

Memorandum

An: Dr. Matthias Stark
Bundesverband Erneuerbare Energie e.V. (BEE)

Von: Anna von Bremen
Raue

Datum: 18. Mai 2023

Betreff: Beihilferechtliche Spielräume der Überarbeitung des
EU-Strommarktdesigns

A. Executive Summary

- Im Falle einer *Opt-Out-Klausel* von der Pflicht zur Einführung von Differenzverträgen nach Art. 19b StrommarktVO-E würde das Marktprämienmodell weiterhin an dem europäischen Beihilferecht gemessen.
- Die KUEBLL entfalten für die Ermessensausübung der Kommission eine mittelbare Bindungswirkung. Die in Rn. 90 KUEBLL enthaltene Aussage, dass bei „erheblicher Unsicherheit“ über die künftige Marktpreisentwicklung Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität/Rückforderungsmechanismen „erforderlich sein können“, ist aufgrund seiner Unbestimmtheit jedoch **nicht geeignet**, das Ermessen der Kommission wirksam zu beschränken. Die Einführung von Differenzkontrakten ist danach **keinesfalls zwingend**.
 - Erstens ist der Begriff der „erheblichen“, also über das normale Maß hinausgehenden Unsicherheit **äußerst vage**.
 - Zweitens erfasst die Formulierung „Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität/Rückforderungsmechanismen“ sämtliche Maßnahmen zur Beschränkung der Rentabilität *ex ante* (im Voraus), als auch *ex post* (im Nachgang). Ein Differenzkontrakt ist dabei nur **eines von vielen denkbaren Instrumenten** zur Begrenzung der Rentabilität *ex ante*. Daneben käme beispielsweise eine volumen- oder zeitanteilige Beschränkung oder eine Verkürzung des Förderanspruchs bei hohen Strompreisen in Betracht. Weitere Maßnahmen für Rückforderungsmechanismen *ex post* schließen auch die Einführung einer **Übergewinnsteuer** ein.
 - Darüber hinaus sind nach Rn. 90 KUEBLL die Maßnahmen nicht zwingend einzuführen, sondern „**können**“ (lediglich) „erforderlich sein“.

- Die Beihilfeentscheidung der Kommission zum EEG 2023 enthält eine an Rn. 90 KUEBLL angelehnte Formulierung. Ihr kann damit **kein über die KUEBLL hinausgehender Regelungsgehalt** entnommen werden. Nach der Beihilfeentscheidung der Kommission zum EEG 2023 ist danach ebenfalls keine Einführung von Differenzkontrakten geboten.

B.

Sachverhalt und Auftrag

Die novellierten Leitlinien für staatliche Klima-, Umwelt- und Energiebeihilfen 2022¹ der Kommission („KUEBLL“) vom 18. Februar 2022 regeln unter anderem die Voraussetzungen für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen. Nach Ansicht der Kommission sind Beihilfen vorrangig im Wege von Ausschreibungen zu gewähren.² Außerdem können zur Gewährleistung der Angemessenheit von Beihilfen in Fällen unsicherer Marktpreisentwicklung Rückforderungsmechanismen erforderlich sein. Hierzu heißt es in Rn. 90 KUEBLL:

„Der Mitgliedsstaat sollte, wie unter Rn. 38 verlangt, nachweisen, dass für die geplanten Tätigkeiten Beihilfen erforderlich sind, wobei das kontrafaktische Szenario sowie die relevanten Kosten und Einnahmen, einschließlich derjenigen, die mit dem EHS [Anm.: Emissionshandelssystem] und demnach Rn. 89 ermittelten Strategien und Maßnahmen im Zusammenhang stehen, zu berücksichtigen sind. Besteht **erhebliche Unsicherheit hinsichtlich künftiger Marktentwicklungen in Bezug auf einen Großteil des Geschäftsszenarios** (wie es beispielsweise bei Investitionen in Erneuerbare Energien, bei denen die Stromeinnahmen nicht an die Inputkosten gekoppelt sind, der Fall sein kann), so kann eine Unterstützung in Form einer bestimmten garantierten Vergütung zur Begrenzung des mit negativen Szenarien verbundenen Risikos unter Umständen als notwendig erachtet werden, um sicherzustellen, dass die private Investition getätigt wird. Zur **Gewährleistung der Angemessenheit** können in solchen Fällen **Beschränkungen der Rentabilität** und/oder **Rückforderungen** im Zusammenhang mit möglichen positiven Szenarien erforderlich sein.“

