Somit sind energieintensive Unternehmen, deren Stromverbrauch eine Benutzungsstundenzahl von 7000 Stunden und eine Abnahme von 10 Gigawattstunden übersteigt, von den Netzentgelten befreit.
3. Die aus dieser Befreiung resultierenden Verluste der Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen aufgrund der Regelung in der Verordnung von dem Betreiber des Übertragungsnetzes der Region ausgeglichen.
4. Die Verordnung sieht nicht vor, dass die Betreiber der Übertragungsnetze direkt für ihre entgangenen Erlöse entschädigt werden. Sie sind durch die Verordnung verpflichtet, Zahlungen an Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen sowie eigene entgangene Erlöse über eine finanzielle Verrechnung untereinander auszugleichen. Gemäß § 19 Abs. 2 der Verordnung sind die Einzelheiten der Verrechnung in § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002³ geregelt, der entsprechend Anwendung findet.

³ Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 19. März 2002 (BGBl. I S. 1092), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1494) geändert worden ist.

5. Laut § 19 Abs. 2 der Verordnung gilt außerdem § 20 der Verordnung entsprechend. Nach § 20 der Verordnung haben Netzbetreiber vor der Veröffentlichung der Netzentgelte sicherzustellen, dass das anstehende Entgeltsystem geeignet ist, die ermittelten Kosten zu decken. Aus dieser Vorschrift scheint sich zu ergeben, dass die Übertragungsnetzbetreiber die ihnen durch die Befreiung entstehenden zusätzlichen Kosten durch höhere Netzentgelte an alle nicht befreiten Endabnehmer weitergeben müssen.
6. Im Dezember 2011 erließ die zuständige nationale Regulierungsbehörde, die Bundesnetzagentur, eine Entscheidung auf Grundlage des § 29 des Energiewirtschaftsgesetzes⁴. Diese Entscheidung verpflichtet die Verteilungsnetzbetreiber, von den Endkunden eine Umlage zu erheben, die als „§ 19 Umlage“ bezeichnet wird. Die Einnahmen aus dieser Umlage sind an die Übertragungsnetzbetreiber weiterzugeben, so dass diese für die ihnen durch die Befreiung und die Verpflichtung, die Verteilungsnetzbetreiber zu entschädigen, entstehenden Verluste entschädigt werden. Die genaue Höhe der Abgabe ist nicht in der Entscheidung der Bundesnetzagentur festgelegt, sondern wird jedes Jahr von den Verteilungsnetzbetreibern auf Grundlage einer in der Entscheidung festgelegten Methode berechnet. Die Entscheidung legt jedoch Höchstwerte für die Umlage für bestimmte Großverbraucher fest. Die Bundesnetzagentur hat auch festgelegt, wie hoch der Betrag ist, der für das erste Jahr der Anwendung der Umlage, nämlich das Jahr 2012, eingenommen werden soll. Dieser Betrag wurde auf 440 Millionen EUR festgelegt. Für die nachfolgenden Jahre muss dieser Betrag abhängig davon, wie hoch die Verluste tatsächlich sind, angepasst werden.

2. IHR ERSUCHEN UM AUSKUNFT

7. Sie fragten, ob die Kommission beabsichtige, eine förmliche Untersuchung gemäß Artikel 108 AEUV infolge einer Beschwerde einzuleiten, die der kleine und mittlere Unternehmen und private Stromverbraucher vertretende *Bund der Energieverbraucher* am 28. November 2011 aufgrund Artikel 20 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93

⁴ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Januar 2012 (BGBl. I S. 74) geändert worden ist.

des EG-Vertrags⁵ eingereicht hat (Aktenzeichen SA.34045). In dieser Beschwerde wird geltend gemacht, § 19 Abs. 2 der Verordnung, der unter Missachtung der Stillhaltepflicht des Artikels 108 Absatz 3 AEUV in Kraft gesetzt worden sei, müsse als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV betrachtet werden.

