SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 26. Oktober 2000 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung I-2104

II — Das deutsche Stromeinspeisungsgesetz in seinen verschiedenen Fassungen und die Haltung der Kommission gegenüber dem Gesetz I-2105

1. Die Struktur der Stromversorgung in Deutschland und die Pflicht zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien vor dem Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes von 1990 ..... I-2105

2. Das Stromeinspeisungsgesetz von 1990 ..... I-2106

3. Das Stromeinspeisungsgesetz von 1998 ..... I-2109

4. Entwicklungen nach dem Vorlagebeschluss I-2112

III — Der Ausgangsrechtsstreit und die Vorlagefragen I-2113

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof I-2117

V — Zulässigkeit I-2119

1. Konstruierter Rechtsstreit I-2119

2. Unvollständigkeiten und Fehler bei der Darstellung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens I-2122

3. Erheblichkeit der Fragen I-2123

VI — Frage 1: Das Stromeinspeisungsgesetz 1998 als staatliche Beihilfe I-2127

1. Finanzierung aus staatlichen Mitteln als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes I-2129

2. Sollte der Gerichtshof seine Rechtsprechung überdenken? I-2134

3. Können die durch das StrEG 1998 gewährten Vergünstigungen als aus staatlichen Mitteln finanziert angesehen werden? I-2139

a) Eventuelle Einbuße an Steuererträgen I-2140

b) Umwandlung privater Mittel in staatliche Mittel I-2140

c) Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen als staatliche Mittel I-2142

4. Stellt das StrEG 1998 eine durch Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine staatliche Beihilfe dar? I-2145

1 — Originalsprache: Englisch.

VII — Frage 2: Reichweite der Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 EG-Vertrag ... I-2146
VIII — Frage 3: Das Stromeinspeisungsgesetz 1998 als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung ... I-2147
1. Vorüberlegungen ... I-2147
2. Artikel 30 EG-Vertrag ... I-2148
3. Rechtfertigung ... I-2150
a) Versorgungssicherheit ... I-2151
b) Umweltschutz ... I-2152
IX — Ergebnis ... I-2158

I — Einleitung

1. Die vorliegende Rechtssache, die auf einem Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Kiel beruht, betrifft ein deutsches Gesetz, das die Nutzung von Strom aus erneuerbaren Energien fördern soll. Das Gesetz verpflichtet regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien zu einem festgelegten Mindestpreis abzunehmen; vorgelagerte Lieferanten von Elektrizität aus herkömmlichen Energien sind verpflichtet, den Versorgungsunternehmen einen anteiligen Ausgleich für die sich aus der Abnahmepflicht ergebenden Mehrkosten zu leisten.

2. Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen,

— ob das durch dieses Gesetz errichtete System eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EG-Vertrag (jetzt Artikel 87 EG) zugunsten der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien darstellt, und, falls diese Frage zu verneinen ist,

— ob dieses System eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag (jetzt Artikel 28 EG) ist.

3. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit, in dem ein vorgelagerter Lieferant von Strom aus herkömmlichen Energien die Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht bestreitet, um die Rückzahlung von Beträgen zu verlangen, die er an ein der Abnahmeverpflichtung unterliegendes nachgelagertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu zahlen hatte. Der klagende Stromlieferant hält die Mehrheit der Anteile an dem beklagten Versorgungsunternehmen; beide Parteien sind sich darin einig, dass das streitige Ge-

setz mit dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Verfassungsrecht unvereinbar sei.

4. In der vorliegenden Rechtssache geht es im Wesentlichen darum, ob das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht ein konstruierter Rechtsstreit im Sinne der Urteile Foglia/Novello[2] ist, ob nur aus staatlichen Mitteln finanzierte Maßnahmen staatliche Beihilfen darstellen können und ob eine nationale Maßnahme, die einheimische Erzeugnisse besser stellt als eingeführte Erzeugnisse, aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt sein kann.

II — Das deutsche Stromeinspeisungsgesetz in seinen verschiedenen Fassungen und die Haltung der Kommission gegenüber dem Gesetz

1. *Die Struktur der Stromversorgung in Deutschland und die Pflicht zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien vor dem Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes von 1990*

5. Wie sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten ergibt, sind auf dem deutschen Stromsektor drei Ebenen zu unterscheiden.

6. Auf der ersten Ebene stehen einige wenige Großunternehmen, die den größten Teil des in Deutschland verbrauchten Stroms erzeugen und Hochspannungsnetze betreiben (320, 220 oder 110 Kilovolt). Primäre Aufgabe dieser Netze ist der Transport von Strom über große Entfernungen, der Stromaustausch mit Nachbarnetzen und die Belieferung regionaler Versorgungsunternehmen mit Strom. Auf dieser Ebene erfolgt auch die Ein- und Ausfuhr von Strom, während die Stromversorgung von Endverbrauchern grundsätzlich nicht zu den Aufgaben dieser Netze gehört.

7. Auf der zweiten Ebene betreiben ca. 60 regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen Mittelspannungsnetze (20, 10 oder 6 Kilovolt). Diese Netze dienen dazu, Strom aus der ersten Ebene aufzunehmen, im gesamten Bundesgebiet zu verteilen und entweder direkt an meist industrielle Abnehmer oder über Niederspannungsnetze an Verbraucher zu liefern. Auf dieser Ebene findet außerdem ein Teil der Stromerzeugung statt.

8. Auf der dritten Ebene wird Strom über lokale Niederspannungsnetze an Endverbraucher geliefert. Diese Netze werden entweder von den regionalen Versorgungsunternehmen selbst oder von lokalen Versorgungsunternehmen betrieben, die sich oft im Gemeindeeigentum befinden. Auf der dritten Ebene wird nur in geringfügigem Maß Strom erzeugt.

2 — Urteile vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79 (Foglia/Novello I, Slg. 1980, 745) und vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia/Novello II, Slg. 1981, 3045).

9. Auf jeder der drei Ebenen ist die erforderliche Infrastruktur (z. B. Netzeinrichtungen, Transformatoren), bezogen auf ein räumliches Gebiet, nur einfach vorhanden.

10. Die deutschen Behörden haben — wie auch andere Regierungen — seit vielen Jahren die Erzeugung und den Verbrauch von Strom aus erneuerbaren Energien wie Wind, Wasser und Sonne gefördert, um dessen Anteil an der nationalen Stromerzeugung zu steigern.

11. Es wurde dabei als erforderlich angesehen, neben angebotsorientierten Maßnahmen wie Beihilfen für Forschung und Entwicklung auch die Nachfrage zu stärken. Vor 1990 zogen die deutschen Behörden das nationale Kartellrecht heran, um Versorgungsunternehmen (die in ihrem Gebiet eine Monopolstellung hatten) zur Abnahme von in ihrem Versorgungsgebiet erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien zu verpflichten. Die für diesen Strom zu zahlende Vergütung wurde nach dem Prinzip der vermiedenen Kosten berechnet [3]. Je nachdem, ob das betreffende Versorgungsunternehmen selbst Strom erzeugte, ergab sich danach die Vergütung für den Strom aus erneuerbaren Energien aus den vermiedenen Produktionskosten oder den vermiedenen Bezugskosten des Versorgungsunternehmens.

2. *Das Stromeinspeisungsgesetz von 1990*

12. Am 7. Dezember 1990 wurde in Deutschland das Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (im Folgenden: Stromeinspeisungsgesetz 1990 oder StrEG 1990) [4] erlassen.

13. Nach diesem Gesetz waren öffentliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet,

— den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien wie Wind, Wasser und Sonne abzunehmen (im Folgenden: Abnahmepflicht) [5];

— für diesen Strom eine Mindestvergütung zu zahlen, die anhand des lan-

3 — Dieses Vorgehen entsprach der Empfehlung 88/611/EWG des Rates vom 8. November 1988 zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Eigenerzeugern, ABl. 1988, L 335, S. 29.

4 — BGBl. I S. 633; das StrEG 1990 trat am 1. Januar 1991 in Kraft.

5 — § 2 StrEG 1990.

desweiten Durchschnittserlöses aus der Stromabgabe berechnet wird[6]; für Strom aus Windkraft beträgt die Vergütung 90 % des Durchschnittserlöses aus der Stromabgabe von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher[7] (im Folgenden: Mindestvergütungsregel).

14. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Begriff des öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmens im Stromeinspeisungsgesetz sowohl im öffentlichen Eigentum als auch im Privateigentum stehende Unternehmen erfasst.

15. Das StrEG 1990 enthielt außerdem eine sogenannte Härteklausel[8]. Soweit die Einhaltung der Abnahmepflicht zu einer unbilligen Härte für das betreffende Elektrizitätsversorgungsunternehmen führen würde, war das vorgelagerte Elektrizitätsversorgungsunternehmen (in der Regel ein Unternehmen, das ein Hochspannungsnetz betrieb) verpflichtet, die Abnahmepflicht zu übernehmen und die Mindestpreisregel zu befolgen. Die Härteklausel wurde allerdings praktisch nie angewandt, was möglicherweise auf ihre unklare Formulierung zurückzuführen ist.

16. Deutschland hatte das StrEG 1990 mit Schreiben vom 14. August 1990 und damit vor seinem Erlass der Kommission nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG) zwecks Genehmigung notifiziert.

17. Mit Schreiben vom 19. Dezember 1990 teilte die Kommission der Bundesregierung mit, sie habe beschlossen, keine Einwände gegen das Gesetz zu erheben. Bei der Prüfung nach Artikel 92 EG-Vertrag habe sich zwar ergeben, dass die Beihilfeintensität je nach der betroffenen erneuerbaren Energiequelle zwischen 28 % und 48 % schwanke und dass das Gesetz für die 4 000 privaten Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energiequellen Mehrerlöse von 48 Mio. DM ergeben würde. Der Gesetzentwurf entspreche jedoch der energiepolitischen Zielsetzung der Gemeinschaft. Überdies bilde Strom aus erneuerbaren Energien nur einen geringen Teil des Energiesektors, und die Mehrerlöse für die Erzeuger sowie die Einwirkung auf die Strompreise seien niedrig. Die Kommission wolle das Gesetz zwei Jahre nach seinem Inkrafttreten überprüfen. Eine Änderung oder Fortsetzung des Gesetzes sei vorab zu notifizieren.

18. Das StrEG 1990 wurde erstmals durch Gesetz vom 19. Juli 1994 geändert[9]. Neben anderen geringfügigen Anpassungen wurde darin die Mindestvergütung für Strom aus Wasserkraft und verschiedenen anderen Energien, die zuvor bei 75 % ge-

6 — §§ 2 und 3 StrEG 1990.
7 — § 3 Absatz 2 StrEG 1990.
8 — § 4 StrEG 1990.

9 — BGBl. 1994 I 1618.

legen hatte, auf 80 % des Durchschnittserlöses pro Kilowattstunde erhöht. Die Mindestvergütung für Strom aus Windkraft blieb mit 90 % unverändert.

19. Nachdem die Kommission Beschwerden von Elektrizitätsversorgungsunternehmen erhalten hatte, äußerte sie in einem Schreiben an die Bundesregierung vom 25. November 1996 Zweifel an der weiter bestehenden Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit den gemeinschaftlichen Beihilferegeln. Dabei gab vor allem die Berechnung der Mindestvergütung für Strom aus Windenergie Anlass zur Beanstandung.

20. Die Kommission verwies darauf, dass sich die Anzahl der Windkraftanlagen in Deutschland zwischen 1991 und 1995 von 500 auf fast 4 000 erhöht habe und die Kapazität im selben Zeitraum von 20 Megawatt (MW) auf 1 100 MW angestiegen sei. Überdies hätten technische Fortschritte zu einer erheblichen Senkung der Produktionskosten für Strom aus Windenergie geführt. Nach Angaben der deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen übersteige die Pflichtvergütung nach dem StrEG 1990 in Höhe von ca. 0,17 DM pro Kilowattstunde die vermiedenen Kosten um 0,085 DM. Diese Diskrepanz würde im Jahr 2005 zu Mehrkosten von 900 Mio. DM für die Elektrizitätsversorgungsunternehmen führen. Wenn also die Mindestvergütungsregel unverändert bleibe, bestehe die Gefahr einer Überkompensation, die wiederum negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Stromhandel habe. Eine bloße Änderung der Härteklausel, wie sie der Bundestag beabsichtige[10], würde die durch das Gesetz verursachte Wettbewerbsverzerrung nicht beseitigen, da sie lediglich eine Umverteilung der Mehrkosten zur Folge hätte.

21. Die Kommission schlug daher eine Reihe von alternativen Änderungen vor, die das Gesetz in Einklang mit den Vorschriften über staatliche Beihilfen bringen würden. So könne der deutsche Gesetzgeber die Mindestvergütung für Strom aus Windenergie auf 75 % des Durchschnittserlöses beschränken, den Fördermechanismus zeitlich oder in Bezug auf die Stromproduktion begrenzen oder eine Vorschrift erlassen, nach der die Vergütung auf der Grundlage der vermiedenen Kosten zu berechnen sei.

22. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass sie, falls der deutsche Gesetzgeber das Gesetz nicht ändere, sich veranlasst sehen könnte, der Bundesrepublik „zweckdienliche Maßnahmen" gemäß Artikel 93 Absatz 1 EG-Vertrag vorzuschlagen, um das Gesetz mit den Gemeinschaftsbestimmungen über staatliche Beihilfen in Einklang zu bringen.

10 — Vgl. zu der schließlich eingeführten Erstattungsregelung unten, Nr. 32.

3. *Das Stromeinspeisungsgesetz von 1998*

23. Am 24. April 1998 wurde in Deutschland das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts [11] erlassen, mit dem die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (im Folgenden: Elektrizitätsrichtlinie) [12] in das deutsche Recht umgesetzt werden sollte.

24. Dieses Reformgesetz enthielt — neben anderen bedeutenden Gesetzesänderungen — in § 3 Absatz 2 die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegenden Änderungen des StrEG 1990. Die einschlägigen Bestimmungen des Stromeinspeisungsgesetzes in der geänderten Fassung (im Folgenden: Stromeinspeisungsgesetz 1998 oder StrEG 1998) können wie folgt zusammengefasst werden.

25. In § 1 StrEG 1998 heißt es unter der Überschrift „Anwendungsbereich", dass das Stromeinspeisungsgesetz die Abnahme und die Vergütung von Strom regelt, der aus bestimmten, im Einzelnen aufgeführten erneuerbaren Energien (z. B. Wasser, Wind, Sonne, Biomasse) gewonnen wird. Eine erste Neuerung gegenüber dem StrEG 1990 besteht darin, dass das StrEG 1998 alle Arten von Biomasse erfasst und nicht nur Biomasse aus der Land- und Fortwirtschaft. Neu ist auch, dass das Gesetz nur für in Deutschland erzeugten Strom gilt.

26. § 2 sieht unter der Überschrift „Abnahmepflicht" drei verschiedene Regelungen vor.

27. § 2 Satz 1 enthält die zentrale Bestimmung der Abnahmepflicht zu einer festgelegten Mindestvergütung:

„Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die ein Netz für die allgemeine Versorgung betreiben, sind verpflichtet, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und den eingespeisten Strom nach § 3 zu vergüten."

28. § 2 Satz 2 enthält eine neue Regel für so genannte Offshore-Anlagen. Strom aus Erzeugungsanlagen, die sich außerhalb des Versorgungsgebiets eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens befinden, muss von demjenigen Netzbetreiber abgenommen

11 — BGBl. 1998 I 730.

12 — ABl. 1997, L 27, S. 20.

werden, zu dessen Netz die kürzeste Entfernung vom Standort der betreffenden Anlage besteht.

29. Nach dem ebenfalls neu in § 2 eingefügten Satz 3 können Mehrkosten aufgrund der Abnahmepflicht nach § 2 und der neuen Erstattungsregelung des § 4 (vgl. dazu unten, Nr. 32) bei der Rechnungslegung der Verteilungs- oder Übertragungstätigkeit des betreffenden Elektrizitätsversorgungsunternehmens zugeordnet und bei der Ermittlung des Durchleitungsentgelts für das Netz dieses Unternehmens in Ansatz gebracht werden.

30. § 3 StrEG 1998 enthält die unveränderten Regeln über die Bestimmung der Mindestvergütung für Strom aus erneuerbaren Energien. Wie bereits erwähnt, beträgt die Mindestvergütung je Kilowattstunde für Strom aus Windenergie 90 % des Durchschnittserlöses je Kilowattstunde aus der Stromabgabe an Letztverbraucher.

31. Die Überschrift von § 4 lautet (nach wie vor) „Härteklausel".

32. § 4 Absatz 1 sieht eine neue Erstattungsregelung vor, die im Ausgangsverfahren eine entscheidende Rolle spielt. Soweit die nach § 3 StrEG 1998 abzunehmende Elektrizität 5 % der von dem betreffenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen insgesamt abgesetzten Elektrizität übersteigt, ist der vorgelagerte Netzbetreiber verpflichtet, diesem Unternehmen die Mehrkosten zu erstatten, die durch die über 5 % hinausgehende Zwangsabnahme entstehen (so genannter „erster 5%-Deckel"). Daher kann ein Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien — anders als unter dem StrEG 1990 — auch im „Härtefall" weiterhin Strom an den Netzbetreiber in seiner Region liefern. Dieser erhält jedoch einen Anspruch gegen den vorgelagerten Netzbetreiber auf Erstattung der Kosten für die über 5 % seines Absatzes hinausgehende Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien.

33. Aus § 4 Absatz 1 Sätze 1 und 2 ergibt sich, dass zugunsten des vorgelagerten Netzbetreibers eine ähnliche 5%-Regel eingreift (so genannter „zweiter 5%-Deckel"). Soweit die Stromabnahme, für die dieser Netzbetreiber Erstattungen zu leisten hat, 5 % seines eigenen Absatzes übersteigt, kann er einen weiter vorgelagerten Netzbetreiber auf Erstattung in Anspruch nehmen. Ist ein solcher Netzbetreiber nicht vorhanden (wie das in der Regel der Fall sein wird), so entfällt die Abnahmepflicht nach § 2 für Elektrizität aus Anlagen, die am Ende des Jahres, in dem der zweite 5%-

Deckel erreicht wurde, noch nicht errichtet waren.

34. Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Dokumenten ergibt sich, dass die Kommission die deutschen Behörden vor dem Erlass des StrEG 1998 aufgefordert hatte, ihr Informationen zum rechtlichen und politischen Hintergrund der geplanten Änderungen des Stromeinspeisungsgesetzes zu übermitteln.

35. Außerdem ersuchte die Klägerin des Ausgangsverfahrens, PreussenElektra, mit Schreiben vom 13. März 1998 die Kommission, von der Bundesrepublik eine Notifizierung des geplanten Gesetzes nach Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 EG-Vertrag zu fordern.