In der beihilferechtlichen Genehmigung zum EEG 2023³ stellte die Kommission zur Vereinbarkeit des Marktprämienmodells mit den KUEBLL fest:

„(30) Germany will implement a cap on market revenues as mandated by Articles 6 to 8 of Regulation (EU) 2022/1854. In its implementation of the Regulation, Germany will implement measures with regard to the fact that there are substantial differences in the cost of electricity generation between different technologies and

¹ ABl. C 80 vom 18. Februar 2022, S. 1 ff.

² KUEBLL, Rn. 49.

³ Gesetz zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der Erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor vom 20. Juli 2022 (Bundesgesetzblatt I, S. 1237).

this for the entire year 2023. If Regulation (EU) 2022/1854 is extended in application of Article 20 of said Regulation, the measures will be extended to match this extended duration. The longest extension date will be 30 April 2024. **In addition, Germany will adjust the measures if necessary to align with a common European approach for an adequate remuneration of renewable generation if a detailed harmonized approach is developed in European legislation.**

- (31) If such a harmonized approach is not applicable by 30 June 2024, **Germany commits to limit profitability and/or to implement clawbacks as required by point 90 of the CEEAG for contracts entered into when there is significant uncertainty concerning future market development to ensure proportionality also in this case, for all installations that are awarded a contract in a tender as of 1 July 2024.**⁴

Zur Verhältnismäßigkeit des Marktprämienmodells führte die Kommission aus:

- „(318) Finally, the Commission considers the tender design appropriate in the light of the fact that until end April 2024 an ex post clawback will be applied in line with the requirements of Regulation 2022/1854 and point 55 of the CEEAG, and that Germany **has committed to introduce as of July 2024 limits to profitability and/or clawbacks** (see section 3.3.2.7.3).

[...]

- (320) The Commission takes note of Germany's commitment to **limit profitability and/or to implement clawbacks** as required by point 90 of the CEEAG for contracts entered into **when there is significant uncertainty concerning future market development** to ensure proportionality also in this case, for all installations that are awarded a contract in a tender as of 1 July 2024.

[...]

- (322) On the basis of the foregoing, the Commission concludes that the aid regarding the notified measures is proportionate, also because of the application of the *ex post* clawback in 2023 (potentially extended thereafter), and welcomes Germany's commitment to limit profitability and/or to implement clawbacks as of July 2024.⁵

Der Entwurf der Kommission zur Reform des Strommarktdesigns vom 14. März 2023⁶ sieht in einem neuen Art. 19b der Verordnung (EU) 2019/943 („**StrommarktVO-E**“) vor, dass

⁴ *Kommission*, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – C(2022) 9900 final, Rn. 30 f.; Hervorhebung durch Verfasserin.

⁵ *Kommission*, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – C(2022) 9900 final, Rn. 318 ff.; Hervorhebung durch Verfasserin.

⁶ COM(2023) 148 final.