8. Die Beschwerde wird derzeit noch von den Dienststellen der Kommission untersucht. Die Kommission hat noch nicht darüber befunden, ob sie im Zusammenhang mit dieser Sache ein förmliches Prüfverfahren einleiten wird. Falls die Kommission in der Sache einen Beschluss fasst, werde ich Sie darüber umgehend informieren und Ihnen die nichtvertrauliche Fassung des Beschlusses zuschicken, sobald dieser verfügbar ist.
9. Außerdem darf ich Sie darüber informieren, dass die Kommission aufgrund zahlreicher Briefe und Beschwerden von verschiedenen Seiten hinsichtlich dieser Befreiung, beispielsweise von Bürgermeistern, besorgten Verbrauchern, Politikern, der Regierung des Königreichs der Niederlande, in Gespräche mit den deutschen Behörden eingetreten ist, um zu erörtern, ob § 19 Abs. 2 der Verordnung in Einklang mit dem anwendbaren sekundären Recht der Union steht, also insbesondere mit der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt⁶ und der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel. Artikel 14 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 schreibt vor, dass die Netzgebühren die tatsächlichen Kosten widerspiegeln müssen, und dass sie in nicht-diskriminierender Art und Weise angewendet werden. Artikel 32 der Richtlinie 2009/72/EG sieht vor, dass die Netzgebühren in objektiver und nicht-diskriminierender Weise angewendet werden. In dieser Frage analysiert die Kommission gegenwärtig die Antwort der deutschen Behörden.

3. IHRE BITTE UM EINE STELLUNGNAHME

10. Sie haben die Kommission außerdem um eine Stellungnahme hinsichtlich der Frage gebeten, ob die Regelung des § 19 Abs. 2 der Verordnung eine staatliche Beihilfe im

⁵ ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1.

⁶ ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 55.

Sinne des Artikel 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine solche staatliche Beihilfe dann vor, wenn die vier Tatbestandsmerkmale des Artikel 107 Abs. 1 AEUV allesamt erfüllt sind. Aus den Unterlagen zu dem vorliegenden Fall geht hervor, dass § 19 Abs. 2 der Verordnung energieintensive Unternehmen selektiv begünstigt. Diese Unternehmen sind zumindest zum Großteil auf Märkten mit freiem Wettbewerb tätig, in denen Handel zwischen den Mitgliedstaaten getrieben wird. Somit sind drei der vier Bedingungen des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllt: Durch § 19 Abs. 2 der Verordnung begünstigt der deutsche Gesetzgeber bestimmte energieintensive Unternehmen, was den Wettbewerb zu verfälschen droht und geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

11. Die Frage ist jedoch, ob diese Begünstigung mit staatlichen Mitteln finanziert wird. Die Antwort auf diese Frage liegt im vorliegenden Fall nicht auf der Hand. Die Besonderheit der Regelung des § 19 Absatz 2 der Verordnung besteht nämlich darin, dass die Begünstigung nicht direkt mit staatlichen Mitteln finanziert wird, sondern dass der Staat private Stellen, nämlich die Netzbetreiber, benannt hat, die die Begünstigung gewähren. Der Gerichtshof hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Steinike* folgenden Grundsatz für die Bewertung der Systeme festgehalten:⁷

Das in Artikel 92 Absatz 1 enthaltene Verbot erfasst sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen, ohne dass danach zu unterscheiden ist, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werde.

12. Die beiden wichtigsten Urteile des Gerichtshofs, in denen der Grundsatz der *Steinike*-Entscheidung in der Stromwirtschaft zur Anwendung kam, sind die in den Rechtssachen *PreussenElektra*⁸ und *Essent*⁹.
13. In der Rechtssache *PreussenElektra* befand der Gerichtshof, dass das Stromeinspeisungsgesetz in seiner Fassung von 1998 keine zur Durchführung der

⁷ Rechtssache 78/76, *Steinike & Weinlig/Deutschland*, Slg. 1977, 595, Randnr. 21.

⁸ Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099.

⁹ Rechtssache C-206/06, *Essent*, Slg. 2008, I-5497.