36. Die Kommission erklärte jedoch in einem Schreiben vom 21. April 1998 an PreussenElektra, es sei zweifelhaft, ob die Bundesrepublik zur Notifizierung der geplanten Änderungen des Stromeinspeisungsgesetzes verpflichtet sei. Sie bezog sich dabei kommentarlos auf das Vorbringen der Bundesregierung, wonach die Gesetzesänderungen entweder (im Fall der neuen Bestimmungen über Biomasse und Offshore-Anlagen) von der ursprünglichen Genehmigung von 1990 abgedeckt oder (im Fall der neuen Erstattungsregelung des § 4 Absatz 1 StrEG 1998) nicht beihilferelevant seien. Nach Auffassung der Kommission liege es in der Verantwortung der deutschen Behörden, über eine Notifizierung zu entscheiden. Es bleibe den durch das StrEG 1998 betroffenen Unternehmen unbenommen, ihre Interessen „in angemessener Weise" wahrzunehmen.

37. Hinsichtlich der Mindestvergütung für Strom aus Windenergie teilte die Kommission mit, sie werde die unveränderte Regelung weiterhin nach dem Verfahren für „bestehende Beihilfen" überprüfen und schließe nach wie vor die Möglichkeit nicht aus, der Bundesregierung insoweit zweckdienliche Maßnahmen vorzuschlagen.

38. In einem Schreiben vom 29. Juli 1998 — also nach dem Inkrafttreten des StrEG 1998 — an die Bundesregierung wies das Kommissionsmitglied Van Miert darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber keinen der Vorschläge aus dem Schreiben der Kommission vom 25. Oktober 1996[13] aufgegriffen habe und dass der Mechanismus zur Festsetzung der Mindestvergütung für Strom aus Windenergie unverändert geblieben sei. Auch wenn die Vergütung für Strom aus Windenergie de facto (infolge niedrigerer Strompreise nach der Liberalisierung des Strommarktes) sinken sollte, enthalte das Gesetz bezüglich der Vergütung kein hinreichend degressives Element. Andererseits seien in der näheren Zukunft auf Gemeinschaftsebene bedeutende Rechtsänderungen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Elektrizitätsrichtlinie und mit Vorschlägen für eine Harmonisierung der Regelungen über Strom aus er-

13 — Vgl. oben, Nrn. 19 bis 22.

neuerbaren Energien zu erwarten. Das Kommissionsmitglied wollte deshalb davon absehen, seinen Kollegen einen förmlichen Entscheidungsvorschlag zu unterbreiten, solange nicht der Bericht der Bundesregierung an den Bundestag über die Anwendung des Stromeinspeisungsgesetzes vorlag. Die Bundesregierung wurde aufgefordert, bei der Erstellung dieses Berichtes eng mit der Kommission zusammenzuarbeiten und sich in dem Bericht umfassend mit der Höhe der Förderung für erneuerbare Energien auseinanderzusetzen.

4. *Entwicklungen nach dem Vorlagebeschluss*

39. Auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes gab die Kommission folgende Auskünfte über die weitere Entwicklung nach dem Beschluss, mit dem das nationale Gericht dem Gerichtshof seine Fragen vorgelegt hatte.

40. Am 1. April 1999 trat das deutsche Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform in Kraft.

41. Nach Auffassung der Kommission bewirkt die Einführung dieser Steuer u. a. eine Erhöhung der Vergütung für Strom aus erneuerbaren Energien nach dem StrEG 1998, die von den deutschen Behörden unter Verstoß gegen den EG-Vertrag nicht notifiziert worden sei. Da die Kommission Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Erhöhung mit dem Gemeinsamen Markt hatte, teilte sie den deutschen Behörden mit Schreiben vom 17. August 1999 ihren Beschluss mit, das Verfahren nach den Bestimmungen des EG-Vertrags über staatliche Beihilfen zu eröffnen [14].

42. Am 1. April 2000 trat das neue Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien [15] an die Stelle des Stromeinspeisungsgesetzes 1998. Dieses neue Gesetz beruht zwar auch auf einer Abnahmepflicht und einer Mindestvergütung, es enthält jedoch zahlreiche neue Elemente. Vor allem ist die Vergütung nicht mehr an die (offenbar fallenden) Strompreise gekoppelt; sie wird vielmehr für jede Energieart durch Gesetz festgesetzt. So beträgt beispielsweise die Vergütung für Strom aus Windenergie 0,178 DM pro Kilowattstunde.

43. Presseberichten zufolge hat die Kommission hinsichtlich des neuen Gesetzes ein Verfahren nach dem EG-Vertrag eingeleitet. Sie ist offenbar der Auffassung, dass das Gesetz zu notifizieren gewesen wäre [16].

14 — Die Entscheidung ist veröffentlicht in ABl. 1999, C 306, S. 19.

15 — BGBl. 2000 I 305.

16 — *Handelsblatt* vom 13. April 2000, *Financial Times Deutschland* vom 19. April 2000.

44. Am 10. Mai 2000 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt vor[17].

III — Der Ausgangsrechtsstreit und die Vorlagefragen

45. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, PreussenElektra, ist ein Unternehmen der ersten Ebene auf dem deutschen Energiesektor. Sie betreibt über 20 konventionelle und Kernkraftwerke sowie ein Stromverteilungsnetz auf Höchst- und Hochspannungsebene. Über dieses Netz liefert sie Strom an regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen, größere Stadtwerke und große Industrieunternehmen.

46. Die beklagte Schleswag AG ist ein regionales Elektrizitätsversorgungsunternehmen der zweiten Ebene. Sie bezieht den zur Versorgung ihrer Kunden in Schleswig-Holstein benötigten Strom fast ausschließlich von PreussenElektra.

47. PreussenElektra hält 65,3 % der Anteile an der Schleswag. Die restlichen 34,7 % werden von schleswig-holsteinischen Landkreisen gehalten.

48. Schleswag ist nach § 2 StrEG 1998 zur Abnahme des in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Stroms aus erneuerbaren Energien verpflichtet. Das Gebiet, in dem Schleswag tätig ist, bietet ideale Voraussetzungen für die Stromerzeugung aus Windenergie. Der Anteil des an Schleswag gelieferten Windstroms, der 1991 0,77 % des Gesamtabsatzes betrug, stieg daher kontinuierlich an und erreichte 1998 nach Schätzungen ca. 15 %.

49. Die Mehrbelastung der Schleswag durch die Abnahmepflicht und die Mindestvergütung stieg von 5,8 Mio. DM im Jahr 1991 auf ca. 111,5 Mio. DM im Jahr 1998. Berücksichtigt man die von PreussenElektra aufgrund der neuen Erstattungsregelung nach § 4 Absatz 1 StrEG 1998 (vgl. dazu Nr. 50) zu zahlenden Beträge, so belief sich die Mehrbelastung für Schleswag 1998 auf 38 Mio. DM.

50. Ende April 1998 erreichte die Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien durch Schleswag 5 % der im gesamten Vorjahreszeitraum abgesetzten Strom-

17 — KOM(2000) 279 endgültig.

menge. Daraufhin stellte Schleswag PreussenElektra gemäß § 4 Absatz 1 StrEG 1998 Mehrkosten für die Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien in Rechnung und forderte zunächst monatliche Abschlagszahlungen von 10 Mio. DM.

51. PreussenElektra überwies die verlangte Zahlung für Mai 1998, wobei sie sich das Recht vorbehielt, jederzeit die Rückzahlung zu verlangen.

52. Im Ausgangsverfahren begehrt PreussenElektra einen Teilbetrag von 500 000 DM aus der Abschlagszahlung für den Monat Mai.

53. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts kann weder PreussenElektra noch Schleswag die Mehrkosten durch das Stromeinspeisungsgesetz an die Kunden weitergeben. Rechtlich und tatsächlich soll es nicht möglich sein, den Kunden höhere Preise für den gelieferten Strom zu berechnen. Dies sei darauf zurückzuführen, dass das Land Schleswig-Holstein es abgelehnt habe, höhere Tarife für die Stromlieferung an Verbraucher zu genehmigen und dass der Wettbewerbsdruck durch die fortlaufende Liberalisierung des Strommarktes gestiegen sei. Diese Angaben des vorlegenden Gerichts, die auf der Darstellung des Sachverhalts durch PreussenElektra und Schleswag beruhen, werden von den Streithelfern vehement bestritten [18].

54. PreussenElektra macht im Ausgangsverfahren geltend, die Zahlung an Schleswag sei ohne Rechtsgrund erfolgt und somit rückabzuwickeln. § 4 Absatz 1 StrEG 1998 verstoße nämlich gegen den EG-Vertrag. Diese Bestimmung gehöre zu den 1998 vorgenommenen Änderungen des Stromeinspeisungsgesetzes. Diese Änderungen hätten eine bestehende Beihilfe umgestaltet und seien daher nach Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 EG-Vertrag notifizierungspflichtig gewesen. Die deutschen Behörden hätten gegen Artikel 93 Absatz 3 Sätze 1 und 3 verstoßen, indem sie die Änderungen nicht notifiziert und nicht die Genehmigung der Kommission abgewartet hätten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei Artikel 93 Absatz 3 Satz 3 unmittelbar anwendbar. § 4 Absatz 1 StrEG 1998 dürfe daher nicht angewandt werden.

55. Schleswag vertritt die Auffassung, die Zahlung habe in § 4 Absatz 1 StrEG 1998 einen wirksamen Rechtsgrund und sei daher nicht rückabzuwickeln. Sie stimmt zwar mit PreussenElektra darin überein, dass das StrEG 1998 als umgestaltete Beihilferegelung im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 EG-Vertrag anzusehen sei. Die Erstattungsregelung des § 4 Absatz 1 StrEG 1998 sei jedoch isoliert betrachtet keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92. Es handle sich vielmehr um ein System zur Verteilung der Lasten, die durch die Ab-

18 — Vgl. unten, Nrn. 85 und 86.

nahmepflicht und die Mindestvergütungsregel der §§ 2 und 3 StrEG 1998 verursacht würden. Das vorlegende Gericht sei nicht zu einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der §§ 2 und 3 StrEG 1998 ermächtigt, da diese Bestimmungen für das Rechtsverhältnis und den Ausgang des Rechtsstreits zwischen PreussenElektra und Schleswag nicht erheblich seien. Selbst wenn das vorlegende Gericht § 4 Absatz 1 StrEG 1998 unangewandt ließe, so blieben die rechtswidrigen Beihilferegelungen der §§ 2 und 3 StrEG 1998 unberührt, und Schleswag hätte die sich daraus ergebenden Belastungen allein zu tragen. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 93 Absatz 3 Satz 3 könne also die rechtswidrige Lage weder beseitigen noch sanktionieren. Daher müsse § 4 Absatz 1 StrEG 1998 anwendbar bleiben.

56. Das vorlegende Gericht führt im Vorlagebeschluss aus, dass das StrEG 1998 nicht anwendbar wäre und PreussenElektra einen Rückzahlungsanspruch hätte, wenn der deutsche Gesetzgeber mit dem Erlass des Gesetzes gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag hinsichtlich der Umgestaltung bestehender Beihilfen oder gegen das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen gemäß Artikel 30 verstoßen hätte.

57. Was zunächst Artikel 93 Absatz 3 angehe, so hätten die deutschen Behörden das StrEG 1990 als Beihilfe notifiziert, und die Kommission habe es auf dieser Grundlage genehmigt. Die Änderungen des Stromeinspeisungsgesetzes durch das StrEG 1998 seien dagegen nicht notifiziert worden [19]. Sei durch diese Änderungen eine bestehende Beihilfe im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 EG-Vertrag umgestaltet worden und das Ergebnis dieser Änderungen (das StrEG 1998) als Beihilferegelung zu qualifizieren, so hätten die Änderungen notifiziert werden müssen.

58. Das Landgericht ist sich nicht darüber im Klaren, ob das Stromeinspeisungsgesetz 1998 mit der Abnahmepflicht zu einer festgesetzten Mindestvergütung und der Erstattungsregelung als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EG-Vertrag qualifiziert werden kann. Einerseits verweist es auf Urteile wie Van Tiggele [20] und Sloman Neptun [21], die dafür sprächen, dass das StrEG 1998 keine staatlichen Beihilfen enthalte, weil die wirtschaftlichen Vorteile für die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien ausschließlich durch die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und die diesen vorgelagerten Netzbetreiber, nicht aber aus staatlichen Mitteln finanziert würden. Andererseits würde eine so enge Auslegung des Begriffes der staatlichen Beihilfen es den Mitgliedstaaten erlauben, den Kontrollmechanismus des Artikels 93 auf einfache Weise zu unterlaufen, was

19 — Auch diese Aussage wird von den Streithelfern vehement bestritten; vgl. unten, Nrn. 85 und 87.

20 — Urteil vom 24. Januar 1978 in der Rechtssache 82/77 (Niederländische Staatsanwaltschaft/Van Tiggele, Slg. 1978, 25).

21 — Urteil vom 17. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun/Bodo Ziesemer, Slg. 1993, I-887).

möglicherweise schwerwiegende Konsequenzen für den Wettbewerb haben könnte [22].

59. Sollte das Stromeinspeisungsgesetz staatliche Beihilfen enthalten, so ist das Landgericht der Auffassung, dass das StrEG 1990 wegen der damaligen Genehmigung durch die Kommission als bestehende Beihilferegelung im Sinne von Artikel 93 Absatz 1 anzusehen sei und die Änderung von 1998 demnach eine Umgestaltung von Beihilfen im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 darstelle, die nicht notifiziert worden sei.

60. Das Landgericht hat außerdem Bedenken im Hinblick auf die Erstattungsregelung des § 4 Absatz 1 StrEG 1998. Selbst wenn die Abnahmepflicht zu einer erhöhten Mindestvergütung (§§ 2 und 3 StrEG) eine staatliche Beihilfe zugunsten der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien darstelle, ließe sich argumentieren, dass § 4 Absatz 1 als solcher nicht als Beihilferegelung qualifiziert werden könne. In diesem Fall möchte das Landgericht wissen, ob die Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 neben der Beihilfe an sich auch Ausführungsregelungen wie § 4 StrEG erfasse.

61. In Bezug auf Artikel 30 EG-Vertrag ist das Landgericht der Auffassung, durch die Pflicht zur Abnahme von in Deutschland erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien zu Preisen, die auf dem freien Markt nicht zu erzielen wären, bestehe zumindest die Gefahr eines Rückgangs der Nachfrage nach Strom aus anderen Mitgliedstaaten.

62. Aus diesen Gründen hat das Landgericht dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stellt die Stromeinspeisungsvergütungs- und Erstattungsregelung nach den §§ 2 oder 3 oder 4 oder §§ 2 bis 4 zusammen des Stromeinspeisungsgesetzes 1998 eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EG-Vertrag dar?

Ist Artikel 92 EG-Vertrag derart auszulegen, dass von dem zugrunde liegenden Beihilfebegriff auch nationale Regelungen erfasst werden, die die Förderung des Zahlungsempfängers bezwecken, wobei die erforderlichen Fördermittel aber weder mittelbar noch unmittelbar aus öffentlichen Haushalten stammen, sondern aufgrund von gesetzlich angeordneten Abnahmepflichten zu festgelegten Mindestpreisen einzelnen Unternehmen einer Branche auferlegt werden, die diese Aufwendungen aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht an den Endverbraucher weitergeben können?

22 — Eine ausführlichere Wiedergabe der Argumentation des Landgerichts findet sich in Nr. 109.

Ist Artikel 92 EG-Vertrag derart auszulegen, dass von dem zugrunde liegenden Beihilfebegriff auch nationale Regelungen erfasst werden, die lediglich die Verteilung der Aufwendungen zwischen Unternehmen verschiedener Produktionsebenen regeln, die durch Abnahmepflichten und Mindestvergütungen entstanden sind, wenn die gesetzgeberische Konzeption faktisch auf eine dauerhafte Lastenverteilung hinausläuft, ohne dass das belastete Unternehmen eine Gegenleistung empfängt?

2. Sofern die zweite Teilfrage der ersten Frage für § 4 StrEG 1998 verneint wird: Ist Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag derart auszulegen, dass sich die Sperrwirkung nicht nur auf die Förderung an sich, sondern auch auf Ausführungsregelungen wie § 4 StrEG 1998 erstreckt?

3. Sofern die Fragen 1 und 2 verneint werden: Ist Artikel 30 EG-Vertrag derart auszulegen, dass eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung bzw. Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag vorliegen, wenn eine nationale Regelung Unternehmen verpflichtet, Strom aus erneuerbaren Energien zu Mindestpreisen abzunehmen und darüber hinaus Netzbetreiber ohne Gegenleistung zur Finanzierung heranzieht?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

63. Zunächst haben PreussenElektra, Schleswag, die deutsche und die finnische Regierung sowie die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

64. Nach Erlass des Vorlagebeschlusses hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof einen Beschluss vom 23. April 1999 übermittelt, in dem es festgestellt hat, dass das Land Schleswig-Holstein und ein Erzeuger von Windstrom, die Windpark Reußenköge III GmbH (im Folgenden: Streithelfer), dem Ausgangsrechtsstreit durch Schriftsatz vom 16. März 1999 beigetreten sind.

65. Gemäß Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes (im Folgenden: Satzung) hat der Gerichtshof daraufhin den Vorlagebeschluss den Streithelfern zugestellt, die ebenfalls schriftliche Erklärungen eingereicht haben.

66. In der mündlichen Verhandlung waren PreussenElektra, Schleswag, das Land Schleswig-Holstein, die Windpark Reußenköge III GmbH, die deutsche Regierung sowie die Kommission vertreten.

67. PreussenElektra ist der Auffassung, dass das Land Schleswig-Holstein und die Windpark Reußenköge III GmbH nicht zur Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof berechtigt gewesen seien, da sie nur Nebenintervenienten im Ausgangsverfahren seien und nicht unter den Begriff „Parteien" im Sinne von Artikel 20 der Satzung fielen. PreussenElektra macht erstens geltend, dass der Begriff „Partei" im Prozess nach deutschem Recht nicht die Nebenintervenienten erfasse, und verweist zweitens auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes [23].

68. Zunächst ist daran zu erinnern, dass Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) ein nicht streitiges Verfahren vorsieht, das einen Zwischenstreit innerhalb eines bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits darstellt. Vor dem Gerichtshof erhalten die Parteien des Ausgangsverfahrens lediglich die Möglichkeit zur Äußerung, nicht jedoch das Recht zur Vornahme von Prozesshandlungen. Streng genommen sind sie daher im Vorabentscheidungsverfahren keine „Parteien". Mit dem Ausdruck „Parteien" meint Artikel 20 der Satzung deshalb die Parteien des Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht [24].

69. Was die Frage angeht, welche Gruppen von Beteiligten als „Parteien" des Ausgangsverfahrens im Sinne von Artikel 20 der Satzung anzusehen sind, so muss man sich erstens vor Augen halten, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die verschiedenen Beteiligten in Verfahren vor den nationalen Gerichten unterschiedlich bezeichnen und einordnen (die Bezeichnungen und Einordnungen können zudem sogar innerhalb einer Rechtsordnung voneinander abweichen, z. B. je nach der betroffenen Gerichtsbarkeit). Die Möglichkeit der Äußerung vor dem Gerichtshof sollte jedoch nicht von diesen terminologischen und formalen Unterschieden abhängen.