Maßnahmen zur Förderung von Erneuerbaren Energien grundsätzlich in Form von Differenzverträgen erfolgen sollen. Ein Differenzvertrag (*engl.: Contract-for-Difference – „CfD“*) bezeichnet ein Förderinstrument, bei dem der Anlagenbetreiber auf einen bestimmten Strompreis oder einen Strompreiskorridor bietet. Bei Zuschlagserteilung erhält der Anlagenbetreiber immer dann eine Förderung, wenn der Marktwert⁷ unterhalb des bezuschlagten Preises oder Preiskorridors liegt (positive Prämie). Liegt der Marktwert oberhalb des bezuschlagten Preises oder Preiskorridors, muss der Anlagenbetreiber den Übererlös abführen, etwa an den Netzbetreiber (negative Prämie).⁸ Art. 19b StrommarktVO-E lautet:

„Direkte Preisstützungssysteme für neue Investitionen in die Stromerzeugung

- (1) Direkte Preisstützungssysteme für neue Investitionen in die Stromerzeugung aus den in Absatz 2 genannten Quellen haben die Form eines zweiseitigen Differenzvertrags. Neue Investitionen in die Stromerzeugung umfassen Investitionen in neue Stromerzeugungsanlagen, Investitionen zum Repowering bestehender Stromerzeugungsanlagen sowie Investitionen zur Erweiterung bestehender Stromerzeugungsanlagen oder zur Verlängerung ihrer Lebensdauer.
- (2) Absatz 1 gilt für neue Investitionen in die Stromerzeugung aus folgenden Quellen:
 - a) Windenergie;
 - b) Solarenergie;
 - c) geothermische Energie;
 - d) Wasserkraft ohne Speicher;
 - e) Kernenergie.
- (3) Direkte Preisstützungssysteme in Form von zweiseitigen Differenzverträgen müssen
 - a) so gestaltet sein, dass die Einnahmen, die erzielt werden, wenn der Marktpreis über dem Ausübungspreis liegt, auf der Grundlage des jeweiligen Verbrauchsanteils (gleiche Kosten/Erstattung je verbrauchter MWh) auf alle Stromendkunden verteilt werden;
 - b) sicherstellen, dass die Verteilung der Einnahmen an die Stromendkunden so gestaltet ist, dass die Anreize für die Verbraucher, ihren Verbrauch zu senken

⁷ Also der technologiespezifische Erlös der Anlage auf dem kurzfristigen Stromgroßhandelsmarkt, vgl. Anlage 1 u § 23a EEG 2023. Im Falle eines Differenzvertrages kann der Marktwert auf Grundlage verschiedene Zeiträume, etwa als Jahres- oder als Monatsmarktwert, berechnet werden.

⁸ Siehe auch §§ 46 ff. des nicht in Kraft getretenen Entwurfs des Windenergie-auf-See-Gesetzes, BT-Drs. 20/1634, S. 31 ff.

oder ihn auf Zeiten niedriger Strompreise zu verlagern, nicht beseitigt werden und der Wettbewerb zwischen den Stromanbietern nicht beeinträchtigt wird.“

Die Kommission begründet die Einführung von Differenzverträgen wie folgt:

„Einige Formen der öffentlichen Unterstützung garantieren dem Energieerzeuger einen Mindestpreis durch die Regierung, ermöglichen es ihm jedoch, den vollen Marktpreis zu erzielen, selbst wenn dieser sehr hoch ist. Aufgrund der jüngsten hohen Preise hat viel (kostengünstige) öffentlich geförderte Energie diese hohen Marktpreise erzielt. Um dies einzudämmen und damit die Preise zu stabilisieren, sollte die Investitionsförderung als zweiseitiger Differenzvertrag gestaltet werden, in dem ein Mindestpreis, aber auch ein Höchstpreis festgelegt wird, sodass alle Einnahmen, die über die Obergrenze hinausgehen, zurückgezahlt werden.“ (Kommission, COM(2023) 148 final, S. 6)

Der Bundesverband Erneuerbare Energie e.V. („**BEE**“) hat uns beauftragt zu prüfen, ob bei Aufnahme einer Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten in Art. 19b StrommarktVO-E („*Opt-Out*“) das aktuell in Deutschland herrschende Marktprämienmodell, ggf. in abgewandelter Form, weiter zulässig wäre. Nach diesem Modell erhält der Anlagenbetreiber bei niedrigen Marktpreisen (Marktwerten) eine Mindestförderung in Form der Marktprämie. Die Marktprämie bezeichnet den Preisabstand zwischen dem anzulegenden Wert und den Marktpreisen. Bei hohen Marktpreisen enthält der Anlagenbetreiber keine Marktprämie, behält aber die Einnahmen. Die aus einem Strompreisanstieg resultierenden Chancen verbleiben damit beim Anlagenbetreiber, während er in Zeiten niedriger Marktpreise durch die Marktprämie abgesichert ist.