Beihilferegulierung errichtete oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtung vorsehe.¹⁰ Diese Schlussfolgerung beruht offenbar auf der Feststellung, dass das Stromeinspeisungsgesetz eine Regelung eingeführt hat, die darauf beschränkt war, die Stromanbieter und die vorgelagerten Stromnetzbetreiber zur Abnahme von Ökostrom zu verpflichten, ohne eine für die Zahlungsabwicklung zuständige Stelle zu benennen.¹¹

14. In der Rechtssache *Essent* hatte der Gerichtshof eine Regelung zu beurteilen, die die Erhebung eines Aufschlags von privaten Stromkunden durch die niederländischen Netzbetreiber und die Abführung der Einnahmen aus diesen Gebühren an SEP, eine gemeinsame Tochtergesellschaft der vier Stromerzeuger, als Ausgleich für die sogenannten „verlorenen Kosten“ vorsah. Der Gerichtshof stellte fest, dass beim niederländischen System staatliche Mittel im Spiel waren.¹²
15. Wie im vorangehenden Abschnitt 2 erläutert, hat sich die Kommission noch nicht dazu geäußert, ob eine nationale Vorschrift wie § 19 Absatz 2 der Verordnung so auszulegen ist, dass sie im Sinne der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Steinike*¹³ aus staatlichen Mitteln finanziert wird.
16. Zur Frage, ob § 5 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2000¹⁴, der Vorläufer des derzeit geltenden Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002, aus staatlichen Mitteln finanziert wird und eine staatliche Beihilfe darstellt, hat sie hingegen Stellung genommen, und dies verneint. Eine Abschrift der Entscheidung ist in der Anlage 1 beigefügt.

¹⁰ Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Randnrn. 58 und 59.

¹¹ Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 56. Siehe auch Rechtssache C-206/06, *Essent*, Slg. 2008, I-5497, Randnr. 74, in der der Gerichtshof feststellt, dass im Fall von *PreussenElektra* die Unternehmen nicht vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt worden waren.

¹² Rechtssache C-206/06, *Essent* Slg. 2008, I-5497, Rundnummer 65 bis 75.

¹³ Rechtssache 78/76, *Steinike & Weinlig/Deutschland*, Slg. 1977, 595, Randnr. 21. „Das in Artikel 92 Absatz 1 enthaltene Verbot erfasst sämtliche staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen, ohne dass danach zu unterscheiden ist, ob die Beihilfe unmittelbar durch den Staat oder durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtete oder beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werde. Bei der Anwendung des Artikels 92 sind im Wesentlichen die Auswirkungen der Beihilfe auf die begünstigten Unternehmen oder Erzeuger und nicht die Stellung der für die Verteilung und Verwaltung der Beihilfe zuständigen Einrichtungen zu berücksichtigen.“

¹⁴ Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. Mai 2000, BGBl. I S. 703.

17. Die Kommission weist auch auf den Beschluss 2011/528/EU der Kommission über die staatliche Beihilfe C 24/09 (ex N 446/08) – Staatliche Beihilfe für energieintensive Unternehmen, Ökostromgesetz, Österreich,¹⁵ hin. Darin wertete die Kommission die österreichische Regelung zur Verteilung der durch die Ökostrom-Abnahmeverpflichtung entstehenden Kosten zunächst unter den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und dann in einem zweiten Schritt unter den Endkunden als staatliche Beihilfe. Mit der Abwicklung der Zahlungen wurde im österreichischen System das privatwirtschaftliche Unternehmen OeMAG betraut, zu dessen Hauptaktionären die österreichischen Übertragungsnetzbetreiber gehören. In diesem Zusammenhang hatte die Kommission ferner festgestellt, dass die Befreiung energieintensiver Unternehmen von der Verpflichtung zur Abnahme von Ökostrom eine staatliche Beihilfe darstellt, die nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Dieser Beschluss befindet sich in der Anlage 2.

18. § 19 (2) der Verordnung besitzt sowohl Eigenschaften, die auf den Einsatz staatlicher Mittel hindeuten, als auch Eigenschaften, die auf das Fehlen eines solchen Einsatzes hinweisen. Aus Sicht der Kommission könnten die folgenden Gesichtspunkte bei der Beurteilung des Sachverhaltes eine Rolle spielen:

3.1. Hinweise für das Fehlen des Einsatzes staatlicher Mittel

19. § 5 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000, das den in der Entscheidung behandelten Ausgleich regelt, ähnelt in seinem Wortlaut § 19 Abs. 2 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002, da er ebenfalls einen Belastungsausgleich für die Netzbetreiber vorsieht.

20. Im Gegensatz zur österreichischen Regelung, für welche die Kommission den Einsatz staatlicher Mittel bejaht hat, sind für die Verwaltung (insbesondere die finanzielle Verrechnung der Ausgleichszahlungen) des § 19 Abs. 2 der Verordnung die Übertragungsnetzbetreiber verantwortlich, und nicht ein darauf spezialisiertes Unternehmen wie die OeMAG.