70. Zweitens besteht die Funktion von Artikel 20 der Satzung darin, denjenigen, die möglicherweise von der Vorabentscheidung des Gerichtshofes betroffen sein werden, die Gelegenheit zu geben, zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen. Die nationalen Rechtsordnungen machen die förmliche Teilnahme an nationalen Verfahren in der Regel vom Nachweis eines Interesses am Verfahrensausgang abhängig. Daraus folgt meines Erachtens, dass alle förmlich am nationalen Verfahren beteiligten Personen als Parteien im Sinne von Artikel 20 der Satzung zu betrachten sind.

23 — Beschluss vom 26. Februar 1996 in der Rechtssache C-181/95 (Biogen/Smithkline Beecham Biologicals, Slg. 1996, I-717) und Urteil vom 1. März 1973 in der Rechtssache 62/72 (Bollmann/Hauptzollamt Hamburg-Waltershof, Slg. 1973, 269).

24 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 62/72, zitiert in Fußnote 23, Randnr. 4.

71. Was die spezielle Situation im vorliegenden Fall angeht, so folgt aus dem Beschluss in der Rechtssache Biogen [25] mittelbar, jedoch eindeutig, dass Nebenintervenienten im Ausgangsverfahren „Parteien" im Sinne von Artikel 20 der Satzung sind. In dieser Rechtssache hatte ein Unternehmen beantragt, einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof direkt beizutreten. Der Gerichtshof entschied, dass „eine Person, die die Zulassung ihres Beitritts nicht beim nationalen Gericht erfolgreich beantragt hat, kein Recht [hat], im Sinne dieser Bestimmung Erklärungen vor dem Gerichtshof abzugeben" [26].

72. Daraus folgt a contrario, dass das Land Schleswig-Holstein und die Windpark Reußenköge III GmbH, die beide dem Verfahren vor dem vorlegenden Gericht beigetreten sind, „Parteien" des Ausgangsverfahrens im Sinne von Artikel 20 der Satzung sind und damit zur Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof berechtigt waren.

V — Zulässigkeit

73. Die Bundesregierung und die Streithelfer halten die Vorlage aus drei Gründen für unzulässig. Erstens sei der Rechtsstreit konstruiert und die Vorlage daher nach den Urteilen Foglia/Novello I und II [27] unzulässig. Zweitens verweisen sie auf eine Reihe von Unvollständigkeiten und Fehlern bei der Darlegung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens im Vorlagebeschluss. Drittens seien die vorgelegten Fragen für den Ausgangsrechtsstreit nicht entscheidungserheblich.

1. *Konstruierter Rechtsstreit*

74. Die Bundesregierung und die Streithelfer machen geltend, PreussenElektra und Schleswag seien sich über das angestrebte Ergebnis der Vorlage — die Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des StrEG 1998 durch den Gerichtshof — einig. Dies werde auch durch die Tatsache verdeutlicht, dass beide Parteien beim Bundesverfassungsgericht mehrere Verfahren gegen das StrEG eingeleitet hätten. Außerdem sei Schleswag ein Tochterunternehmen von PreussenElektra. Diese hätte folglich die streitigen Beträge durch interne Maßnahmen ohne Anrufung der Gerichte zurückerhalten können. Zudem seien die von der Beklagten des Ausgangsverfahrens vertretenen Rechtsauffassungen letztlich durch die Klägerin vorgegeben. Schließlich habe PreussenElektra die Erstattung an Schleswag geleistet, obwohl sie von der Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Gesetzes überzeugt gewesen sei. All diese Gesichtspunkten machten deutlich, dass die Klage von PreussenElektra auf Rückzahlung eines Teilbetrags der Erstattung nur einen Vorwand darstelle, der dazu diene, eine be-

25 — Rechtssache C-181/95, zitiert in Fußnote 23.

26 — Randnr. 6 des Beschlusses.

27 — Rechtssachen 104/79 und 244/80, zitiert in Fußnote 2.

stimmte Antwort vom Gerichtshof zu erhalten. Im Licht der Urteile in den beiden Rechtssachen Foglio/Novello und in der Rechtssache Meilicke [28] müsse der Gerichtshof die Vorlage für unzulässig erklären.

75. Der Gerichtshof hat entschieden, dass er ein Vorabentscheidungsersuchen unter bestimmten Voraussetzungen für unzulässig erklären kann, weil Artikel 177 EG-Vertrag von den Parteien als „konstruiertes Verfahren" [29] oder „künstliche Konstruktion" [30] in einem konstruierten Rechtsstreit benutzt wird. Er nahm das in einem Fall an, in dem die Parteien des Ausgangsverfahrens die Ungültigerklärung einer französischen Steuerregelung für Likörweine mittels eines Verfahrens vor einem italienischen Gericht erreichen wollten, das von zwei privaten Parteien geführt wurde, die über das angestrebte Ergebnis einig waren und in ihren Vertrag eine Klausel aufgenommen hatten, um das italienische Gericht zu einer Stellungnahme in dieser Frage zu veranlassen [31].

76. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, dass es nicht Aufgabe des Gerichtshofes ist, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, sondern dass er in Situationen, in denen die Antworten auf die vorgelegten Fragen für die Entscheidung eines wirklichen Rechtsstreits objektiv erforderlich sind, einen Beitrag zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten zu leisten hat [32]. Außerdem besteht die Besorgnis, dass die Parteien absichtlich eine Verfahrenssituation herbeiführen könnten, in der möglicherweise von dem Urteil betroffene Dritte an einer angemessenen Verteidigung ihrer Belange gehindert sind [33].

77. Zugegebenermaßen bestehen gewisse Ähnlichkeiten zwischen der Rechtssache Foglia/Novello und dem vorliegenden Fall. Zunächst sind sich PreussenElektra und Schleswag darüber einig, dass das StrEG 1998 gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Zudem waren in der speziellen Verfahrenskonstellation des Ausgangsrechtsstreits betroffene dritte Parteien wie etwa Erzeuger von Windstrom anfänglich daran gehindert, ihre rechtlichen Argumente und ihre Darstellung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorzubringen.

78. Doch ergibt sich aus dem Urteil in den Rechtssache Leclerc-Siplec [34], in der sich die Parteien darin einig waren, dass ein französisches Gesetz, das den Sektor des Vertriebs von der Fernsehwerbung ausschloss, gemeinschaftsrechtswidrig war, und in der der Hauptbegünstigte des angefochtenen Gesetzes (die regionale französische Presse) nicht am Verfahren beteiligt war [35], dass diese Faktoren allein nicht ausreichen, um die Vorlage unzulässig zu machen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass PreussenElektra und Schleswig in der Frage der Folgen eines Urteils des Ge-

28 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871).

29 — Urteil Foglia/Novello II, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 18.

30 — Urteil Foglia/Novello I, zitiert in Fußnote 2, Randnr. 10.

31 — Urteil Foglia/Novello I, Randnr. 10.

32 — Urteil Foglia/Novello II, Randnr. 18.

33 — Urteil Foglia/Novello II, Randnr. 29.

34 — Urteil vom 9. Februar 1995 in der Rechtssache C-412/93 (Leclerc-Siplec, Slg. 1995, I-179).

35 — Vgl. Nr. 1 meiner Schlussanträge in dieser Rechtssache.

richtshofes, in dem die Abnahmepflicht zu einer Mindestvergütung als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar bezeichnet würde, für das Ausgangsverfahren durchaus verschiedene Auffassungen vertreten [36]. Inzwischen sind auch interessierte dritte Parteien, nämlich das Land Schleswig-Holstein und die Windpark Reußenköge III GmbH, dem Ausgangsverfahren beigetreten; sie hatten auch Gelegenheit zur Stellungnahme vor dem Gerichtshof [37].

79. Außerdem bestehen zwischen dem vorliegenden Verfahren und den Rechtssachen Foglio/Novello zwei entscheidende Unterschiede. Erstens fechten PreussenElektra und Schleswag vor einem deutschen Gericht die Gültigkeit eines deutschen Gesetzes an. Eines der Hauptanliegen der Urteile Foglia/Novello, nämlich Konstellationen zu vermeiden, in denen die Gerichte eines Staates über die Gültigkeit von Gesetzen eines anderen Staates entscheiden, und dem betroffenen Mitgliedstaat angemessene Möglichkeiten zur Verteidigung seines Gesetzes zu gewährleisten, entfällt daher im vorliegenden Fall. Der zweite und möglicherweise noch wichtigere Unterschied besteht darin, dass der Interessenkonflikt zwischen PreussenElektra und Schleswag im Ausgangsverfahren nicht auf dem Parteiwillen oder auf ausgeklügelten vertraglichen Vereinbarungen beruht, sondern die automatische und objektive Folge der gesetzlichen Verpflichtung aus § 4 Absatz 1 StrEG 1998 ist.

80. Ich räume ein, dass die Gefahr eines konstruierten Rechtsstreits größer ist, wenn eine der Parteien des Verfahrens an der anderen die Mehrheit der Anteile hält. Trotzdem hat der Gerichtshof schon Vorabentscheidungsersuchen in Fällen angenommen, in denen es um Verfahren zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer Tochter ging [38]. Das Ausmaß der Kontrolle, die PreussenElektra über Schleswag ausübt, ist streitig; aber selbst wenn die Kontrolle das von den Streithelfern behauptete Ausmaß erreicht, so enthalten die Akten doch keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass PreussenElektra ihren angeblichen Einfluss auf das Verhalten von Schleswag ausgenutzt hätte, um den vorliegenden Rechtsstreit herbeizuführen. Im Gegenteil, PreussenElektra soll ein ähnliches Verfahren gegen ein anderes regionales Elektrizitätsversorgungsunternehmen eingeleitet haben, das nicht ihrer Kontrolle unterliegt; dieses Parallelverfahren sei bis zur Entscheidung im vorliegenden Verfahren ausgesetzt worden.

81. Schließlich vermag ich nicht zu sehen, was gegen die Entscheidung von PreussenElektra, zunächst die volle Abschlagszahlung für Mai in Höhe von 10 Mio. DM zu entrichten und nur einen relativ geringen Teilbetrag von 500 000 DM zurückzufordern, einzuwenden sein soll. Ein Unternehmen, das eine nationale Maßnahme für nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar hält, kann frei über seine Verfahrensstrategie entscheiden und auch einen Musterprozess führen, wenn ihm das angebracht erscheint [39]. Ein solches Vorgehen ist besonders dann verständlich, wenn die Verfahrenskosten nach dem Streitwert berechnet werden.

36 — Vgl. oben, Nrn. 54 und 55.

37 — Vgl. oben, Nrn. 64 bis 72.

38 — Vgl. z. B. Urteil vom 12. Juli 1979 in der Rechtssache 244/78 (Union Laitière Normande/French Dairy Farmers, Slg. 1979, 2663).

39 — Schlussanträge des Generalanwalts Reischl in der Rechtssache 112/80 (Dürbeck/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, Slg. 1981, 1095, 1127); Urteil vom 3. März 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-332/92, C-333/92 und C-335/92 (Eurico Italia u. a., Slg. 1994, I-711, Randnrn. 16 und 17).

82. Nach alledem ist das Ausgangsverfahren zwischen PreussenElektra und Schleswag kein künstlicher oder konstruierter Rechtsstreit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes.

2. *Unvollständigkeiten und Fehler bei der Darstellung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens*

83. Die Streithelfer und die Bundesregierung machen erstens geltend, das vorlegende Gericht habe nicht hinreichend erklärt, auf welcher Grundlage PreussenElektra nach deutschem Zivilrecht die Rückerstattung der an Schleswag gezahlten Beträge beanspruchen könne.

84. Es ist jedoch Sache des mit dem Ausgangsrechtsstreit befassten nationalen Gerichts, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung trägt, im Licht der Bestimmungen seiner Rechtsordnung und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der ihm unterbreiteten Rechtssache die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für die abschließende Entscheidung zu beurteilen. Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht die Gründe dargelegt, aus denen es die Antworten des Gerichtshofes für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rückerstattungsprozesses als nützlich ansieht, und es ist nicht ersichtlich, warum kein Zusammenhang zwischen diesen Antworten und den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens bestehen sollte [40].

85. Die Streithelfer bestreiten auch zwei Sachverhaltsangaben des vorlegenden Gerichts. Sie behaupten, dass Stromerzeuger und Elektrizitätsversorgungsunternehmen entgegen den Angaben im Vorlagebeschluss sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht ohne weiteres in der Lage seien, die Mehrkosten aufgrund des StrEG 1998 an den Endverbraucher weiterzugeben. Außerdem sei die Kommission bereits vor Erlass des StrEG 1998 im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 über alle erhebliche Änderungen „unterrichtet" worden; die Bundesrepublik habe daher die fraglichen Änderungen ordnungsgemäß notifiziert.

86. Wie sich aus den Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofes ergibt, bestehen in der Tat ernsthafte Zweifel daran, ob PreussenElektra und Schleswag an einer Weitergabe der Mehrkosten an die Endverbraucher gehindert sind [41]. Die Bescheide der schleswig-holsteinischen Behörden über die Ablehnung höherer Tarife für die Stromlieferung an Letztverbraucher, die als Beweis dafür angeführt wurden, dass rechtliche Schranken für die Weitergabe der Mehrkosten bestünden, scheinen auf anderen Gründen zu beruhen und bedeuten nicht, dass die genannten Behörden diese Zusatzkosten nicht als gerechtfertigt anerkannt hätten. Zudem folgt aus den Antworten auf eine andere schriftliche Frage

40 — Vgl. z. B. Urteil vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-318/98 (Fornasar u. a., Slg. 2000, I-4785).

41 — Vgl. auch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Oktober 1996, NJW 1997, S. 574 ff., 578.

des Gerichtshofes, dass das StrEG 1998 [42], indem es die Berücksichtigung der Mehrkosten bei der Festsetzung der Tarife gestattet, es den von der Abnahmepflicht betroffenen Netzbetreibern erlaubt, Zusatzkosten an Wettbewerber weiterzugeben, die über das entsprechende Netzwerk Strom liefern wollen. Das erlaubt wiederum den Netzbetreibern, Zusatzkosten an den Endverbraucher weiterzugeben, ohne dass sie den Wettbewerb durch Lieferanten zu fürchten hätten, die nicht den Verpflichtungen des StrEG 1998 unterliegen.

87. Zu der Frage, ob die deutschen Behörden die Kommission 1998 vor den geplanten Änderungen des Stromeinspeisungsgesetzes im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 EG-Vertrag „unterrichtet" haben, hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung mit Recht festgestellt, dass die Unterrichtung nach der Richtlinie 83/189/EWG vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften [43], die die deutschen Behörden vor dem Erlass der Änderungsvorschriften 1998 vorgenommen hatten, eine besondere Notifizierung nach Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 des Vertrages nicht ersetzen kann. Meines Erachtens ist auch fraglich, ob bloße Konsultationen zwischen einer Regierung und der Kommission für die Zwecke von Artikel 93 als ordnungsgemäße Notifizierung der Umgestaltung einer Beihilfe angesehen werden können.

88. Wie dem auch sei, jedenfalls ist zu bedenken, dass Artikel 177 EG-Vertrag auf einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des nationalen Gerichts, die dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen und daraus die Folgerungen für seine Entscheidung zu ziehen [44].

89. Daher berühren die angeblichen Unvollständigkeiten und Fehler im Vorlagebeschluss nicht die Zulässigkeit der Vorlage.

3. *Erheblichkeit der Fragen*

90. Bezüglich der Fragen nach der Auslegung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag machen die Streithelfer geltend, dass die Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 Satz 3 — unabhängig von der Frage, ob das StrEG 1998 staatliche Beihilfen enthalte — nicht eingreife und PreussenElektra daher

42 — § 2 Satz 3 StrEG 1998; vgl. oben, Nr. 29.

43 — ABl. 1983, L 109, S. 8. Die Richtlinie wurde, nachdem sie in der Zwischenzeit mehrfach geändert worden war, durch die Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. 1998, L 204, S. 37, ersetzt.

44 — Vgl. z. B. Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-435/97 (World Wildlife Fund u. a./Autonome Provinz Bozen u. a., Slg. 1999, I-5613, Randnrn. 31 und 32).

keinen Anspruch auf Rückzahlung der nach dem StrEG 1998 gezahlten Beträge habe.

91. Dies sei erstens darauf zurückzuführen, dass das StrEG 1998 nicht als Umgestaltung einer bestehenden Beihilfe im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 qualifiziert werden könne. Die 1998 vorgenommenen Änderungen seien nicht bedeutsam genug gewesen, um die Notifizierungspflicht und das Verbot der Durchführung nicht notifizierter Umgestaltungen nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag auszulösen.

92. Selbst wenn das StrEG 1998 als Umgestaltung einer bestehenden Beihilfe anzusehen wäre, so seien zweitens in dem Briefwechsel zwischen den deutschen Behörden und der Kommission vor und nach dem Erlass des StrEG 1998 eine ordnungsgemäße Notifizierung der Änderungen im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 Satz 1 und eine stillschweigende Genehmigung dieser Änderungen durch die Kommission zu sehen.

93. Was das erste Argument der Streithelfer angeht, so bin ich der Auffassung, dass in der Tat noch nicht geklärt ist, ob die Änderungen von 1998 — soweit die entsprechende Regelung als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist — bedeutsam genug waren, um die Notifizierungspflicht und das Verbot der Durchführung des geänderten Gesetzes nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag auszulösen.

94. Das Landgericht hat jedoch — wie ich meine, zu Recht — darauf hingewiesen, dass die Frage, ob das StrEG 1998 staatliche Beihilfen vorsehe, entscheidungserheblich sei, da die Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 Satz 3 nur eintrete, wenn die fragliche Maßnahme in ihrer geänderten Form eine staatliche Beihilfe darstelle. Der Umstand, dass das Landgericht keine Fragen zu anderen Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 93 Absatz 3 (z. B. dazu, ob die Umgestaltungen von 1998 bedeutsam genug waren, um die Notifizierungspflicht und die Sperrwirkung auszulösen) gestellt hat, ändert nichts an der Entscheidungserheblichkeit der dem Gerichtshof tatsächlich vorgelegten Frage.

95. Das zweite Argument der Streithelfer läuft auf eine Kritik an der Sachverhaltsdarstellung des vorlegenden Gerichts hinaus, auf die ich bereits eingegangen bin [45].

96. Die Bundesregierung macht geltend, eine Qualifikation der Abnahmepflicht als staatliche Beihilfe habe keine Auswirkung auf das Ausgangsverfahren, da der Streit zwischen PreussenElektra und Schleswag nicht die Vergütungsregelung als solche,

45 — Vgl. Nrn. 87 und 88.

sondern die Aufteilung der mit dieser Regelung verbundenen Kosten betreffe.