Die Zulässigkeit des Marktprämienmodells wird in der folgenden Prüfung unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten einschließlich der KUEBLL und der beihilferechtlichen Genehmigung zum EEG 2023 untersucht. Dabei prüfen wir insbesondere, ob aus beihilferechtlicher Sicht die Einführung von Differenzverträgen zwingend erforderlich wäre oder ob die Verhältnismäßigkeit des Förderinstruments auf andere Weise sichergestellt werden kann.

C. Rechtliche Würdigung

Wir untersuchen zunächst, ob bei Aufnahme einer Öffnungsklausel in Art. 19b StrommarktVO-E das europäische Beihilferecht weiterhin anwendbar wäre (unten, I.). Anschließend prüfen wir, ob die Einführung von Differenzverträgen aus beihilferechtlichen Gründen zwingend erforderlich ist (unten, II.)

I. Anwendbarkeit des Beihilferechts

Bei Aufnahme einer Öffnungsklausel in Art. 19b StrommarktVO ist vorbehaltlich der Ausgestaltung der Öffnungsklausel im Einzelnen davon auszugehen, dass das Marktprämienmodell jedenfalls unter dem sektorspezifischen Unionsrecht weiter zulässig wäre.

Allerdings würde eine derartige Öffnungsklausel zugunsten anderer Fördermechanismen das Marktprämienmodell nicht einer beihilferechtlichen Prüfung entziehen. Das Beihilfeverbot gemäß Art. 107 ff. AEUV stellt europäisches Primärrecht dar, welches grundsätzlich vorrangig gegenüber dem Sekundärrecht, etwa der StrommarktVO, ist.⁹ Das Verhältnis des Beihilferechts zu den in der StrommarktVO geregelten Maßnahmen kommt auch in den Erwägungsgründen der StrommarktVO-E zum Ausdruck:

„Soweit es sich bei einer der in dieser Verordnung vorgesehenen Maßnahmen um eine staatliche Beihilfe handelt, gelten die Bestimmungen über solche Maßnahmen unbeschadet der Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV.“¹⁰

Ungeachtet der Tatsache, dass diese konkrete Feststellung im Kontext von Maßnahmen zur Stützung der Stromversorgungspreise steht, reflektiert sie die unionsrechtliche Normhierarchie. Maßnahmen der StrommarktVO-E verdrängen demnach nicht die Anwendung von Art. 107 ff. AEUV. Diese bleiben unbeschadet der Regelungen der StrommarktVO anwendbar. Daraus folgt, dass Fördermaßnahmen auf Basis einer *Opt-Out* Regelung zu Art. 19b StrommarktVO-E weiterhin am Maßstab der Art. 107 ff. AEUV zu messen sind.

II. Zulässigkeit des Marktprämienmodells nach europäischem Beihilferecht

Die Förderung von Erneuerbaren Energien aus staatlichen Mitteln ist grundsätzlich anhand von Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu prüfen.¹¹ Dabei steht der Kommission ein Ermessen zu, dessen Ausübung durch die KUEBLL konkretisiert worden sein könnte (unten, 1.). Soweit die KUEBLL für die Ermessensausübung Bindungswirkung entfalten, ist deren

⁹ Geismann, in: von der Groeben/Schwarze, AEUV, 7. Aufl. 2015, Art. 288 Rn. 25.

¹⁰ EG (53).