21. Sowohl § 5 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 als auch § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002 sehen vor, dass die Netzbetreiber die zusätzlichen

¹⁵ ABl. L 235 vom 10.9.2011, S. 42.

Kosten, die durch den Belastungsausgleich zwischen Netzbetreibern entstehen, auf die Letztverbraucher abwälzen dürfen.¹⁶

3.2. Hinweise auf den Einsatz staatlicher Mittel

22. Vergleichbar zu den Tatsachen, die der Rechtssache *Essent* zugrunde lagen, wird die Befreiung der Großverbraucher von den Netzgebühren durch eine Umlage finanziert, welche durch den Staat (hier die Bundesnetzagentur) den Endverbrauchern auferlegt wird, nämlich die in § 19 geregelte Umlage.
23. Ähnlich wie in der österreichischen Regelung enthält § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002, der aufgrund des Verweises in § 19 Abs. 2 der Verordnung analog anzuwenden ist, eine energieintensive Unternehmen betreffende Bestimmung, wonach deren Netznutzungsentgelt für über 100 000 Kilowattstunden hinausgehende Strombezüge aus dem Netz nicht um mehr als 0,05 Cent pro Kilowattstunde erhöht werden darf. In § 5 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 gibt es keine Entsprechung.
24. In § 19 Abs. 2 der Verordnung heißt es außerdem, dass § 20 der Verordnung entsprechend gilt. Wenn die Kommission diese Vorschrift richtig versteht, bedeutet dies, dass die Netzbetreiber nicht nur die Möglichkeit haben, die Zusatzkosten, die sich aus § 19 Abs. 2 der Verordnung ergeben, in die Netznutzungsentgelte einzuschließen, sondern – anders als in § 5 des Kraft- Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 und in § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002 - dazu verpflichtet sind. Während § 5 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2000 es den Netzbetreibern (und damit dem freien Spiel der Marktkräfte) überließ, ob und in welchem Umfang die finanzielle Belastung auf Stromendverbraucher abgewälzt wird, verpflichten § 19 Abs. 2 der Verordnung in Verbindung mit § 9 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes 2002 und § 20 der Verordnung die Netzbetreiber offenbar zu einer solchen Abwälzung.

¹⁶ Die Kommission stellt fest, dass sich das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz in dieser Hinsicht vom Stromeinspeisungsgesetz unterscheidet, mit dem sich der Gerichtshof im Urteil in der Sache *PreussenElektra* befasst hat. Nach dem Stromeinspeisungsgesetz dürfen die Zusatzkosten nicht auf den Verbraucher abgewälzt werden (Rechtssache C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 22).

3.3. Schlussfolgerung

25. Die Kommission hatte ihre Feststellung in der Sache NN 68/2000, dass keine staatlichen Mittel involviert waren, auf die Ähnlichkeit des Sachverhalts mit der Rechtssache *PreussenElektra* gestützt. Im Beschluss 2011/528/EG, in dem sie die verteilten Mittel als staatliche Mittel einstufte, berief sie sich auf die Ähnlichkeit mit der Rechtssache *Essent*, insbesondere den Umstand, dass die OeMAG von staatlicher Seite mit der Abwicklung der Zahlungen betraut wurde. Die Anwendung der Rechtsprechung ist relativ komplex, vor allem in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die deutschen Vorschriften sowohl Elemente aufweisen, die den Tatsachen in *PreussenElektra* ähneln, als auch Elemente aufweisen, die den Tatsachen in *Essent* ähneln.
26. Sollten diese Ausführungen Ihrem Gericht für eine abschließende Beurteilung in der Frage, ob § 19 Abs. 2 der Verordnung eine staatliche Beihilfe gemäß Artikel 107 Abs. 1 AEUV darstellt, nicht ausreichen, empfehlen wir Ihnen, den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung gemäß Artikel 267 AEUV zu ersuchen.

Anlagen:

- Anlage 1 Entscheidung C (2002) 1889fin der Kommission über die staatliche Beihilfe NN 68/2000 –Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz), Deutschland
- Anlage 2 Beschluss 2011/528/EU der Kommission über die staatliche Beihilfe C 24/09 (ex N 446/08) – Staatliche Beihilfe für energieintensive Unternehmen, Ökostromgesetz, Österreich