97. Dieses Argument geht deshalb fehl, weil die Erstattungspflicht des vorgelagerten Elektrizitätsversorgungsunternehmens nach § 4 Absatz 1 StrEG 1998 nach meinem Verständnis des Gesetzes nur dann ausgelöst wird, wenn das nachgelagerte Elektrizitätsversorgungsunternehmen tatsächlich nach § 2 StrEG 1998 zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien verpflichtet ist. Mir scheint daher, dass die Erstattungspflicht nicht mehr durchsetzbar ist, wenn die Abnahmepflicht durch Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen ist.

98. Zu Artikel 30 EG-Vertrag tragen die Streithelfer vor, das Verfahren vor dem nationalen Gericht betreffe einen Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug; es sei von den Parteien auch nicht vorgetragen worden, dass sie an der Einfuhr von Strom aus anderen Mitgliedstaaten gehindert seien. Die Frage des Landgerichts zu Artikel 30 sei daher hypothetisch.

99. Schleswag hat jedoch in der mündlichen Verhandlung angegeben, sie habe ein Angebot für in Schweden erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien zu einem Abnahmepreis von ca. 0,08 DM pro Kilowattstunde (das entspricht etwa der Hälfte der Vergütung für Windstrom nach dem StrEG 1998) erhalten, das sie wegen der Pflicht zur Abnahme des gesamten in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Windstroms nicht habe annehmen können.

100. Ich bin der Meinung, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall die Frage des vorlegenden Gerichts nach der Auslegung von Artikel 30 EG-Vertrag unabhängig vom Nachweis solcher konkreten Möglichkeiten der Stromeinfuhr beantworten sollte. § 1 StrEG 1998 sieht nämlich eindeutig eine unterschiedliche Behandlung von in Deutschland erzeugtem und eingeführtem Strom insoweit vor, als nur in Deutschland erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien durch die im StrEG vorgesehene Abnahmepflicht zu einer erhöhten Mindestvergütung begünstigt wird.

101. Ich habe in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Pistre[46] ausgeführt, dass der Gerichtshof es ablehnen sollte, sich zur Anwendung von Artikel 30 auf Einfuhren zu äußern, wenn sich aus den tatsächlichen Umständen klar ergibt, dass sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens völlig auf das Inland beschränkt.

102. Ich bin nach wie vor der Auffassung, dass die Einwände, die ich damals vorge-

46 — Verbundene Rechtssachen C-321/94, C-322/94, C-323/94 und C-324/94 (Pistre u. a., Slg. 1997, I-2343).

bracht habe, berechtigt sind, soweit die nationale Maßnahme unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist und das Ausgangsverfahren nicht eingeführte, sondern einheimische Erzeugnisse betrifft. Hinsichtlich solcher Maßnahmen wirkt sich Artikel 30 nur insoweit aus, als Einfuhren betroffen sind; er berührt die Maßnahme nicht, soweit sie sich auf einheimische Erzeugnisse bezieht [47]. In Verfahren, die nur einheimische Erzeugnisse betreffen, ist die Auslegung von Artikel 30 durch den Gerichtshof daher entweder nicht erheblich, oder sie erlangt nur aufgrund einer nationalen Bestimmung zur Verhinderung einer Inländerdiskriminierung Bedeutung. In beiden Fällen würde der Gerichtshof eine hypothetische, außerhalb des Sachverhalts liegende Frage bezüglich eingeführter Erzeugnisse beantworten.

103. Wenn dagegen eine nationale Maßnahme wie das StrEG 1998 rechtlich und tatsächlich den Absatz von Erzeugnissen einheimischen Ursprungs zu Lasten eingeführter Erzeugnisse fördert, so verursacht die Anwendung dieser Maßnahme auf einheimische Erzeugnisse einen Nachteil für eingeführte Erzeugnisse und behindert daher zumindest potenziell den innergemeinschaftlichen Handel. Maßnahmen zur Förderung einheimischer Erzeugnisse werden per definitionem häufig in rein innerstaatlichen Sachverhaltskonstellationen angewandt. Die praktische Wirksamkeit von Artikel 30 erfordert es, dass er in allen Fällen angewandt wird, in denen es um eine Maßnahme zur Förderung einheimischer Erzeugnisse geht, und zwar unabhängig davon, ob im Einzelfall Einfuhren als Alternative in Erwägung gezogen werden. Da die Auslegung von Artikel 30 in solchen Fällen für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblich ist, sollte der Gerichtshof die Fragen des vorlegenden Gerichts beantworten.

104. Der Gerichtshof hat jedenfalls sogar bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen [48] und in anderen Fällen, in denen die Erheblichkeit der Fragen für das Ausgangsverfahren zweifelhaft war [49], auf die Vorlagefragen geantwortet. Er hat dabei vor allem betont, dass es allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts sei, sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen [50].

105. Ich bin daher der Auffassung, dass der Gerichtshof auf die Vorlagefragen antworten sollte.

47 — Urteil vom 14. Dezember 1982 in den verbundenen Rechtssachen 314/81, 315/81, 316/81 und 83/82 (Procureur de la République/Waterkeyn, Slg. 1982, 4337).

48 — Vgl. Urteil vom 14. Juli 1988 in der Rechtssache 298/87 (Smanor, Slg. 1988, 4489, Randnrn. 8 und 9).

49 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. Juli 1997 in den Rechtssachen C-28/95 (Leur-Bloem, Slg. 1997, I-4161) und C-130/95 (Giloy, Slg. 1997, I-4291).

50 — Vgl. neuestens Urteil vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-281/98 (Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano, Slg. 2000, I-4139, Randnrn. 18 und 19).

VI — Frage 1: Das Stromeinspeisungsgesetz 1998 als staatliche Beihilfe

106. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Regelungen des StrEG 1998 eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag zugunsten der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien darstellen. Durch die Aufgliederung der ersten Frage in drei Teilfragen wollte das Landgericht den Gerichtshof vermutlich auf die besonderen Merkmale der nationalen Maßnahme aufmerksam machen.

107. Nach Artikel 92 Absatz 1 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 Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen".

108. Nach Auffassung der Bundesregierung und der Streithelfer stellt das StrEG 1998 keine staatliche Beihilfe dar. Aus dem Wortlaut von Artikel 92 Absatz 1, der Systematik des Vertrages und der Rechtsprechung des Gerichtshofes [51] ergebe sich, dass Vorteile, die weder unmittelbar noch mittelbar aus staatlichen Mitteln stammten, nicht als Beihilfen angesehen werden könnten. Eine andere, weitergehende Definition des Beihilfebegriffs würde praktisch alle nationalen Gesetze zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen den Bestimmungen über staatliche Beihilfen unterstellen und die im Vertrag niedergelegte Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durcheinander bringen. Das StrEG 1998 enthalte lediglich eine Preisfestsetzungsregelung, und die sich daraus ergebenden Vorteile für Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien würden ausschließlich aus privaten Mitteln finanziert. Da das StrEG 1998 keine Auswirkungen auf den Staatshaushalt habe, könne es nicht als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 angesehen werden.

109. Das vorlegende Gericht, Preussen-Elektra und Schleswag, die finnische Regierung sowie die Kommission vertreten die Auffassung, dass die im StrEG vorgesehenen Maßnahmen staatliche Beihilfen darstellten. Die Regelung des StrEG 1998 unterscheide sich von den Regelungen, um die es in Rechtssachen wie Van Tiggele [52] oder Sloman Neptun [53] gegangen sei, in denen der Gerichtshof die Anwendung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen abgelehnt habe. Sie lasse sich eher mit den Maßnahmen vergleichen, die den Rechts-

51 — Urteile vom 24. Januar 1978 in der Rechtssache 82/77 (Niederländische Staatsanwaltschaft/Van Tiggele, zitiert in Fußnote 20), vom 17. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun, zitiert in Fußnote 21), vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91 (Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185) und vom 7. Mai 1998 in den verbundenen Rechtssachen C-52/97, C-53/97 und C-54/97 (Viscido u. a., Slg. 1998, I-2629).

52 — Rechtssache 82/77, zitiert in Fußnote 20.

53 — Verbundene Rechtssachen C-72/91 und C-73/91, zitiert in Fußnote 21.

sachen Van der Kooy [54] und Ecotrade [55] auf der einen sowie Kommission/Frankreich [56] und Steinicke und Weinlig [57] auf der anderen Seite zugrunde gelegen hätten, in denen der Gerichtshof das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe bejaht habe. Aus dem Zweck der Bestimmungen über staatliche Beihilfen, dem Wortlaut von Artikel 92 Absatz 1 und verschiedenen Äußerungen des Gerichtshofes folge, dass die Finanzierung aus staatlichen Mitteln keine wesentliche Voraussetzung des Beihilfebegriffs sei. Falls sich aus der Rechtsprechung etwas anderes ergebe, müsse der Gerichtshof seine Auffassung überdenken, um die Möglichkeit der Umgehung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen durch die Mitgliedstaaten auszuschließen. Jedenfalls sei das StrEG als Umgehungsmaßnahme nach Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 Absatz 2 EG) in Verbindung mit Artikel 92 zu behandeln.

110. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es in der vorliegenden Rechtssache nicht um die Frage der Vereinbarkeit des StrEG 1998 mit den Bestimmungen über staatliche Beihilfen geht. Die Beurteilung der Vereinbarkeit von Beihilfemaßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt liegt in der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission, die der Kontrolle des Gemeinschaftsrichters untersteht. Sollte das StrEG 1998 eine staatliche Beihilfe darstellen, so könnte es immer noch nach dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen [58] genehmigt werden. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen eines der wichtigsten Umweltschutzziele der Europäischen Union ist [59].

111. Im vorliegenden Verfahren geht es demnach allein um den Anwendungsbereich der Regelung über die Beihilfeaufsicht. Mit anderen Worten, muss ein Mitgliedstaat, der ein Gesetz wie das StrEG 1998 erlassen will, den verfahrensrechtlichen Verpflichtungen des Artikels 93 EG-Vertrag (d. h. Notifizierungspflicht und Sperrwirkung) nachkommen, oder unterliegen derartige Gesetze nicht der Beihilfeaufsicht?

112. Der Streit betrifft außerdem nur eine Voraussetzung des Beihilfebegriffs. Wie sich aus dem oben zusammengefassten Parteivorbringen ergibt, beschränken sich die mündlichen und schriftlichen Erklärungen fast ausschließlich auf die Frage, ob die im StrEG 1998 vorgesehenen Vergünstigungen für Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen" im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 sind. Keiner der Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, ist der Auffassung, dass es an einer anderen grundlegenden Voraussetzung des

54 — Urteil vom 2. Februar 1988 in den verbundenen Rechtssachen 67/85, 68/85 und 70/85 (Van der Kooy/Kommission, Slg. 1988, 219).

55 — Urteil vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97 (Ecotrade, Slg. 1998, I-7907).

56 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 290/83 (Slg. 1985, 439).

57 — Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76 (Steinike und Weinlig/Deutschland, Slg. 1977, 595).

58 — ABl. 1994, C 72, S. 3.

59 — Vgl. z. B. Empfehlung des Rates 88/611/EWG vom 8. November 1988 zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Eigenerzeugern, zitiert in Fußnote 3; Entschließung des Rates vom 27. Juni 1997 über erneuerbare Energiequellen, ABl. 1997, C 210, S. 1; Mitteilung der Kommission — Energie für die Zukunft: Erneuerbare Energieträger — Weißbuch für eine Gemeinschaftsstrategie und Aktionsplan, KOM(97) 599 endg.; Entschließung des Rates vom 8. Juni 1998 über erneuerbare Energieträger, ABl. 1998, C 198, S. 1; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, zitiert in Fußnote 17.

Beihilfebegriffs fehlen könnte. Tatsächlich kann auch kaum bezweifelt werden, dass die erhöhte Mindestvergütung für Strom aus erneuerbaren Energien zusammen mit der Abnahmepflicht den Erzeugern dieser Art von Strom einen erheblichen und spezifischen wirtschaftlichen Vorteil gewährt, damit den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Erzeugergruppen verfälscht und letztlich den Stromhandel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

113. Auf der Grundlage dieser Vorüberlegungen und des Parteivorbringens werde ich folgende Fragen erörtern:

— Stellt die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs dar?

— Sollte der Gerichtshof diese Rechtsprechung überdenken?

— Können die durch das StrEG 1998 gewährten Vergünstigungen als aus staatlichen Mitteln finanziert angesehen werden?

— Stellt das StrEG 1998 eine durch Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine staatliche Beihilfe dar?

1. *Finanzierung aus staatlichen Mitteln als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes*

114. Die Formulierung „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen" in Artikel 92 Absatz 1 kann auf zweierlei Weise verstanden werden.

115. Einerseits könnte man annehmen, dass die „aus staatlichen Mitteln" gewährten Beihilfen als zweite Tatbestandsalternative die aus öffentlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen betreffen, während die „staatlichen... Beihilfen" als erste Tatbestandsalternative alle anderen, nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen erfassen. Nach dieser weiten Auslegung von Artikel 92 Absatz 1 ist jede Maßnahme, die bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile verschafft und auf einem dem Staat zuzurechnenden Verhalten beruht, unabhängig davon, ob sie zu einer finanziellen Belastung des Staates führt, eine staatliche Beihilfe.

116. Andererseits kann Artikel 92 Absatz 1 auch in dem Sinne verstanden werden, dass Beihilfen zwingend aus staat-

lichen Mitteln finanziert sein müssen und die Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen dazu dient, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch solche Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden. Nach dieser zweiten engeren Auslegung muss die fragliche Maßnahme zwingend auf Kosten des Staates erfolgen; die Finanzierung aus öffentlichen Mitteln ist grundlegende Voraussetzung des Begriffes der staatlichen Beihilfe.

117. In der inzwischen gefestigten Rechtsprechung hat sich die zweite Auslegung durchgesetzt, so dass nur *Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden*, als staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 anzusehen sind.

118. Diese Formulierung wurde erstmals im Urteil Van Tiggele [60] verwendet, das eine Regelung zur Festsetzung eines Mindestpreises für den Einzelhandelsverkauf von Genever betraf. Der Gerichtshof ist den Schlussanträgen des Generalanwalts Capotorti gefolgt und hat entschieden:

„Wie auch der Begriff der Beihilfe... zu bestimmen sein mag, der Wortlaut [von Artikel 92 Absatz 1] zeigt bereits, dass eine Maßnahme, die gekennzeichnet ist durch die Festsetzung von Mindestpreisen im Einzelhandel mit dem Ziel, den Verkäufer eines Erzeugnisses allein zu Lasten der Verbraucher zu begünstigen, keine Beihilfe... sein kann.

Die Vorteile, die ein derartiger Eingriff in die Preisbildung den Verkäufern des Erzeugnisses bringt, stammen nämlich weder unmittelbar noch mittelbar aus staatlichen Mitteln ..." [61]

119. Dieser Grundsatz dürfte in der Rechtssache Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor [62] bestätigt worden sein, die die Aufteilung besonderer Zollkontingente für die Einfuhr von gefrorenem Rindfleisch aus Nichtmitgliedstaaten betraf. In deutschen Rechtsvorschriften war die Aufteilung der nationalen Quote unter den inländischen Marktteilnehmern geregelt. Diese Vorschriften wurden von drei Händlern u. a. mit dem Argument angefochten, sie stellten eine staatliche Beihilfe zugunsten bestimmter anderer Händler dar.

60 — Rechtssache 82/77, zitiert in Fußnote 20.

61 — Randnrn. 24 und 25 des Urteils.

62 — Urteil vom 13. Oktober 1982 in den verbundenen Rechtssachen 213/81, 214/81 und 215/81 (Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor/Balm, Slg. 1982, 3583).

120. Nach Auffassung des Generalanwalts VerLoren van Themaat ließ sich angesichts der Unterscheidung zwischen „staatlichen Beihilfen" und „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen" in Artikel 92 Absatz 1 der Standpunkt vertreten, dass auch eine autonome Gewährung finanzieller Vorteile, die nicht von einem Mitgliedstaat finanziert würden, unter Artikel 92 falle. Als Beispiel erwähnte er Tarifermäßigungen, die von einem Mitgliedstaat privaten Elektrizitätsunternehmen zugunsten bestimmter Unternehmen vorgeschrieben würden [63].

121. Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass der finanzielle Vorteil, den die Marktteilnehmer aus ihrer Beteiligung an dem nationalen Zollkontingent zogen, nicht aus staatlichen, sondern aus Gemeinschaftsmitteln gewährt wurde, da die nicht erhobene Abschöpfung zu den letztgenannten Mitteln gehörte. Da sich die fragliche Maßnahme auf die bloße Verteilung eines Gemeinschaftszollkontingents beschränkte, stellte sie keine „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe" im Sinne der Artikel 92 bis 94 EG-Vertrag dar [64].

122. Das darauf folgende Urteil Kommission/Frankreich [65] verursachte eine gewisse Unsicherheit. Diese Rechtssache betraf eine besondere Beihilfe für bedürftige Landwirte, die aus den im Laufe mehrerer Jahre aufgelaufenen Betriebsüberschüssen der französischen Caisse nationale de crédit agricole finanziert wurde.

123. Die Kommission ging davon aus, dass der Staat Initiator der Entscheidung über die Beihilfegewährung gewesen sei, wobei jedoch der Überschuss, aus dem die Leistung finanziert worden sei, aus dem Bankgeschäft mit privaten Spareinlagen und nicht mit staatlichen Mitteln erwirtschaftet worden sei. Sie war der Auffassung, dass die fragliche Leistung keine staatliche Beihilfe im eigentlichen Sinne gewesen sei, sondern eine durch Artikel 5 EG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine staatliche Beihilfe [66].

124. Generalanwalt Mancini nahm aufgrund einer abweichenden Qualifikation des Sachverhalts an, dass die Beihilfe nicht nur vom Staat initiiert, sondern auch aus staatlichen Mitteln finanziert worden sei. Er war daher der Auffassung, dass es sich um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag gehandelt habe [67].

125. Der Gerichtshof hat nicht geprüft, ob die Leistung tatsächlich aus staatlichen Mitteln finanziert worden war. Er hat sie unabhängig davon als staatliche Beihilfe betrachtet und folgende Ausführungen gemacht:

„Der allgemein gehaltene Wortlaut [des Artikels 92 Absatz 1] erlaubt es, jede

63 — Nr. 5 der Schlussanträge.

64 — Randnrn. 22 und 24 des Urteils.

65 — Rechtssache 290/83, zitiert in Fußnote 56.

66 — Randnrn. 6 bis 9 des Urteils.

67 — Nr. 3 der Schlussanträge.

staatliche Maßnahme aufgrund von Artikel 92... zu überprüfen, sofern sie die Gewährung einer Beihilfe gleich welcher Art bewirkt.