¹¹ Vgl. den Beschluss der Kommission zum EEG 2023 vom 21. Dezember 2022 C(2022) 9900 final, State Aid SA.102084 (2022/N) – Germany – EEG 2023.

Regelungsgehalt näher zu untersuchen und zu prüfen, ob unter den KUEBLL die Einführung von Differenzverträgen zwingend ist (unten, 2.). Schließlich sind die Rechtswirkungen der Zusagen der Bundesregierung in der Beihilfeentscheidung zum EEG 2023 näher zu untersuchen (unten, 3.)

1. KUEBLL als Konkretisierung der Ermessensausübung durch die Kommission

Leitlinien wie die KUEBLL dienen der Transparenz und Vorhersehbarkeit der Entscheidungspraxis der Kommission. Sie sind damit Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes.¹² Vergleichbar mit einer internen Verwaltungsvorschrift nach nationalem Recht entfalten die KUEBLL keine unmittelbare Außenwirkung.¹³ Als Ausdruck des Vertrauensschutzes und des Gleichheitssatzes begründen Leitlinien wie die KUEBLL dennoch Verbindlichkeit für die Kommission und damit mittelbare Bindungswirkung auch für Dritte.¹⁴ Die Unionsgerichte überprüfen daher Beihilfeentscheidungen auch anhand der einschlägigen Leitlinien.¹⁵ Nach der Rechtsprechung ist die Kommission jedoch nur insoweit durch von ihr erlassene Leitlinien gebunden, als diese nicht von den Vorschriften des AEUV abweichen und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar sind.¹⁶ Ferner muss die Kommission die von ihr erlassenen Leitlinien kontinuierlich überprüfen, um von diesen nicht berücksichtigte Entwicklungen zu erfassen.¹⁷ Die Begrenzung der Selbstbindung der Kommission durch außergewöhnliche Umstände und neue Entwicklungen rechtfertigt sich aus der Rolle von Leitlinien als vorausschauende Ermessensausübung. Diese kann sich nicht auf Gesichtspunkte erstrecken, die die Kommission beim Leitlinienerlass nicht in ihre Ermessensausübung einstellen konnte.¹⁸

Nach diesen Maßstäben würde die Kommission und im Streitfall der EuGH das Marktprämienmodell anhand der KUEBLL überprüfen, solange diese nicht ihrerseits gegen Unionsrecht verstoßen und durch neue Entwicklungen überholt wären.

Auf einen Verstoß der KUEBLL gegen Unionsrecht bestehen keine Hinweise. Vielmehr entspricht Rn. 90 KUEBLL, derzufolge bei erheblicher Unsicherheit der Marktpreisentwicklung Maßnahmen zur Beschränkung der Rentabilität oder Rückforderungsmechanismen erforderlich sein könnten, dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Danach muss die Art der Beihilfegewährung sicherstellen, dass keine Überförderung erfolgt.¹⁹ Die allgemeine Feststellung der KUEBLL, dass sich in Zeiten unsicherer

¹² Cremer, in: Calliess/Ruffert AEUV, Art. 107, Rn. 4.

¹³ Harsch/Antoni, EnWZ 2023, S. 6.

¹⁴ Frenz, WRP 2010, 232.

¹⁵ Cremer, in: Calliess/Ruffert AEUV, Art. 107, Rn. 4, mit Verweis auf *EuGH*, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-288/96, Rn. 62; *EuG*, Urteil vom 29. September 2000 – Rs. T-16/96, Rn. 57.

¹⁶ *EuGH*, Urteil vom 8. März 2016 – C-431/14 P, Rn. 70.

¹⁷ *EuGH*, Urteil vom 8. März 2016 – C-431/14 P, Rn. 71.

¹⁸ Cremer, in: Calliess/Ruffert AEUV, Art. 107, Rn. 4.

¹⁹ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 3 Rn. 179.

Marktpreise bei dem in Deutschland herrschenden Marktprämienmodell jedenfalls bei sehr hohen Marktpreisen eine Überförderung ergeben könnte, erscheint vor diesem Hintergrund plausibel.

Eine wesentliche Umstandsänderung, die die Fortgeltung der Wertungen von Rn. 90 KUEBLL entkräften könnte, ist seit deren Veröffentlichung am 18. Februar 2022 nicht feststellbar. Zwar traten die Höchststände an den Strommärkten erst nach dem Erlass der KUEBLL im August 2022 ein. Allerdings wurde diese Entwicklung der KUEBLL durch den Verweis auf eine mögliche Überförderung bereits antizipiert, sodass dieser Strompreisanstieg gerade nicht geeignet ist, die Feststellungen der KUEBLL grundlegend in Frage zu stellen.

2. Regelungsgehalt der KUEBLL

Rn. 90 der KUEBLL sieht vor, dass bei erheblicher Unsicherheit hinsichtlich künftiger Marktentwicklungen in Bezug auf einen Großteil des Geschäftsszenarios (wie es beispielsweise bei Investitionen in erneuerbare Energien der Fall sein kann) eine Unterstützung in Form einer bestimmten garantierten Vergütung zur Begrenzung des Risikos als notwendig erachtet werden könne. Zur Gewährleistung der Angemessenheit könnten „in solchen Fällen Beschränkungen der Rentabilität und/oder Rückforderungen im Zusammenhang mit möglichen positiven Szenarien erforderlich sein.“

a) „Erhebliche Unsicherheit hinsichtlich künftiger Marktentwicklungen“

Fraglich ist zunächst, ob derzeit eine „erhebliche Unsicherheit hinsichtlich künftiger Marktentwicklungen“ besteht. Eine „Unsicherheit“ über die Preisentwicklung an den Energiemärkten dürfte permanent und seit der Marktliberalisierung in den 1990er Jahren bestehen. Allerdings verlangen die KUEBLL eine über diese Unsicherheit hinausgehende Instabilität der Märkte in Form einer „erheblichen“ Unsicherheit. Die Unsicherheit muss zudem gerade darin bestehen, dass sich möglicherweise besonders hohe Marktpreise einstellen können, da nur dann Anlass zur Begrenzung der Rentabilität und/oder Rückforderungen besteht.

Ob sich in Zukunft wieder Preise wie im Jahr 2022 einstellen, ist naturgemäß unsicher. Jedenfalls die deutsche Bundesregierung scheint mit einem solchen Preisszenario nicht zu rechnen. In dem Beihilfeverfahren zur Genehmigung des EEG 2023 hat sie vorgetragen, dass derart hohe Preise nicht den Markterwartungen entsprechen und gerade daraus die Notwendigkeit abgeleitet, mit den im EEG 2023 enthaltenen Maßnahmen den Erneuerbaren Ausbau weiter zu fördern.

„Despite the current high electricity market prices, in particular as a result of the Russian war of aggression against Ukraine, Germany argues that this does not change the fact that renewable energy installations still need support in order to be profitable over their entire lifetime of 20 years. The **electricity price scenarios known to the German federal authorities do not suggest**

that the electricity prices will remain high in the long run. As a consequence, Germany argues that the cost of electricity generation from RES **is expected to be higher than the market price for electricity over the long run, so that the need for State aid remains.**²⁰

Weiter hat die Bundesregierung zur Überzeugung der Kommission dargelegt, dass ohne die im EEG 2023 enthaltenen Maßnahmen keine Investitionen in Erneuerbare-Energien-Anlagen getätigt würden:

„For investments in new RES installations, Germany argues that the counterfactual situation consists of no execution of the project, because without support the projects would face an increased financing risk, despite the current high level of electricity market prices. Hence, the net present value (‘NPV’) of the counterfactual scenario is zero, and the funding gap equals the NPV of the project without EEG support. In general, State aid guarantees a minimum revenue for the projects, which means their execution is more certain and it is easier for them to obtain financing.“²¹

Angesichts dieser von der Bundesregierung zu Grunde gelegten Szenarien ist es mindestens fraglich, ob in Zukunft eine Gefahr der Überförderung wegen „erheblicher“, über das normale Maß an erwartbaren Marktpreisschwankungen hinausgehender „Unsicherheiten“ besteht.