Bereits aus dem Wortlaut des Artikels 92 Absatz 1 ergibt sich, dass staatliche Beihilfen nicht nur solche sind, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden." [68]

126. Auch in den beiden Rechtssachen Van der Kooy [69] und Griechenland/Kommission [70], die kurz nach dem Urteil Kommission/Frankreich entschieden worden sind, hat der Gerichtshof nicht auf einer Finanzierung aus staatlichen Mitteln bestanden.

127. Die derzeitige Rechtsprechung ist durch das Urteil Sloman Neptun [71] begründet worden. Es ging dabei um eine Maßnahme, die es bestimmten unter deutscher Flagge fahrenden Seeschifffahrtsunternehmen erlaubte, Seeleute, die Staatsangehörige von Drittstaaten waren, schlechteren Arbeits- und Vergütungsbedingungen zu unterwerfen als denjenigen für deutsche Staatsangehörige.

128. Generalanwalt Darmon hat sich nach eingehender Erörterung des Themas dafür ausgesprochen, dass die Herkunft der Mittel zur Finanzierung einer Beihilfemaßnahme keine Rolle spiele. Nach seiner Auffassung verlangte Artikel 92 Absatz 1 nur, dass die Maßnahme auf einem dem Mitgliedstaat zuzurechnenden Verhalten beruhte [72].

129. Der Gerichtshof hat jedoch unter Verweisung auf das Urteil Van Tiggele entschieden, dass nur solche Vorteile als Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 anzusehen seien, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt würden. Der Wortlaut dieser Bestimmung und die Verfahrensvorschriften in Artikel 93 EG-Vertrag zeigten nämlich, dass die aus anderen als staatlichen Mitteln gewährten Vorteile nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen fielen. Die Unterscheidung zwischen staatlichen Beihilfen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen diene dazu, in den Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch solche Beihilfen einzubeziehen, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt würden [73].

130. Zu der Frage, ob die Vorteile der betreffenden Maßnahme aus staatlichen Mitteln gewährt wurden, hat der Gerichtshof festgestellt, dass diese Maßnahme nicht auf die Schaffung eines Vorteils abgezielt habe, der eine zusätzliche Belastung für den Staat dargestellt hätte, sondern mit ihr lediglich

68 — Randnrn. 13 und 14 des Urteils.

69 — Zitiert in Fußnote 54, Randnrn. 28 und 32 bis 38 des Urteils.

70 — Urteil vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 57/86 (Griechenland/Kommission, Slg. 1988, 2855, Randnr. 12) sowie die Schlussanträge des Generalanwalts Slynn, S. 2867.

71 — Zitiert in Fußnote 21.

72 — Vgl. insbesondere Nrn. 40 bis 43 der Schlussanträge.

73 — Randnr. 19 des Urteils.

zugunsten der Schifffahrtsunternehmen der Rahmen verändert worden sei, innerhalb dessen die vertraglichen Beziehungen mit deren Arbeitnehmern zustande gekommen seien. Die sich aus der Maßnahme ergebenden Folgen seien sowohl im Hinblick auf die Differenz in der Berechnungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge als auch bezüglich der Einbuße an Steuererträgen durch die geringe Höhe der Vergütungen einer solchen Regelung immanent gewesen und hätten kein Mittel dargestellt, um den betroffenen Unternehmen einen bestimmten Vorteil zu gewähren. Daher sei die Maßnahme keine staatliche Beihilfe gewesen [74].

131. Der Grundsatz, dass staatliche Beihilfen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert sein müssen, ist seit Sloman Neptun in allen einschlägigen Urteilen bestätigt worden: Kirsammer-Hack/Sidal [75], Viscido [76], Ecotrade/AFS [77] und Piaggio [78].

132. Die Gemeinschaftsgerichte haben erst vor kurzem in der Rechtssache Ladbroke [79] Rechtsvorschriften über die mögliche Verwendung nicht beanspruchter Gewinne aus Wetten für Pferderennen durch den französischen Pari Mutuel Urbain (im Folgenden: PMU) geprüft. Nach der ursprünglichen Regelung durften nicht beanspruchte Gewinne nur für bestimmte Sozialausgaben verwendet werden. Die nicht für solche zulässigen Zwecke verwendeten Gewinne waren an den Staat abzuführen. Später dehnte der französische Gesetzgeber die zugelassenen Verwendungsmöglichkeiten auf andere Tätigkeiten aus, um dem PMU bei der Finanzierung besonderer Entlassungsentschädigungen für ehemalige Beschäftigte zu helfen. Der Gerichtshof hat in Übereinstimmung mit dem Gericht erster Instanz angenommen, dass die französischen Behörden mit dieser Maßnahme auf Mittel verzichtet hätten, die sonst wieder in den Staatshaushalt gelangt wären, so dass im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag staatliche Mittel an den Begünstigten geflossen seien. Zu dem Argument, die fraglichen Beträge hätten niemals unmittelbar dem Staat gehört, hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Beträge ständig unter staatlicher Kontrolle und damit zur Verfügung der zuständigen nationalen Behörden gestanden hätten, was ausreiche, um sie als staatliche Mittel im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 zu qualifizieren [80].

133. Demnach ist die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung eine grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs.

74 — Randnrn. 20 bis 22 des Urteils.

75 — Rechtssache C-189/91, zitiert in Fußnote 51.

76 — Verbundene Rechtssachen C-52/97, C-53/97 und C-54/97, zitiert in Fußnote 50.

77 — Rechtssache C-200/97, zitiert in Fußnote 55.

78 — Urteil vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-295/97 (Piaggio, Slg. 1999, I-3735).

79 — Urteil des Gerichtshofes vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P (Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Slg. 2000, I-3271), mit dem das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 27. Januar 1998 in der Rechtssache T-67/94 (Ladbroke Racing/Kommission, Slg. 1998, II-1) bestätigt wird.

80 — Vgl. Randnrn. 45 bis 51 des Urteils des Gerichtshofes.

2. Sollte der Gerichtshof seine Rechtsprechung überdenken?

134. Das vorlegende Gericht, die Kommission, PreussenElektra, Schleswag und die finnische Regierung vertreten die Auffassung, dass die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nicht als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs zu betrachten sei. Artikel 92 Absatz 1 verlange lediglich, dass die Maßnahme auf eine Handlung eines Mitgliedstaats zurückzuführen sei.

135. Sie verweisen auf Urteile des Gerichtshofes und Schlussanträge der Generalanwälte, in denen die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nicht als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs angesehen worden sei [81]. Die Bundesregierung und die Kommission hätten außerdem die in den aufeinander folgenden Fassungen des Stromeinspeisungsgesetzes enthaltene Regelung stets als staatliche Beihilfe angesehen.

136. Für eine weite Auslegung des Artikels 92 Absatz 1 bringen sie folgende Argumente vor.

137. Erstens sei Artikel 92 Absatz 1 auf Beihilfen „gleich welcher Art" anzuwenden. Diese Formulierung spreche für eine weite Auslegung des Beihilfebegriffs.

138. Zweitens folge aus Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag (jetzt Artikel 3 Buchstabe g EG), dass die Bestimmungen über staatliche Beihilfen tragendes Element eines Systems seien, das „den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen" schützen solle. Ziel der Artikel 92 ff. sei es also, gleiche Wettbewerbsbedingungen für die Marktteilnehmer aufrechtzuerhalten. Damit Artikel 92 einen sinnvollen Beitrag zur Erreichung dieses Zieles leisten könne, sei eine weite Auslegung des Beihilfebegriffs geboten [82]. Aus diesem Grund habe der Gerichtshof wohl entschieden, dass bei der Anwendung des Artikels 92 im Wesentlichen die Auswirkungen der Beihilfe auf die begünstigten Unternehmen oder Erzeuger zu berücksichtigen seien [83].

139. Bei dieser teleologischen Betrachtungsweise erweise sich eine staatliche Maßnahme, mit der bestimmten Unternehmen spezifische Vorteile gewährt werden, nicht als weniger wettbewerbsschädlich, nur weil sie aus privaten und nicht aus staatlichen Mitteln finanziert werde. Im Gegenteil, die Wettbewerbsverfälschung könne sogar noch verstärkt werden, wenn die Kosten der Maßnahmen von den Wettbewerbern der begünstigten Unternehmen und nicht von der Allgemeinheit getragen würden.

81 — Vgl. oben, Nrn. 120, 122 bis 126 und 128 sowie Fußnoten 63, 68, 69, 70 und 72.

82 — Generalanwalt Lenz in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache 234/84 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, 2269).

83 — Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76 (Steinike und Weinlig/Deutschland, Slg. 1977, 595).

140. Der vorliegende Fall sei ein vorzügliches Beispiel einer solchen potenziell schädlichen Situation. Das StrEG 1998 belaste die Erzeuger von Strom aus herkömmlichen Energien in doppelter Hinsicht.

141. Als Wettbewerber müssten sie mit der Tatsache leben, dass durch das StrEG 1998 den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien eine Betriebsbeihilfe (die schädlichste Form der Beihilfe) in beträchtlicher Höhe gewährt werde. Zudem werde die Höhe dieser Betriebsbeihilfe auf der Grundlage der Stromerzeugung und der durchschnittlichen Abgabepreise des Vorjahres (und nicht der Erzeugungskosten) festgelegt. Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien könnten daher die ihnen zustehende Beihilfe einseitig erhöhen, indem sie die Produktion steigerten und die Erzeugungskosten senkten. Durch die Abnahmepflicht würden den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien auch die üblichen Risiken von Überkapazitäten oder Preisschwankungen abgenommen.

142. Außerdem würden die Kosten für die fragliche Beihilfemaßnahme nicht vom Steuerzahler, sondern von den Erzeugern von Strom aus herkömmlichen Energien getragen. Diese verlören dadurch wertvolle Ressourcen, die sie andernfalls zu Wettbewerbszwecken einsetzen könnten. Die Regelung des StrEG 1998 verfälsche daher den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Gruppen von Stromerzeugern in noch höherem Ausmaß, als dies eine einfache haushaltsfinanzierte Beihilfe täte.

143. Drittens sei auch zu berücksichtigen, dass sämtliche staatlichen Einkünfte letztlich durch Privatpersonen über Steuern aufgebracht würden. Unabhängig von der Art und der Anzahl der zwischengeschalteten Stellen belaste daher die Finanzierung wirtschaftlicher Vorteile, die der Staat bestimmten Unternehmen gewähre, jedenfalls die Einzelnen und die Wirtschaftsteilnehmer [84].

144. Es sei daher formalistisch, wenn man die Bestimmungen über staatliche Beihilfen in Fällen anwende, in denen bestimmte Unternehmen Gelder in ein staatliches Sondervermögen einzahlen müssten, die dann an Wettbewerber verteilt würden [85], und in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die betroffenen Unternehmen direkte Zahlungen an ihre Wettbewerber zu leisten hätten, diese Bestimmungen unangewandt lasse.

145. Schließlich bestehe die Gefahr der Umgehung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen. Würde man die Finanzierung aus staatlichen Mitteln als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs ansehen, so könnten die Mitgliedstaaten

84 — Generalanwalt Darmon in seinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 und C-73/91, zitiert in Fußnote 21.

85 — Vgl. z. B. Rechtssachen 78/76 (Steinike und Weinlig/Deutschland, zitiert in Fußnote 82) und 290/83 (Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 56).

versucht sein, Regelungen zu entwickeln, die bestimmten inländischen Unternehmen große wirtschaftliche Vorteile verschafften, schwerwiegende Auswirkungen für den Wettbewerb und den grenzüberschreitenden Handel in Europa hätten, dem betreffenden Mitgliedstaat keine Ausgaben verursachten und zu alledem auch noch der Kontrolle der Kommission nach Artikel 93 EG-Vertrag entzogen seien.

146. Die Kommission fordert den Gerichtshof ausdrücklich auf, seine bisherige Rechtsprechung im Licht der neueren Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts und im Hinblick auf die Regelung des StrEG 1998 zu überdenken. Mit der Vollendung des Binnenmarktes und dem Beginn der Währungsunion seien selektive Beihilfemaßnahmen das letzte den Mitgliedstaaten verbleibende Instrument, um ihren inländischen Unternehmen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Bei einer Überprüfung durch die Kommission könnten sich solche Beihilfemaßnahmen sehr wohl als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erweisen. Es sei jedoch von größter Bedeutung, dass die in Artikel 93 EG-Vertrag vorgesehenen Kontrollmechanismen angewandt würden, die die notwendige Disziplin und Transparenz sicherstellten. Der Gerichtshof müsse daher bei der Definition des Beihilfebegriffs die Ziele der Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen und die Voraussetzungen für deren Wirksamkeit stärker berücksichtigen.

147. PreussenElektra und die Kommission machen außerdem geltend, das StrEG 1998 könne nicht mit den Maßnahmen verglichen werden, die den Rechtssachen zugrunde gelegen hätten, in denen der Gerichtshof entschieden habe, dass staatliche Beihilfen aus staatlichen Mitteln finanziert sein müssten. Der in diesen Rechtssachen aufgestellte Grundsatz sei daher nicht allgemein anwendbar und dürfe insbesondere nicht im vorliegenden Fall angewandt werden.

148. In der Rechtssache Van Tiggele habe die fragliche Maßnahme, mit der ein Mindestpreis für den Einzelhandelsverkauf von Genever festgesetzt worden sei, eine ganz andere Wirkung gehabt, weil die Verbraucher frei darüber entschieden hätten, ob sie Genever kauften, wobei sie auch die Wahl zwischen verschiedenen Marken gehabt hätten. Die finanziellen Folgen seien vom Endverbraucher getragen worden. Es sei darum gegangen, inländische Erzeuger gegen günstigere Einfuhren zu schützen. Die Maßnahme habe daher gegen Artikel 30 EG-Vertrag verstoßen. Dagegen werde bei der Regelung des StrEG 1998 der den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien gewährte Vorteil von den Wettbewerbern und nicht von der Allgemeinheit finanziert [86]. Die betroffenen Unternehmen seien verpflichtet, den gesamten in ihrem Gebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen, und könnten nicht frei über die Abnahme entscheiden. Vorgelagerte Versorgungsunternehmen seien automatisch zur Zahlung von Erstattungen verpflichten. Sie erhielten für diese Zahlungen nicht einmal eine Gegenleistung. Ziel des StrEG 1998 sei nicht primär die Verhinderung von Einfuhren, sondern die Verbesserung der Wettbewerbssituation der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien.

149. Ferner verpflichte das StrEG 1998, anders als die den Rechtssachen Sloman

86 — Vgl. zu den Zweifeln an dieser Behauptung oben, Nr. 86.

Neptun, Kirsammer-Hack und Viscido zugrunde liegenden Maßnahmen, die Wettbewerber zu direkten Zahlungen an die begünstigten Unternehmen. Die wirtschaftlichen Vorteile für die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien und die Kosten für die betroffenen Unternehmen seien offensichtlich und leicht bezifferbar.

150. Ich gebe zu, dass die angeführten Argumente für eine weite Auslegung des Beihilfebegriffs eine gewisse Überzeugungskraft haben. Trotzdem bin ich der Meinung, dass die Finanzierung aus staatlichen Mitteln eine grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs ist und der Gerichtshof daher an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten sollte.

151. Der erste Grund hierfür ist der, dass die vom Gerichtshof in den Urteilen Sloman Neptun, Kirsammer-Hack und Viscido gewählte Auslegung des Begriffes „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte" Beihilfen, auch wenn diese Formulierung unterschiedlich ausgelegt werden kann, jedenfalls dem natürlichen Begriffsverständnis näher kommt und weniger Folgeprobleme verursacht.

152. Nach der Auslegung des Gerichtshofes erfassen die „staatlichen... Beihilfen" als erste Tatbestandsalternative gewöhnliche Beihilfen, die aus öffentlichen Mitteln finanziert und unmittelbar durch den Staat gewährt werden. Die zweite Tatbestandsalternative (aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen) bezieht sich dagegen auf die seltenere subsidiäre Kategorie der Beihilfen, die zwar aus staatlichen Mitteln finanziert, aber nicht unmittelbar durch den Staat, sondern durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden. Folgt man dieser Auslegung, so erklärt sich die zweite Tatbestandsalternative des Artikel 92 Absatz 1 einfach dadurch, dass die Verfasser des Vertrages eine Umgehung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen durch eine dezentralisierte und/oder privatisierte Beihilfeauszahlung verhindern wollten.

153. Nach dem Verständnis der Vertreter einer weiten Auslegung des Artikels 92 Absatz 1 betrifft die zweite Tatbestandsalternative (aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen) aus öffentlichen Mitteln finanzierte Maßnahmen, während die erste Tatbestandsalternative (staatliche Beihilfen) alle übrigen, nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen erfasst. Eine solche Auslegung des Artikels 92 Absatz 1 würde voraussetzen, dass die Verfasser des Vertrages einen Begriff, der sich auf eine Auffangkategorie (nämlich die der nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Beihilfen) bezieht, vor den Begriff gesetzt hätten, der die Regelfälle erfasst. Das entspricht weder einer nahe liegenden noch einer üblichen Vorgehensweise bei der Gesetzgebung.

154. Außerdem folgt aus einer systematischen Auslegung des Vertrages, dass der Titel des Abschnitts „Staatliche Beihilfen" beide Tatbestandsalternativen des Artikels 92 Absatz 1, nämlich „staatliche... Beihilfen" und „aus staatlichen Mitteln" gewährte Beihilfen, erfassen muss. Da der

Wortlaut der ersten Tatbestandsalternative praktisch mit dem des Titels übereinstimmt [87], lässt sich schwerlich annehmen (wie das die Vertreter einer weiten Auslegung tun müssen), dass sich die erste Tatbestandsalternative der „staatlichen Beihilfen" nur auf die Auffangkategorie der aus privaten Mitteln finanzierten staatlichen Maßnahmen bezieht.

155. Zweitens begegnet die teleologische Argumentation der Vertreter einer weiten Auslegung des Artikels 92 Absatz 1 einem grundlegenden Problem. Sie laufen nämlich Gefahr, bei der Bestimmung des Zweckes der Vorschriften über staatliche Beihilfen das vorauszusetzen, was sie zu beweisen hätten, nämlich dass diese Vorschriften auf alle staatlichen Maßnahmen Anwendung finden sollen. In Anbetracht des Titels des entsprechenden Abschnitts und des Wortlauts von Artikel 92 Absatz 1 lässt sich jedoch ebenso gut vertreten, dass die Vorschriften über staatliche Beihilfen nur dazu dienen sollen, den Wettbewerb vor aus öffentlichen Mitteln finanzierten staatlichen Maßnahmen und nicht vor jeder Art von staatlichen Maßnahmen zu schützen. Wenn das aber das Ziel der Artikel 92 ff. ist, dann kann der Begriff der „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen" nicht so weit ausgelegt werden, wie es gefordert wird.