Unabhängig davon, ob derzeit eine „erhebliche“ oder nur eine „reguläre“ Unsicherheit über die künftige Marktpreientwicklung besteht, ist aufgrund der Verwendung dieses äußerst dehnbaren Begriffs die von Rn. 90 KUEBLL ausgehende Selbstbindung der Kommission äußerst gering. Da sich der Begriff der „erheblichen Unsicherheit“ einer vernünftigen objektiven Beurteilung entzieht, bietet Rn. 90 KUEBLL keine taugliche Richtschnur für eine auf dieser Grundlage ergehende Beihilfeentscheidung.

Rn. 90 KUEBLL ist damit schon aufgrund seiner Unbestimmtheit nicht geeignet, das Ermessen der Kommission wirksam zu beschränken.

b) Beschränkungen der Rentabilität und/oder Rückforderungen im Zusammenhang mit möglichen positiven Szenarien

Soweit man trotz der Unbestimmtheit des Begriffs das Vorliegen einer „erheblichen Unsicherheiten“ über die künftige Marktentwicklung unterstellt, „können“ nach Rn. 90 KUEBLL Maßnahmen zur „Beschränkung der Rentabilität und/oder Rückforderungen im Zusammenhang mit möglichen positiven Szenarien“ (hohen Strompreisen) erforderlich sein.

²⁰ *Kommission*, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – C(2022) 9900 final, Rn. 32.

²¹ *Kommission*, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – C(2022) 9900 final, Rn. 38.

Die Formulierung „Beschränkung der Rentabilität“ erfasst Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität im Voraus (*ex ante*), während der Begriff der „Rückforderungen im Zusammenhang mit möglichen positiven Szenarien“ eine nachträgliche Rückführung von möglichen Übererlösen (*ex post*) meint. Differenzverträge beschränken die Rentabilität einer Investition im Voraus (*ex ante*). Differenzverträge sind aber nur ein denkbare Instrument zur Begrenzung der Rentabilität *ex ante*. Darüber hinaus sind weitere Maßnahmen zur Rentabilitätsbegrenzung im Voraus denkbar. So ist vorstellbar, dass ein Mitgliedstaat durch eine Begrenzung des Umfangs der Förderung die Rentabilität *ex ante* begrenzt. Der Marktprämienanspruch könnte etwa eine bestimmte Vollbenutzungsstundenzahl oder auf eine bestimmte Prozentzahl beschränkt werden, wie es im aktuellen EEG bspw. für Biomasseanlagen der Fall ist, § 39i EEG 2023. Weiter ist ein degressives Absinken der Förderung denkbar, wie es ebenso im EEG 2023 angelegt ist. Ferner könnte die Rentabilität *ex ante* in der Weise beschränkt werden, dass sich der Förderzeitraum für den Fall extrem hoher Monatsmarktwerte verkürzt. Wenn ein Anlagenbetreiber etwa im Jahr 7 seiner Förderung aufgrund extrem hoher Monatsmarktwerte das doppelte der erwartbaren Umsatzerlöse verdient, könnte ihm dieser Vorteil durch eine Verkürzung des Förderzeitraums von 20 auf 19 Jahre abgezogen werden. Für den Fall einer moderaten Marktpreisentwicklung bliebe demgegenüber der volle Förderzeitraum erhalten.

Ferner sind die unterschiedlichsten Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität *ex post*, also im Nachgang, denkbar. So hat die Kommission in der beihilferechtlichen Genehmigungsentscheidung zum EEG 2023 die Übererlösabschöpfung unter §§ 13 ff. StromPBG als wirksame Maßnahme zur Begrenzung der Rentabilität angesehen.²² Denkbar ist zudem eine Abschöpfung von unerwarteten Übererlösen über einen steuerlichen Mechanismus, etwa eine echte Übergewinnsteuer oder einen „Solidaritätsbeitrag“, wie er in Art. 14 ff. der Verordnung (EU) 2022/1854 („**EU-NotfallVO**“) für den fossilen Sektor vorgesehen ist. Eine Übergewinnsteuer oder ein Solidaritätsbeitrag hätten den Vorteil, dass sie erst dann greifen, wenn die Übergewinne tatsächlich eintreten. Der mit einem Differenzvertrag verbundene Verwaltungsaufwand hinsichtlich des Wälzungsmechanismus zur Abführung der negativen Prämien (also des Deltas zwischen Marktwert und anzulegendem Wert) bleibt zunächst aus. Treten Übergewinne ein, kann zudem auf das vorhandene verwaltungsrechtliche Instrumentarium im Bereich der Einkommens- und Körperschaftssteuer zurückgegriffen werden.

Festzuhalten ist, dass Rn. 90 der KUEBLL mannigfache Maßnahmen zur Wirtschaftlichkeitsbegrenzung *ex ante* und *ex post* erfasst. Ein Differenzvertrag ist dabei eine von verschiedenen Maßnahmen zur Wirtschaftlichkeitsbegrenzung *ex*

²² Kommission, Beschluss vom 21. Dezember 2022 – C(2022) 9900 final, Rn. 30, 318.

ante. Die Einführung von Differenzkontrakten ist damit keineswegs durch die KUEBLL vorgegeben.

Schlussendlich sind nach dem Wortlaut von Rn. 90 KUEBLL Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität/Rückforderungsmechanismen auch selbst bei erheblicher Unsicherheit nicht zwingend. Vielmehr „können“ nach Rn. 90 KUEBLL solche Maßnahmen „erforderlich sein“.

Damit ist eine Einführung von Differenzverträgen unter Berücksichtigung der in den KUEBLL enthaltenen Erwägungen keineswegs zwingend.

3. Beihilfeentscheidung zum EEG 2023

Die Beihilfeentscheidung der Kommission zum EEG 2023 enthält folgende Feststellung:

„The Commission takes note of Germany’s commitment to **limit profitability and/or to implement clawbacks** as required by point 90 of the CEEAG for contracts entered into **when there is significant uncertainty concerning future market development** to ensure proportionality also in this case, for all installations that are awarded a contract in a tender as of 1 July 2024.“

Unabhängig davon, ob diese Selbstverpflichtung der Bundesregierung trotz fehlender Aufnahme in den Tenor der Entscheidung eine Bindungswirkung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2015/1589 („**BeihilfeverfahrensVO**“) entfaltet,²³ geht ihr Regelungsgehalt nicht über Rn. 90 KUEBLL hinaus. Denn die Selbstverpflichtung gibt schlicht Rn. 90 KUEBLL wieder, indem sie auf eine erhebliche Unsicherheit der künftigen Marktentwicklung („*significant uncertainty concerning future market development*“) abstellt und für diesen Fall Maßnahmen zur Begrenzung der Rentabilität/Rückforderungsmechanismen („*limit profitability and/or to implement clawbacks*“) fordert. Insofern kann auf die Ausführungen zu Rn. 90 KUEBLL verwiesen werden. Aufgrund der Unbestimmtheit der Begrifflichkeiten kann dieser Selbstverpflichtung keine Rechtspflicht zur Einführung von Differenzverträgen entnommen werden. Damit hätte – selbst im Falle erheblich unsicherer Marktentwicklungen – die Einführung anderer Maßnahmen zur Rentabilitätsbegrenzung keine negativen Auswirkungen auf den Bestand der Beihilfeentscheidung zum EEG 2023.

* * *

²³ Für eine Bindungswirkung: Köster in MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, Beihilfenverfahrens-VO Art. 9 Rn. 10.