156. Drittens lässt sich für die Auslegung des Gerichtshofes ein systematisches Argument im Zusammenhang mit den Verfahrensvorschriften des Artikels 93 anführen. Diese Bestimmung schützt die Interessen der Wettbewerber des begünstigten Unternehmens und der Mitgliedstaaten, in denen diese Wettbewerber niedergelassen sind [88], die Interessen des beihilfegewährenden Mitgliedstaats und des begünstigten Unternehmens, die beide eine möglichst rasche Durchführung der Beihilfe anstreben [89], und die Interessen der Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit [90]. Die Regelung des Artikels 93 enthält demgegenüber kein Element, das auf die besonderen Belange von Unternehmen einginge, die Beihilfen für andere Unternehmen zu finanzieren haben. Würde aber Artikel 92 Absatz 1 aus privaten Mitteln finanzierte Maßnahmen systematisch erfassen, so würde man in Artikel 93 Regelungen zu den entsprechenden verfahrensmäßigen Rechten und Pflichten erwarten. Es ist auch schwer vorstellbar, wie eine Entscheidung der Kommission, mit der die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen angeordnet würde, durchgesetzt werden könnte, wenn die entsprechende Beihilfe von einem Konzern an einen anderen ausgezahlt worden wäre.

157. Ein viertes Argument für die Lösung des Gerichtshofes besteht darin, dass sie mehr Rechtssicherheit bietet. Ich stimme zwar nicht mit den Streithelfern und der deutschen Regierung überein, die geltend machen, dass bei einer weiten Auslegung von Artikel 92 Absatz 1 praktisch die gesamten nationalen Rechtsvorschriften zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen

87 — In der deutschen Sprachfassung des Vertrages ist der Wortlaut „staatliche Beihilfen" in beiden Fällen identisch.

88 — Artikel 93 Absatz 2.

89 — Vgl. beispielsweise die „unverzügliche" Einleitung des Verfahrens in Artikel 93 Absatz 3.

90 — Vgl. Artikel 93 Absatz 2 Unterabsatz 3.

fielen. Die meisten nationalen Rechtsvorschriften dieser Art würden schon deshalb keine Beihilfen darstellen, weil sie nicht dem Erfordernis der Selektivität gerecht würden, da nicht *bestimmte* Unternehmen oder Produktionszweige im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 begünstigt würden. Die weite Auslegung würde jedoch dazu führen, dass die Mitgliedstaaten, die betroffenen Unternehmen, die Kommission, die nationalen Gerichte und schließlich die Gemeinschaftsgerichte für sämtliche Rechtsvorschriften zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen darüber entscheiden müssten, ob sie im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 bestimmten Unternehmen selektive Vergünstigungen gewähren. Eine solche Beurteilung ist aber ein schwieriges Unterfangen mit ungewissem Ausgang, so dass es vorzuziehen ist, Rechtsvorschriften über die Beziehungen zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen herauszuhalten.

158. Schließlich sollte die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten in großem Stil Beihilfemaßnahmen für bestimmte inländische Unternehmen einführen, die aus privaten Mitteln finanziert sind, dieselben wettbewerbsschädlichen Auswirkungen wie gewöhnliche Beihilfen haben und dabei der Kontrolle der Kommission entzogen sind, auch nicht überschätzt werden. Die zur Finanzierung solcher Maßnahmen herangezogenen Unternehmen werden alle ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen und politischen Mittel nutzen, um die fragliche Maßnahme zu bekämpfen. Im vorliegenden Fall haben PreussenElektra und Schleswag das StrEG 1998 in einer Reihe von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht angefochten. Außerdem würde eine Maßnahme, die ebenso negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Handel hätte wie eine aus staatlichen Mitteln finanzierte Beihilfe, mit großer Wahrscheinlichkeit gegen andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts [91] verstoßen. Die Kommission könnte dann nach Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) vorgehen.

159. Ich komme deshalb zu dem Ergebnis, dass die Finanzierung aus staatlichen Mitteln eine grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs darstellt und der Gerichtshof daher nicht von seiner Rechtsprechung abweichen sollte.

3. Können die durch das StrEG 1998 gewährten Vergünstigungen als aus staatlichen Mitteln finanziert angesehen werden?

160. Das vorlegende Gericht, PreussenElektra und die Kommission vertreten die Auffassung, dass die durch das StrEG 1998 den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien gewährten Vergünstigungen als aus staatlichen Mitteln finanziert anzusehen seien. Sie stützen diese Schlussfolgerung auf drei verschiedene Argumentationsreihen.

91 — Beispielsweise Artikel 30 EG-Vertrag, vgl. Rechtssache 82/77 (Niederländische Staatsanwaltschaft/Van Tiggele, zitiert in Fußnote 20).

a) Eventuelle Einbuße an Steuererträgen

161. Das vorlegende Gericht führt aus, das StrEG 1998 vermindere die Gewinne der Unternehmen, die der Abnahmepflicht und der Erstattungspflicht unterlägen. Die Verminderung der Gewinne führe zu einer entsprechenden Einbuße an Steuererträgen.

162. Aus der Rechtsprechung folgt jedoch, dass eine sich für den Staat eventuell aus der Anwendung einer Regelung wie der des StrEG 1998 ergebende Einbuße an Steuererträgen als solche nicht die Qualifizierung dieser Regelung als staatliche Beihilfe rechtfertigen kann [92]. Es trifft zwar zu, dass staatliche Beihilfen mitunter durch einen Verzicht auf staatliche Einkünfte finanziert werden [93]. Im vorliegenden Fall stammen jedoch die Mittel, aus denen die Vorteile für Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien finanziert werden, nicht aus angeblichen Einbußen an Steuererträgen, sondern von den dem StrEG 1998 unterliegenden Unternehmen und letztlich wahrscheinlich von den Verbrauchern. Die fraglichen Einbußen sind daher nur ein dem StrEG 1998 immanenter Nebeneffekt.

b) Umwandlung privater Mittel in staatliche Mittel

163. Nach Auffassung der Kommission und von PreussenElektra führt die Regelung des StrEG 1998 zu einer Umwandlung privater Mittel in staatliche Mittel. Sie sei in ihrer Wirkung insoweit mit einer Steuer vergleichbar, als sie der privaten Sphäre Mittel entziehe und sie einem im Allgemeininteresse liegenden Zweck zuführe. Dies werde bei der Erstattungspflicht nach § 4 Absatz 1 StrEG 1998 besonders deutlich. Nach dieser Bestimmung hätten die vorgelagerten Elektrizitätsversorgungsunternehmen den nachgelagerten Unternehmen Zahlungen zu leisten, ohne irgendeine Gegenleistung zu erhalten. Damit bestehe kein relevanter Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und Fällen, in denen parafiskalische Abgaben zur Finanzierung von Beihilfemaßnahmen herangezogen würden.

164. Tatsächlich werden staatliche Beihilfen häufig durch Einkünfte aus parafiskalischen Abgaben finanziert [94]. Außerdem müssen sich staatliche Mittel im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 nicht zwangsläufig im Vermögen staatlicher Stellen befinden; es ist sogar möglich, dass sie sich von Anfang an in den Händen der begünstigten Unternehmen befunden haben. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Staat eine Beihilfe gewährt, indem er auf Einkünfte verzichtet. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Ausdehnung der zugelassenen Verwendungsmöglichkeiten der PMU für nicht beanspruchte Gewinne aus Wetten für Pferderennen in der Rechtssache Ladbroke [95]. Es ist auch anerkannt, dass staatliche Mittel nicht unbedingt auf Dauer zum Vermögen des öffentlichen Sektors

92 — Vgl. Urteile vom 17. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun, zitiert in Fußnote 21, Randnr. 21) und vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97 (Ecotrade, zitiert in Fußnote 55, Randnr. 36).

93 — Vgl. Urteil vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P (Französische Republik/Ladbroke Racing und Kommission, zitiert in Fußnote 79).

94 — Vgl. z. B. Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-72/92 (Herbert Scharbatke/Deutschland, Slg. 1993, I-5509, Randnr. 18).

95 — Urteil vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P (zitiert in Fußnote 79, Randnrn. 45 bis 51).

gehören müssen. In der Rechtssache Air France ist daher der durch die Zu- und Abflüsse auf den Konten der französischen Caisse des dépôts et consignations entstandene Saldo, den die Caisse so verwenden konnte, als stünden ihr die entsprechenden Mittel endgültig zur Verfügung, den staatlichen Mitteln zugerechnet worden [96].

165. All diesen Fällen ist jedoch gemeinsam, dass der Staat in irgendeiner Form die Kontrolle über die fraglichen Mittel ausübte. Bei den parafiskalischen Abgaben gehen die Mittel in das Vermögen des Staates über, bevor sie an die begünstigten Unternehmen ausgezahlt werden. Im Fall des Verzichts auf Einkünfte begibt sich der Staat eines Betrages, auf den er an sich Anspruch hätte. Staatliche Mittel im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag sind daher nur solche Mittel, die staatlichen Behörden *zur Verfügung stehen* [97].

166. Im vorliegenden Fall standen die nach dem StrEG 1998 zu zahlenden Beträge den deutschen Behörden weder zur Verfügung noch werden sie ihnen jemals zur Verfügung stehen. Zu keinem Zeitpunkt bestanden irgendwelche Rechte staatlicher Behörden an diesen Beträgen. Sie haben niemals den privaten Sektor verlassen. Weigert sich eines der Unternehmen, seine Verpflichtungen aus dem StrEG 1998 zu erfüllen, so muss das andere die Gerichte in Anspruch nehmen. Folgte man der Auffassung der Kommission und von PreussenElektra, so wären alle Beträge, die eine Person einer anderen aufgrund eines bestimmten Gesetzes schuldet, als staatliche Mittel anzusehen. Das wäre eine unvertretbar weite Auslegung dieses Begriffes. Die privaten Mittel, die nach dem StrEG 1998 zu übertragen sind, stellen daher zu keinem Zeitpunkt staatliche Mittel im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag dar.

167. In Wirklichkeit verlangen die Kommission und PreussenElektra vom Gerichtshof, dass er die Regeln für aus parafiskalischen Abgaben finanzierte Maßnahmen im Wege der Analogie auf das StrEG 1998 anwendet. Eine zulässige Analogie würde jedoch voraussetzen, dass eine Lücke oder mit anderen Worten eine Situation, die nicht durch eine vorhandene Regel abgedeckt wird, besteht. Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedoch, dass bereits eine klare Regel besteht, nach der Maßnahmen, die ausschließlich aus privaten Mitteln finanziert werden, nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen fallen. Die von der Kommission und PreussenElektra vorgeschlagene Analogie würde daher im Ergebnis die Unterscheidung zwischen öffentlich und privat finanzierten Maßnahmen aufheben.

96 — Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache T-358/94 (Air France/Kommission, Slg. 1996, II-2109, Randnrn. 66 und 67).

97 — Vgl. die Formulierungen im Urteil Ladbroke, Randnr. 50, und im Urteil Air France, Randnr. 68

c) Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen als staatliche Mittel

168. Nach Auffassung der Kommission folgt aus den Urteilen Ecotrade [98] und Van der Kooy [99], dass eine Beihilfemaßnahme, die durch ganz oder teilweise im öffentlichen Eigentum befindliche Unternehmen finanziert wird, im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 als aus staatlichen Mitteln finanziert anzusehen sei. Die Kommission bezieht sich auf 1996 veröffentlichte Daten [100] und trägt vor, dass bei sechs der neun großen Verbandunternehmen der ersten Ebene des deutschen Strommarktes die Mehrheit des Kapitals in staatlicher Hand sei und dass sich 60 % der Anteile aller regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ebenfalls in öffentlicher Hand (meist im Eigentum von Städten und Gemeinden) befänden. Daraus folge, dass die Abnahmepflicht und die Erstattungsregelung des StrEG 1998 zumindest insoweit eine staatliche Beihilfe darstellten, als sie im staatlichen Eigentum befindliche Unternehmen beträfen. Da das StrEG 1998 nicht zwischen Unternehmen im öffentlichen und solchen im privaten Eigentum unterscheide, sei das Gesetz insgesamt notifizierungspflichtig gewesen.

169. In der Rechtssache Van der Kooy hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob ein Erdgasvorzugstarif der Nederlandse Gasunie für Gartenbaubetriebe mit Warmhauserzeugung in den Niederlanden als staatliche Beihilfe anzusehen war. Die Nederlandse Gasunie war eine privatrechtliche Gesellschaft, deren Kapital sich zu 50 % unmittelbar oder mittelbar in staatlicher Hand befand.

170. Generalanwalt Slynn untersuchte nicht nur, ob der Tarif vom Staat vorgeschrieben worden war, sondern auch, ob staatliche Mittel verwendet wurden. Die Kommission hatte in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass die Beihilfe aus staatlichen Mitteln finanziert worden sei, was von den Klägern bestritten wurde [101]. Nach Auffassung des Generalanwalts war die Beihilfe aus staatlichen Mitteln finanziert, da der Staat auf seinen Anteil an den Gewinnen verzichtet habe, die die Nederlandse Gasunie erzielt hätte, wenn die Preise höher gewesen wären [102].

171. Der Gerichtshof hat dagegen nicht untersucht, ob staatliche Mittel verwendet wurden. Er hat sich nur mit der Frage beschäftigt, ob die Festlegung des entsprechenden Tarifs dem Staat zuzurechnen war. Dies mag auf die damals herrschende Unsicherheit in der Rechtsprechung zurückzuführen gewesen sein, die durch das Urteil Kommission/Frankreich verursacht worden war [103]. Wie dem auch sei, da der Gerichtshof offenbar die Finanzierung aus staatlichen Mitteln nicht als grundlegende Voraussetzung des Beihilfebegriffs ange-

98 — Rechtssache C-200/97, zitiert in Fußnote 55.

99 — Verbundene Rechtssachen 67/85, 68/85 und 70/85, zitiert in Fußnote 54.

100 — Die Kommission verweist auf Eugene D. Cross, *Electric Utility Regulation in the European Union — A Country by Country Guide*, 1996, S. 133 bis 136.

101 — Vgl. Sitzungsbericht, Punkt III A 3, S. 236.

102 — Vgl. Schlussanträge, a. a. O., S. 250.

103 — Vgl. oben, Nr. 122.

sehen hat, kann das Urteil Van der Kooy nicht als Beleg dafür betrachtet werden, dass eine Gewinneinbuße im staatlichen Eigentum befindlicher Betriebe als Finanzierung aus staatlichen Mitteln anzusehen ist.

172. Die Rechtssachen Ecotrade [104] und Piaggio [105] betrafen ein italienisches Gesetz, wonach bestimmte zahlungsunfähige Industrieunternehmen unter Sonderverwaltung gestellt werden und abweichend vom allgemeinen Insolvenzrecht besonderen Schutz gegen die Zwangsvollstreckung durch ihre Gläubiger erhalten konnten. Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Begriff der Beihilfe zwangsläufig Vorteile einschließe, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert würden oder die eine zusätzliche Belastung für den Staat oder die für diesen Zweck benannten oder errichteten Einrichtungen darstellten. Nach Ansicht des Gerichtshofes sollte das italienische Gesetz gezielt zugunsten bestimmter Unternehmen angewandt werden, die sehr hohe Schulden gegenüber bestimmten Kategorien von größtenteils öffentlich-rechtlichen Gläubigern gehabt hätten. Es sei höchst wahrscheinlich gewesen, dass der Staat oder öffentliche Einrichtungen zu den Hauptgläubigern des betroffenen Unternehmens gezählt hätten. Außerdem hätten einige weitere Merkmale der gesetzlichen Regelung zusätzliche Belastungen für den Staat im Vergleich zu denjenigen, die sich aus der Anwendung der allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorschriften ergeben hätten, bewirken können. Auf der Grundlage dieser Hinweise überließ es der Gerichtshof dem nationalen Gericht, die erforderlichen Feststellungen zu treffen, um herauszufinden, ob eine staatliche Beihilfe vorlag.

173. Ich muss zugeben, dass ich mir nicht völlig darüber im Klaren bin, wie die Urteile in diesen beiden Rechtssachen zu verstehen sind [106]. Mir ist beispielsweise nicht klar, ob das fragliche Gesetz als solches oder nur seine Anwendung in einem bestimmten Fall als mögliche staatliche Beihilfe angesehen wurde. Außerdem hat der Gerichtshof — entgegen dem, was die Kommission anzunehmen scheint — nicht ausdrücklich gesagt, dass die Finanzierung einer Beihilfemaßnahme durch Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen als Finanzierung aus staatlichen Mitteln im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag anzusehen sei. Zur Erklärung, warum es sich um staatliche Beihilfen handeln könnte, nannte der Gerichtshof nur „[Gläubiger] aus dem öffentlichen Bereich“ [107], den „Staat oder öffentliche Einrichtungen“ [108] sowie die „öffentliche Hand“ [109] als mögliche betroffene Gläubiger. Meines Erachtens haben daher auch die Urteile in diesen Rechtssachen keine eindeutige Präzedenzwirkung.

174. Falls die Urteile Ecotrade und Piaggio dennoch in dem Sinne zu verstehen sind, dass die Finanzierung einer Beihilfe durch

104 — Rechtssache C-200/97, zitiert in Fußnote 55.

105 — Rechtssache C-295/97, zitiert in Fußnote 78.

106 — Vgl. auch die Ausführungen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Piaggio, Nr. 30.

107 — Urteil Ecotrade, zitiert in Fußnote 55, Randnr. 38.

108 — Randnrn. 38 und 41 des Urteils.

109 — Randnrn. 41 und 43 des Urteils.

Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln darstellen kann, so wären zwei Einschränkungen erforderlich.

175. Erstens bin ich der Meinung, dass eine allgemeingültige Maßnahme, die einer Gruppe von Unternehmen auf Kosten einer anderen Gruppe Vorteile gewährt, nicht allein deswegen als staatliche Beihilfe angesehen werden kann, weil sich eines oder einige wenige der Unternehmen aus der zweiten Gruppe ganz oder teilweise im staatlichen Eigentum befinden. Ein derartiges Verständnis des Begriffes der Finanzierung „aus staatlichen Mitteln" würde eine Vielzahl von Rechtsvorschriften zur Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über staatliche Beihilfen bringen. Sie würde auch insofern zu absurden Ergebnissen führen, als die Mitgliedstaaten wahrscheinlich im öffentlichen Eigentum befindliche Unternehmen von Verpflichtungen ausnehmen müssten, die für andere Unternehmen gelten, um den Bestimmungen über staatliche Beihilfen gerecht zu werden. Das würde offensichtlich zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Unternehmensformen bei der Finanzierung der Maßnahme führen. Möglicherweise hat der Gerichtshof aufgrund dieser Erwägungen in den Urteilen Ecotrade und Piaggio hervorgehoben, dass der Staat oder öffentliche Einrichtungen die „Hauptgläubiger" des in Schwierigkeiten geratenen Unternehmens sein oder zu dessen „Hauptgläubigern" zählen müssten.

176. Im vorliegenden Fall hat die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes mitgeteilt, dass derzeit nur zwei von acht Unternehmen der ersten Ebene des deutschen Strommarktes durch den Staat kontrolliert werden. Für die zweite Ebene der regionalen Versorgung waren keine detaillierten Angaben verfügbar; die Beteiligungsverhältnisse waren jedoch einer schnellen Änderung mit klarer Tendenz zum Privateigentum unterworfen. Von Bedeutung ist auch, dass anders als in den Rechtssachen Ecotrade und Piaggio keine weiteren öffentlichen Einrichtungen wie etwa Sozialversicherungsorgane oder öffentliche Banken an der Finanzierung beteiligt sind.

177. Demnach werden die Vorteile für Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien ausschließlich von privatrechtlich organisierten Unternehmen finanziert, die sich offenbar mehrheitlich im privaten Eigentum befinden. Unter diesen Umständen kann die Regelung des StrEG 1998 nicht als „aus staatlichen Mitteln" finanziert angesehen werden.

178. Zweitens befindet sich PreussenElektra im privaten Eigentum und hält, wie bereits erwähnt, 65,3 % der Anteile an Schleswag. Die Anwendung des StrEG 1998 im vorliegenden Fall führte daher weder zu einer zusätzlichen Belastung für den Staat noch zu Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen.

179. Daher ist das Vorbringen der Kommission zur Finanzierung der Beihilfe durch

Ertragseinbußen im öffentlichen Eigentum befindlicher Unternehmen zurückzuweisen.

4. *Stellt das StrEG 1998 eine durch Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine staatliche Beihilfe dar?*

180. Die Kommission macht geltend, dass das StrEG 1998, wenn es keine staatliche Beihilfe im eigentlichen Sinne sein sollte, jedenfalls eine Maßnahme zur Umgehung der Bestimmungen über staatliche Beihilfen darstelle. Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit den Artikeln 3 Buchstabe g und 85 EG-Vertrag entschieden, dass die Mitgliedstaaten aufgrund von Artikel 5 keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten dürfen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten [110]. Das StrEG 1998, das ungeachtet der Finanzierung aus privaten Mitteln alle schädlichen Auswirkungen einer staatlichen Beihilfe aufweise, stelle eine vergleichbare Gefährdung der praktischen Wirksamkeit der Artikel 92 und 93 dar. Eine Maßnahme wie das StrEG 1998 verstoße daher gegen Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 92 und 93. Da nach Artikel 93 bereits geeignete Verfahren für Verstöße gegen die Bestimmungen über staatliche Beihilfen zur Verfügung stünden, wäre es unangebracht, den Verstoß gegen Artikel 5 im Verfahren des Artikels 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) zu verfolgen. Ein Verstoß gegen Artikel 5 in Verbindung mit den Artikeln 92 und 93 lasse sich vielmehr am zweckmäßigsten durch eine teleologische Ausdehnung des Beihilfebegriffs des Artikels 92 Absatz 1 erfassen.

181. Eine ähnliche Argumentation hat die Kommission bereits in der Rechtssache Kommission/Frankreich [111] entwickelt. Es ging dabei um eine besondere Beihilfe für bedürftige Landwirte, die aus den im Laufe mehrerer Jahre aufgelaufenen Betriebsüberschüssen der Caisse nationale de crédit agricole finanziert wurde. Da die Überschüsse aus Geschäften mit privaten Einlagen stammten, war die Kommission der Ansicht, dass keine staatliche Beihilfe im eigentlichen Sinne vorlag. Sie stellte sich daher auf den Standpunkt, es handele sich um eine durch Artikel 5 EG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine staatliche Beihilfe und leitete auf dieser Grundlage ein Verfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag ein [112].

182. Der Gerichtshof hat entschieden, dass das Verfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag nicht allen Beteiligten die gleichen Garantien biete wie das nach Artikel 93 Absatz 3. Die Kommission müsse daher nach dem letztgenannten Verfahren vorgehen, wenn sie eine Regelung als Beihilfe für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären wolle. Die Artikel 92 und 93 ließen keinen Raum für einen parallelen Begriff von „Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie Beihilfen", die unter eine andere Regelung als Beihilfen im eigentlichen Sinne fallen würden.

110 — Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Meng, Slg. 1993, I-5751, Randnr. 14).

111 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 290/83 (zitiert in Fußnote 56).

112 — Randnrn. 6 bis 9 des Urteils.

183. Aus diesem Urteil ergibt sich eindeutig, dass die Vorstellung von „Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie Beihilfen", die gegen Artikel 5 Absatz 2 verstoßen und nach Artikel 169 EG-Vertrag beanstandet werden könnten, keine Grundlage im Vertrag hat.

184. Im vorliegenden Verfahren vertritt die Kommission nun, wenn ich ihr Vorbringen richtig verstehe, eine etwas andere Ansicht, nämlich die, dass das StrEG 1998 als „Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine Beihilfe" gegen Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag verstoße und im Wege einer weiten Auslegung des Beihilfebegriffs des Artikels 92 Absatz 1 im Verfahren des Artikels 93 zu beanstanden sei.

185. Meines Erachtens geht diese Argumentation fehl. Für einen Verstoß gegen ein Verbot wie das des Artikels 5 Absatz 2 sind unterschiedliche Sanktionen denkbar. Ich vermag jedoch nicht zu sehen, wie ein Verstoß gegen dieses allgemeine Verbot zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs einer speziellen Regelung führen soll, durch die eine bestimmte Kategorie von staatlichen Maßnahmen verboten wird. Man muss dabei auch berücksichtigen, dass die Argumentation der Kommission auf der Prämisse beruht, dass aus privaten Mitteln finanzierte Maßnahmen keine staatlichen Beihilfen sind. Würde man der Kommission folgen, so könnte Artikel 5 EG-Vertrag benutzt werden, um den Anwendungsbereich des Vertrages auszudehnen. In Wirklichkeit schlägt die Kommission eine weite, teleologische Auslegung von Artikel 92 Absatz 1 vor, die aus privaten Mitteln finanzierte Maßnahmen einschließt. Aus den oben angegebenen Gründen kann ich mich nicht für eine derartige weite Auslegung aussprechen.

186. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die Regelung des StrEG 1998 keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt.

VII — Frage 2: Reichweite der Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 EG-Vertrag

187. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht in Erfahrung bringen, ob die Beschränkungen des Artikels 93 Absatz 3 EG-Vertrag nicht nur auf die Beihilfemaßnahme an sich, sondern auch auf Ausführungsbestimmungen wie die Erstattungsregelung in § 4 Absatz 1 StrEG 1998 anwendbar sind.

188. Das Gericht stellt diese Frage jedoch nur für den Fall, dass zwar die Abnahmepflicht zu einer Mindestvergütung nach §§ 2 und 3 StrEG 1998, nicht jedoch die Erstattungsregelung nach § 4 Absatz 1 eine staatliche Beihilfe darstellt.

189. In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage stellt sich daher die zweite Frage nicht.

VIII — Frage 3: Das Stromeinspeisungsgesetz 1998 als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

1. *Vorüberlegungen*

190. Mit der dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine Regelung wie die des StrEG 1998 eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag darstellt.

191. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts könnte die Pflicht der deutschen Netzbetreiber zur Abnahme des in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Stroms aus erneuerbaren Energien einen Rückgang der Nachfrage für Strom aus anderen Mitgliedstaaten bewirken; sie sei daher als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen.

192. PreussenElektra und Schleswag sind der Meinung, dass das StrEG 1998 mit Artikel 30 EG-Vertrag unvereinbar sei. Die Pflicht zur Abnahme einer bestimmten Menge von in Deutschland erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien beeinträchtige die Möglichkeit der Einfuhr von Strom aus anderen Mitgliedstaaten. Diese Einfuhrbeschränkung könne als unmittelbar diskriminierende Maßnahme im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes [113] nicht durch Gesichtspunkte des Umweltschutzes gerechtfertigt werden. Auch eine Rechtfertigung nach Artikel 36 EG-Vertrag komme nicht in Betracht, da der Umweltschutz nicht zu den nach dieser Bestimmung geschützten Belangen gehöre. Jedenfalls verstoße das StrEG 1998 gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

193. Die Streithelfer, die Bundesregierung und die Kommission tragen im Wesentlichen vor, die Maßnahme führe entweder nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels oder sie sei durch Gesichtspunkte des Umweltschutzes oder der Versorgungssicherheit gerechtfertigt.

194. In Anbetracht der vorgeschlagenen Antworten auf die ersten beiden Fragen könnte die Antwort des Gerichtshofes auf die dritte Frage des vorlegenden Gerichts für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits ausschlaggebend sein. Die darin aufgeworfenen Rechtsfragen sind

113 — Urteil vom 17. Juni 1981 in der Rechtssache 113/80 (Kommission/Irland, Slg. 1981, 1625, Randnr. 11).

zudem vielschichtig und von allgemeiner Bedeutung.

195. Bedauerlicherweise sind diese Fragen jedoch von den Beteiligten nicht umfassend erörtert worden, und der Gerichtshof ist nicht vollständig über den Sachverhalt unterrichtet. Die Streitigkeiten über die Gültigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes haben sich bislang auf die Auswirkungen der Regelung auf die zur Finanzierung herangezogenen Unternehmen [114] oder auf Unternehmen, die mit den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien im Wettbewerb stehen [115], konzentriert. Die dritte Frage des vorlegenden Gerichts betrifft dagegen eine dritte, bisher weitgehend vernachlässigte Auswirkung des StrEG 1998, nämlich seinen Einfluss auf den grenzüberschreitenden Stromhandel. Es ist auch nicht ganz klar, ob und in welchem Ausmaß Stromeinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten in der Praxis durch das StrEG 1998 beeinträchtigt werden und insbesondere ob etwa Einfuhren von Strom aus erneuerbaren Energien technisch überhaupt möglich sind und ob sich dieser Strom von aus herkömmlichen Energien erzeugtem Strom unterscheiden lässt.

196. Angesichts dieses Mangels an Rechtsausführungen der Beteiligten und an Hintergrundinformationen könnte der Gerichtshof es für erforderlich halten, hinsichtlich der dritten Frage die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Er könnte sich auch darauf beschränken, allgemeine Angaben zur Auslegung der Bestimmungen über den freien Warenverkehr zu machen und die Anwendung letztlich dem vorlegenden Gericht zu überlassen. Aus denselben Gründen werde ich die Fragen trotz ihrer Bedeutung nur kurz erörtern. Ohne entsprechendes Vorbringen der Beteiligten scheinen mir nur vorläufige Aussagen möglich zu sein.

2. *Artikel 30 EG-Vertrag*

197. Zunächst ist festzustellen, dass die Bestimmungen über den freien Warenverkehr hier anwendbar sind. Elektrizität ist eine Ware im Sinne des Dritten Teils Titel I des EG-Vertrags und damit im Sinne von Artikel 30, der zu dem genannten Titel gehört [116]. Außerdem handelt es sich bei der Regelung des StrEG 1998 nach meiner Auffassung nicht um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag. Die schwierige Frage, ob eine Maßnahme, die unter die Bestimmungen über staatliche Beihilfen fällt, trotzdem von Artikel 30 EG-Vertrag erfasst werden kann [117], stellt sich deshalb nicht.

114 — Wie bereits erwähnt, haben PreussenElektra und Schleswag die Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht angefochten.

115 — Dieser Gedanke liegt auch den ersten beiden Fragen des vorlegenden Gerichts zugrunde.

116 — Urteile vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477, Randnr. 28) und vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-158/94 (Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789, Randnrn. 14 bis 20).

117 — Vgl. einerseits Urteile vom 22. März 1977 in der Rechtssache 74/76 (Iannelli/Meroni, Slg. 1977, 557, Randnrn. 10 bis 17) und vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91 (Matra/Kommission, Slg. 1993, 3203, Randnr. 41), andererseits Urteile vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81 (Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005, Randnr. 18), vom 7. Mai 1985 in der Rechtssache 18/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 1339, Randnr. 13), vom 5. Juni 1986 in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759, Randnr. 19) und vom 20. März 1990 in der Rechtssache C-21/88 (Du Pont de Nemours Italiana, Slg. 1990, I-889, Randnr. 20).

198. Da das StrEG 1998 die Einfuhr von Strom aus anderen Mitgliedstaaten weder völlig noch teilweise verbietet, kann es nicht als mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag betrachtet werden.

199. Ich bin jedoch der Ansicht, dass die im StrEG 1998 festgelegte Abnahmepflicht zu einer Mindestvergütung als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen ist.

200. PreussenElektra und Schleswag tragen vor, dass die Regelung des StrEG 1998 Stromeinfuhren in zweifacher Hinsicht beeinträchtige. Erstens seien die deutschen Netzbetreiber durch die Abnahmepflicht verpflichtet, einen bestimmten Teil ihrer Elektrizität bei inländischen Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen; in diesem Umfang werde die Möglichkeit zur Stromeinfuhr, etwa aus Skandinavien, beschränkt. Wie bereits erwähnt [118], trägt Schleswag in diesem Zusammenhang vor, sie habe ein Angebot für in Schweden erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien zu einem relativ günstigen Preis erhalten, das sie wegen der Pflicht zur Abnahme des gesamten in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Windstroms nicht habe annehmen können. PreussenElektra macht zweitens geltend, die Anwendung des StrEG 1998 beeinträchtige in Norddeutschland die Übertragungskapazitäten für die Ein- und Ausfuhr von Strom, weil die Einspeisung von Windstrom in die Mittelspannungsnetze in den deutschen Gebieten nahe der dänischen Grenze zu Kapazitätsengpässen beim Stromtransit zwischen Dänemark und Deutschland auf der Hochspannungsebene führe.

201. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes erfasst Artikel 30 jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu beeinträchtigen [119]. Die Verpflichtung, eine bestimmte Menge eines Erzeugnisses von inländischen Lieferanten abzunehmen, beschränkt insoweit die Möglichkeiten der Einfuhr dieses Erzeugnisses [120]. Selbst die bloße Förderung des Absatzes inländischer Erzeugnisse durch den Gesetzgeber ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen [121].

202. Im vorliegenden Fall ist die Abnahmepflicht durch § 1 StrEG 1998 aus-

118 — Vgl. oben, Nr. 99.

119 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

120 — Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83 (Campus Oil Limited/Minister für Industrie und Energie, Slg. 1984, 2727, Randnr. 16); vgl. auch Urteil in der Rechtssache C-21/88 (Du Pont de Nemours Italiana, zitiert in Fußnote 117, Randnr. 11).

121 — Urteile in der Rechtssache 249/81 (Kommission/Irland, zitiert in Fußnote 117, Randnrn. 27 bis 29) und in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 117, Randnr. 24).

drücklich auf in Deutschland erzeugten Strom beschränkt [122]. Aus den Antworten auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes ergibt sich, dass die neu eingeführte „Offshore"-Regelung in § 2 StrEG 1998 [123] die Abnahmepflicht nicht auf außerhalb Deutschlands erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien erstrecken soll, sondern lediglich Anlagen in Küstennähe erfasst, die im deutschen Hoheitsgebiet errichtet sind. Das StrEG 1998 begünstigt damit den Absatz von in Deutschland erzeugtem Strom zu Lasten des importierten Stroms und hindert die betroffenen Unternehmen daran, einen Teil ihres Bedarfs bei Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu decken. Da das StrEG 1998 damit den innergemeinschaftlichen Handel zumindest potenziell behindert, fällt es unter Artikel 30 EG-Vertrag.

203. Die Streithelfer und die Bundesregierung machen geltend, der Strom aus erneuerbaren Energien, der vom StrEG 1998 erfasst sei, mache lediglich 1 % des Stromverbrauchs in Deutschland aus. Da die Abnahmepflicht nur einen unbedeutenden Teil des Strommarktes betreffe, sei der innergemeinschaftliche Handel nicht ernsthaft beeinträchtigt.

204. Der Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob für Artikel 30 EG-Vertrag eine De-Minimis-Regel gilt, durch die Maßnahmen ohne spürbaren Einfluss auf den Handel vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgenommen würden [124]. Selbst wenn eine solche Regel bestehen sollte, so wäre sie im vorliegenden Fall doch nicht einschlägig. Ein grenzüberschreitender Stromhandel, der 1 % des gesamten deutschen Stromverbrauchs ausmacht, ist offensichtlich weder bei absoluter noch bei relativer Betrachtung (etwa bezüglich möglicher Einfuhren aus Dänemark oder Schweden) eine zu vernachlässigende Größe. Dies wäre erst recht so, wenn man nur die Auswirkungen auf den Handel mit Strom aus erneuerbaren Energien zugrunde legen wollte.

205. Eine Regelung wie die des StrEG 1998 ist folglich als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen und daher grundsätzlich nach Artikel 30 EG-Vertrag verboten.

3. *Rechtfertigung*

206. Das vorlegende Gericht fragt lediglich, ob eine Regelung wie die des StrEG

122 — Vgl. oben, Nr. 25.

123 — Vgl. oben, Nr. 28.

124 — Vgl. einerseits z. B. Urteile vom 13. März 1984 in der Rechtssache 16/83 (Prantl, Slg. 1984, 1299, Randnr. 20), vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177/82 und 178/82 (Van de Haar und Kaveka de Meern, Slg. 1984, 1797, Randnr. 13), vom 14. März 1985 in der Rechtssache 269/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 837, Randnr. 10) und in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 117, Randnr. 18), andererseits z. B. Urteile vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-266/96 (Corsica Ferries France, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 31), vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-44/98 (BASF, Slg. 1999, I-6269) sowie implizit Urteil vom 13. Januar 2000 in der Rechtssache C-254/98 (TK-Heimdienst, Slg. 2000, I-151, Randnr. 30).

1998 unter Artikel 30 EG-Vertrag fällt. Im Interesse einer zweckdienlichen Beantwortung werde ich auch Rechtfertigungsmöglichkeiten für die sich aus der streitigen Maßnahme ergebende Handelsbeschränkung untersuchen.

a) Versorgungssicherheit

207. Was zunächst Artikel 36 EG-Vertrag betrifft, so berufen sich die Streithelfer, die Bundesregierung und die Kommission auf die nach dieser Bestimmung eröffnete Möglichkeit der Beschränkung von Einfuhren aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, die auch die Sicherheit der Stromversorgung einschließe. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf Artikel 8 Absatz 4 der Elektrizitätsrichtlinie [125], der wie folgt lautet:

„Ein Mitgliedstaat kann aus Gründen der Versorgungssicherheit Anweisung geben, dass Elektrizität bis zu einer Menge, die 15 % der in einem Kalenderjahr zur Deckung des gesamten Elektrizitätsverbrauchs des betreffenden Mitgliedstaats notwendigen Energie nicht überschreitet, vorrangig aus Erzeugungsanlagen abgerufen wird, die einheimische Primärenergieträger als Brennstoffe einsetzen."

125 — Zitiert in Fußnote 12.

208. Meines Erachtens kann Artikel 8 Absatz 4 der Elektrizitätsrichtlinie im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden. Diese Vorschrift ist eng auszulegen, da sie eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des Artikels 8 Absatz 2 der Richtlinie enthält, wonach die Betreiber der Übertragungsnetze verpflichtet sind, für die Einspeisung aus den Produktionsanlagen und die Nutzung von Verbindungsleitungen in ihrem Gebiet objektive, transparente und nicht diskriminierende Kriterien zugrunde zu legen, damit ein einwandfreies Funktionieren des Elektrizitätsbinnenmarktes gewährleistet wird. Nach seinem klaren Wortlaut gilt Artikel 8 Absatz 4 nur für „*indigenous* primary energy *fuel* sources", in der französischen Fassung „sources *combustibles indigènes*" und in der deutschen Fassung „*einheimische* Primärenergieträger als *Brennstoffe*". Wind ist weder ein „Brennstoff" in diesem Sinne noch ein „einheimischer" Rohstoff. Artikel 8 Absatz 4 ist daher nicht anwendbar. Jedenfalls erlaubt Artikel 8 Absatz 4 eine unterschiedliche Behandlung nur im Hinblick auf die Herkunft des Primärenergieträgers und nicht aufgrund des Standorts der Erzeugungsanlage.

209. Ich bin auch der Auffassung, dass Artikel 36 nicht in Bezug auf die Versorgungssicherheit herangezogen werden kann. Der Gerichtshof hat zwar im Urteil Campus Oil entschieden, dass die Absicht, jederzeit eine Mindestversorgung mit Erdölerzeugnissen sicherzustellen, ein Ziel

darstellen könne, das unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit falle [126]. Es muss aber schon bezweifelt werden, ob die Anwendung von Artikel 36 überhaupt noch in Betracht kommt, da die Elektrizitätsrichtlinie verschiedene Arten von Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit vorsieht [127]. Außerdem hat Wind als Energiequelle noch nicht die Bedeutung, die Erdölprodukte in der modernen Wirtschaft haben. Die besondere wirtschaftliche Rolle der Erdölprodukte war jedoch ein entscheidender Faktor für die eher ungewöhnliche Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Campus Oil [128]. Schließlich verfolgt das StrEG 1998 in erster Linie Ziele des Umweltschutzes, und die zugegebenermaßen positiven Auswirkungen für die Versorgungssicherheit sind nur als Nebeneffekte anzusehen.

210. Jedenfalls könnte die Maßnahme in ihrer derzeitigen Form gegen Artikel 36 Satz 2 EG-Vertrag und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Es ist nicht erwiesen, dass der Ausschluss von in anderen Mitgliedstaaten erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien vom Anwendungsbereich des StrEG 1998 zur Erreichung des Zieles der Versorgungssicherheit beiträgt. Daher könnte eine willkürliche Diskriminierung von Strom aus erneuerbaren Energien aus anderen Mitgliedstaaten vorliegen.

126 — Rechtssache 72/83 (Campus Oil Limited/Minister für Industrie und Energie, zitiert in Fußnote 120, Randnr. 35).

127 — Vgl. Urteil Campus Oil, Randnr. 27.

128 — Vgl. Randnr. 34 des Urteils.

b) Umweltschutz

211. Als zweiten Rechtfertigungsgrund führen die Streithelfer, die Kommission und die Bundesregierung Umweltschutzbelange an. In diesem Zusammenhang verweisen sie auf die Artikel 3 Absatz 2, 8 Absatz 3 und 11 Absatz 3 der Elektrizitätsrichtlinie sowie auf die Umweltschutzbestimmungen des Vertrages.

212. Ich bin nicht davon überzeugt, dass die Regelung des StrEG 1998 von einer der genannten Bestimmungen der Elektrizitätsrichtlinie erfasst wird.

213. Nach Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen, die sich u. a. auf den Umweltschutz beziehen können. Es heißt jedoch ausdrücklich, dass diese Verpflichtungen nicht diskriminierend sein dürfen. Im vorliegenden Fall gilt die Abnahmepflicht der Netzbetreiber nur für in Deutschland erzeugten Strom.

214. Die Artikel 8 Absatz 3 und 11 Absatz 3 erlauben es den Mitgliedstaaten, den Betreibern von Verteilernetzen zur Auflage zu machen, dass sie bei der Inanspruch-

nahme von Erzeugungsanlagen solchen den Vorrang geben, in denen erneuerbare Energieträger eingesetzt werden. Diese Bestimmungen sind jedoch als Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften über die Nichtdiskriminierung in den Artikeln 8 Absatz 2 und 11 Absatz 2 eng auszulegen. Anders als Artikel 8 Absatz 4, der innerhalb bestimmter Grenzen eine Ungleichbehandlung nach der geographischen Herkunft des betreffenden „Primärenergieträgers" erlaubt, gestatten die Artikel 8 Absatz 3 und 11 Absatz 3 nur Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten der Stromerzeugung. Daher lässt sich eine Maßnahme wie das StrEG 1998, die einheimischen Strom zu Lasten von eingeführtem Strom derselben Art begünstigt, nicht nach diesen Bestimmungen rechtfertigen.

215. Kann die durch das StrEG 1998 bewirkte Einfuhrbeschränkung trotzdem auf der Grundlage des Vertrages aus Umweltschutzgründen gerechtfertigt werden?

216. Der Umweltschutz ist in Artikel 36 EG-Vertrag nicht aufgeführt. Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass bestimmte Hemmnisse für den freien Warenverkehr hingenommen werden müssten, soweit sie notwendig seien, um gemeinschaftsrechtlich anerkannten zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden [129]. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Umweltschutz ein zwingendes Erfordernis, das die Anwendung des Artikels 30 EG-Vertrag einschränken kann [130].

217. Das StrEG 1998 verfolgt zweifellos Umweltschutzziele von erheblicher Bedeutung. Die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien kann einen wesentlichen Beitrag zur Verringerung der Emissionen von Treibhausgasen und zur Erhaltung der begrenzten herkömmlichen Energiequellen leisten. Wie die von der Kommission zitierten Daten [131] eindrucksvoll belegen, scheint das StrEG 1998 ein besonders wirkungsvolles Instrument zur Steigerung der Nutzung erneuerbarer Energien zu sein.

218. Trotzdem ist zweifelhaft, ob im vorliegenden Fall Gesichtspunkte des Umweltschutzes als Rechtfertigung in Betracht kommen.

219. Die erste Schwierigkeit besteht darin, dass die Möglichkeit der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse nach dem Vertrag dadurch ausgeschlossen sein könnte, dass bereits die Elektrizitätsrichtlinie die erwähnten harmonisierten Vorschriften über zulässige nationale Maßnahmen zur Förderung der Elektrizität aus erneuerbaren Energien enthält. Zur Zeit wird jedoch über spezielle Gemeinschaftsmaßnahmen zur Förderung der Stromerzeugung

129 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649, Randnr. 8).

130 — Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 302/86 (Kommission/Dänemark, Slg. 1988, 4607, Randnr. 9).

131 — Vgl. oben, Nr. 20.

aus erneuerbaren Energiequellen im Binnenmarkt diskutiert, die noch nicht erlassen worden sind [132], so dass die Mitgliedstaaten nach wie vor einige Freiräume auf diesem Gebiet haben.

220. Die zweite Schwierigkeit liegt darin, dass — wie PreussenElektra zu Recht vorträgt — nationale Maßnahmen, die nicht unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse galten, bis vor kurzem nach ständiger Rechtsprechung nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden konnten [133].

221. Nach dem StrEG 1998 wird in Deutschland erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien durch die Abnahmepflicht und die Mindestvergütung gefördert, während in den benachbarten Mitgliedstaaten erzeugter Strom derselben Art keine derartigen Vergünstigungen erhält. Das StrEG 1998 behandelt damit Elektrizität inländischer Herkunft rechtlich und tatsächlich anders als eingeführte Elektrizität. Auf der Grundlage der im vorangegangenen Absatz zitierten Rechtsprechung käme daher eine Rechtfertigung durch Umweltschutzbelange nicht in Betracht.

222. Die Kommission versucht, auf das Urteil zur wallonischen Abfallregelung [134] zurückzugreifen. Sie ist der Ansicht, dass man im vorliegenden Fall in ähnlicher Weise vorgehen müsse, um zu einer Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes zu gelangen.

223. Diese Rechtssache betraf eine Maßnahme, durch die es verboten wurde, Abfälle aus anderen Mitgliedstaaten oder aus einer anderen belgischen Region als der wallonischen in Wallonien zwischenzulagern, abzulagern oder abzuleiten. Zur Frage, ob diese Maßnahme durch zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes gerechtfertigt werden könne, hat der Gerichtshof im Wesentlichen folgende Erwägungen angestellt.

224. Es treffe zwar zu, dass zwingende Erfordernisse nur zu berücksichtigen seien, wenn es sich um Maßnahmen handele, die unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar seien. Um jedoch die Frage zu beurteilen, ob eine Beeinträchtigung diskriminierend sei, seien die Besonderheit der Abfälle, der Grundsatz des Artikels 130r Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 174 Absatz 2 EG), wonach Umweltbeeinträchtigungen nach Möglichkeit an ihrem Ursprung zu bekämpfen seien, sowie die Grundsätze der Entsorgungsautarkie und der Entsorgungsnähe zu berücksichtigen, die in der Basler Konvention über die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs mit Sonderabfällen und ihrer Beseitigung aufgestellt würden. Unter Berücksichtigung der zwischen den Abfällen je nach dem Ort ihrer Erzeugung bestehenden Unterschiede und

132 — Vgl. oben, Nr. 44.

133 — Vgl. z. B. Urteile in der Rechtssache 113/80 (Kommission/Irland, zitiert in Fußnote 113, Randnr. 11), vom 25. April 1985 in der Rechtssache 207/83 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1985, 1201, Randnr. 22) und vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivía, Slg. 1991, I-4151, Randnr. 13).

134 — Urteil vom 9. Juli 1992 in der Rechtssache C-2/90 (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-4431).

ihres Zusammenhangs mit dem Ort ihrer Erzeugung könne die streitige Maßnahme nicht als diskriminierend angesehen werden [135].

225. Meines Erachtens sind die Erwägungen im Urteil zur wallonischen Abfallregelung fehlerbehaftet; sie sollten daher in der vorliegenden Rechtssache nicht herangezogen werden. Die Frage, ob eine Maßnahme unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist, ist in logischer Hinsicht eine neutrale Vorfrage. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes hat sie nur die Funktion, festzustellen, welche Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen. Ich bin daher der Auffassung, dass bei der Untersuchung, ob eine Maßnahme eine direkte Diskriminierung enthält, die Frage der Angemessenheit der Maßnahme nicht berücksichtigt werden kann.

226. Das Urteil zur wallonischen Abfallregelung zeigt aber noch etwas anderes, nämlich, dass es wünschenswert ist, dass auch direkt diskriminierende Maßnahmen in bestimmten Fällen aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt werden können.

227. Außerdem deuten einige Anzeichen darauf hin, dass der Gerichtshof dabei ist, seine frühere Rechtsprechung zu überdenken. So hat er in verschiedenen Rechtssachen auf zwingende Erfordernisse zurückgegriffen, obwohl zumindest zweifelhaft war, ob die entsprechende Maßnahme unterschiedslos anwendbar war [136]. Im Urteil Dusseldorp [137] hat der Gerichtshof ausdrücklich offen gelassen, ob eine diskriminierende Ausfuhrbeschränkung grundsätzlich durch Umweltschutzbelange gerechtfertigt werden könne. Die vielleicht bemerkenswerteste Rechtssache ist jedoch Aher-Waggon [138]. Hier ging es um eine deutsche Maßnahme, mit der die Zulassung von Flugzeugen in Deutschland von der Einhaltung von Lärmgrenzen abhängig gemacht wurde. Wie mir scheint, stellte diese Maßnahme insoweit eine Diskriminierung eingeführter Flugzeuge gegenüber inländischen Flugzeugen dar, als Flugzeugen, die zuvor in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen waren, in Deutschland die Zulassung verweigert wurde, obwohl baugleiche Flugzeuge, die bereits vor Erlass der Maßnahme die deutsche Verkehrszulassung erhalten hatten, diese behalten durften. Der Gerichtshof hat dennoch, ohne zu prüfen, ob die Maßnahme eine direkte Diskriminierung darstellte, entschieden, dass eine derartige Behinderung durch Erwägungen der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes gerechtfertigt werden könne [139].

228. Daher kann einerseits „nicht ausgeschlossen werden, dass die Bedeutung der

135 — Randnrn. 34 bis 36 des Urteils.

136 — Vgl. z. B. Urteile vom 9. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 (De Agostini und TV-Shop, Slg. 1997, I-3843, Randnrn. 44 und 45), vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-120/95 (Decker, Slg. 1998, I-1831, Randnrn. 36 und 39) sowie — in Bezug auf Dienstleistungen — vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96 (Kohll, Slg. 1998, I-1931, Randnrn. 35 und 41).

137 — Urteil vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache C-203/96 (Dusseldorp u. a., Slg. 1998, I-4075, Randnrn. 44 und 49).

138 — Urteil vom 14. Juli 1998 in der Rechtssache C-389/96 (Aher-Waggon, Slg. 1998, I-4473).

139 — Randnr. 19 des Urteils.

Unterscheidung zwischen geschützten Interessen nach Artikel 30 [früher Artikel 36 EG-Vertrag] und Ausnahmen nach der ‚rule of reason' im Schwinden begriffen ist" [140]. Andererseits hat der Gerichtshof den Grundsatz, dass direkt diskriminierende Maßnahmen nicht auf zwingende Erfordernisse gestützt werden können, nicht förmlich aufgegeben.

229. Angesichts der grundlegenden Bedeutung, die die Frage, ob direkt diskriminierende Maßnahmen durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt werden können, für das Verständnis von Artikel 30 EG-Vertrag hat, sollte der Gerichtshof meines Erachtens seine Auffassung klarstellen, um die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen.

230. Zwei Gründe sprechen für eine flexiblere Haltung hinsichtlich der zwingenden Erfordernisse des Umweltschutzes. Erstens zeugen die in Amsterdam vereinbarten Vertragsänderungen von der gesteigerten Bedeutung, die der Umwelt beigemessen wird, auch wenn Artikel 36 selbst nicht geändert wurde [141].

231. Von besonderer Bedeutung ist Artikel 6, der jetzt wie folgt lautet: „Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der in Artikel 3 genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen [zu denen auch der Binnenmarkt gehört] insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden." Der Wortlaut zeigt, dass Artikel 6 nicht nur programmatische Bedeutung hat, sondern rechtliche Pflichten statuiert.

232. Bei der Auslegung der Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr ist daher Umweltbelangen besondere Bedeutung beizumessen. Überdies kann eine Umweltbeeinträchtigung, selbst wenn sie nicht — wie das oft der Fall ist — zu einer unmittelbaren Bedrohung der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen führt, die durch Artikel 36 EG-Vertrag geschützt sind, auf längere Sicht eine erhebliche Bedrohung für das Ökosystem als Ganzes darstellen. Unter diesen Umständen lässt es sich schwer rechtfertigen, wenn der Umwelt ein geringerer Schutzstandard eingeräumt wird als Interessen, die vor Jahrzehnten in Handelsverträgen anerkannt und in Artikel 36 EG-Vertrag, der seit seiner Annahme im Jahr 1957 unverändert geblieben ist, lediglich übernommen worden sind.

233. Zweitens, wenn man annimmt, dass Umweltschutzmaßnahmen nur gerecht-

140 — Jan H. Jans, *European Environmental Law*, 2. Aufl. 2000, S. 251; vgl. auch Peter Oliver, „Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (30-36) EC", *Common Market Law Review* 1999, S. 783 ff., 804-806.

141 — Vgl. z. B. Präambel zum EU-Vertrag, Artikel 2 EU, Artikel 2 EG, Artikel 6 EG, Artikel 95 EG, Artikel 174 EG, Artikel 175 EG.

fertigt werden können, wenn sie unterschiedslos anwendbar sind, läuft man Gefahr, den eigentlichen Zweck dieser Maßnahmen zu vereiteln. Nationale Umweltschutzmaßnahmen enthalten ihrem Wesen nach möglicherweise Unterscheidungen im Hinblick auf Art und Ursache der Beeinträchtigung und können daher, gerade weil sie auf anerkannten Grundsätzen wie „Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen" (Artikel 130r Absatz 2 EG-Vertrag) beruhen, als diskriminierend anzusehen sein. Soweit solche Maßnahmen notwendigerweise mit derartigen diskriminierenden Wirkungen verbunden sind, dürfte die Möglichkeit der Rechtfertigung nicht ausgeschlossen werden.

234. Geht man davon aus, dass Belange des Umweltschutzes im vorliegenden Fall (auf welcher Grundlage auch immer) berücksichtigt werden können, so ist zu prüfen, ob das StrEG 1998 dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird. Auch hierzu sind im derzeitigen Stadium nur sehr knappe Bemerkungen möglich.

235. Die Kommission trägt vor, die Regelung des StrEG 1998 sei verhältnismäßig, da sie Umweltbeeinträchtigungen, nämlich die durch Abgase bei der konventionellen Stromerzeugung verursachten Beeinträchtigungen, gemäß Artikel 130r Absatz 2 EG-Vertrag an ihrem Ursprung bekämpfe. Außerdem würden bei der Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien in die lokalen Netze weniger Leitungsverluste infolge von Übertragungen über lange Strecken auftreten.

236. Was das erste Argument der Kommission betrifft, so ist für mich nicht erkennbar, warum in anderen Mitgliedstaaten erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien nicht in gleichem Maße zur Verringerung des Abgasausstoßes in Deutschland beitragen würde wie in Deutschland erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien. In beiden Fällen wird die inländische Erzeugung von Strom aus herkömmlichen Energien und die damit verbundene Umweltverschmutzung im gleichen Umfang zurückgeführt. Insofern erscheint die Beschränkung der Abnahmepflicht auf in Deutschland erzeugten Strom nicht verhältnismäßig.

237. In Bezug auf das zweite Argument der Kommission bin ich der Auffassung, dass das nationale Gericht die erforderlichen Feststellungen treffen muss, um herauszufinden, ob es wirklich erforderlich ist, Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien aus anderen Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich des StrEG 1998 auszunehmen.

238. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass eine Regelung wie die des Stromeinspeisungsgesetzes 1998 als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 EG-Vertrag angesehen werden muss und demnach verboten ist, sofern sie nicht in tatsächlicher Hinsicht durch Gründe des Umweltschutzes gerechtfertigt werden kann.

IX — Ergebnis

239. Aus diesen Gründen sind die Fragen des vorlegenden Gerichts nach meiner Ansicht wie folgt zu beantworten:

1. Eine Maßnahme wie das Stromeinspeisungsgesetz 1998, durch die im Privateigentum befindliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, Strom aus erneuerbaren Energien zu einer Mindestvergütung abzunehmen, stellt keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) dar.

2. Beschränkt sich die Abnahmepflicht auf in dem betreffenden Mitgliedstaat erzeugten Strom, so ist eine derartige Maßnahme nach Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) verboten, sofern sie nicht durch Gründe des Umweltschutzes gerechtfertigt ist.