

Beiträge

Gewährträgerhaftung für eine rekommunalierte Energieversorgung und den Netzbetrieb? Ein EU-beihilfenrechtliches No-Go!

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Bonn*

Anlass für die Abhandlung ist der Volksentscheid in Berlin am 3.11.2013 über die Rekommunalisierung der Berliner Energieversorgung aufgrund eines Gesetzentwurfes für die demokratische, ökologische und soziale Energieversorgung („BerlEnergieVG-E“; <http://www.berliner-energetisch.net/gesetzentwurf>).

Unabhängig von dem Ausgang dieses Volksentscheides ist mit Blick auf den energiepolitischen „Nachahmereffekt“ eine EU-beihilfenrechtliche Beurteilung des Vorhabens der Errichtung von zwei Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR) angezeigt. Denn für die Verbindlichkeiten der Anstalten, zum einen der Stadtwerke und zum anderen der Netzgesellschaft, muss jeweils der öffentliche Anstaltsträger als Gewährträger unbeschränkt haften (vgl. § 7 III BerlEnergieVG-E). Die Abhandlung beantwortet die Frage, ob eine solche, für AöR spezifische Gewährträgerhaftung als Gewährung einer staatlichen Beihilfe i.S.v. Art. 107 I AEUV zu qualifizieren ist. Zu berücksichtigen sind dabei auch die für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI“) geltenden Sonderregelungen.

I. EU-beihilfenrechtliche Bewertung der Gewährträgerhaftung

Die Gewährung einer staatlichen Beihilfe i.S.v. Art. 107 I AEUV liegt vor, wenn die Tatbestandsmerkmale der

- Begünstigung
- bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige
- staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt
- Verfälschung des Wettbewerbs und der
- Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

erfüllt sind. An der nach dem EU-Wettbewerbsrecht geltenden funktionalen Unternehmenseigenschaft von in der öffentlich-rechtlichen Organisationsform der AöR konstituierten Stadtwerken und Netzbetreiber bestehen keine Zweifel. Ebenso wenig bestehen Zweifel an der Erfüllung der Beihilfentatbestandsmerkmale „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“, „Verfälschung des Wettbewerbs“ und der „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“. Im Folgenden wird daher lediglich das Begünstigungsmerkmal im Hinblick auf die öffentlich übernommene Gewährträgerhaftung untersucht.

Unentgeltliche staatliche Bürgschafts- oder Garantieübernahmen sind auch ohne Eintritt des Haftungsfalles Beihilfen i.S.v. Art. 107 I AEUV¹. Im Hinblick auf öffentliche Garantieübernahmen sieht die Kommission den Beihilfentatbestand als erfüllt an, wenn damit alle Verbindlichkeiten eines Unternehmens pauschal abgedeckt

werden. Eine solche Garantie könne auch dann nicht auf dem privaten Markt für Sicherheiten als erreichbar angesehen werden, wenn das nationale Recht für Privatpersonen eine unbeschränkte Haftung bei der Übernahme aller Anteile an einer Gesellschaft vorsehe, denn ein privater Investor würde nämlich die Gesellschaft bei fortschreitender Verschuldung ohne langfristige Profitabilitätsaussicht liquidieren. Der Vergleich mit den Haftungsstrukturen in privaten Konzernsektoren, wenn etwa eine Muttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen abgibt, trägt in diesem Zusammenhang nicht. Hinter solchen Patronatserklärungen oder Verlustdeckungszusagen steht nur ein in bestimmbarer Höhe begrenztes Kapital einer privatrechtlich organisierten Muttergesellschaft und letztlich auch ein Ausfallrisiko. Hinter der Gewährträgerhaftung für eine AöR steht dagegen die Bonität einer öffentlichen Gebietskörperschaft². Eine solche Bonität ist auf dem privaten Markt überhaupt nicht erreichbar. Aufgrund dieser Bonität genießen AöR eine Kreditwürdigkeit, welche unter Umständen gar nicht ihrer betriebswirtschaftlichen Finanzverfassung entspricht³. Diese Disparität zwischen öffentlich abgeleiteter Bonität durch eine unbeschränkte Gewährträgerhaftung (§ 7 III BerlEnergieVG-E) und der betriebswirtschaftlichen Finanzverfassung aufgrund der Verpflichtung zur Wirtschaftsführung nach kaufmännischen Grundsätzen (§ 7 I BerlEnergieVG-E) und zur kaufmännischen Buchführung (§ 7 II BerlEnergieVG-E) sollte für die Berliner Stadtwerke und die Berliner Netzgesellschaft „offen“ kodifiziert werden.

Ohne die Gewährträgerhaftung würden die Anstalten auf ihre eigene Kreditwürdigkeit entsprechend ihrer Finanzverfassung zurückgeworfen. Dies wäre keine Diskriminierung öffentlicher Unternehmen, sondern eine materielle Gleichstellung mit ihren privaten Konkurrenten im Wettbewerb⁴. Eindeutig ist nach ständiger Entschei-

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn.

1 So schon die Entscheidung der Kommission v. 18.5.1979, ABIEG 1979 Nr. L 138, 30.

2 Kommission, ABIEG Nr. C 349 v. 29.12.1993, 2, 3 – EFIM.

3 Vgl. Koenig, EuZW 1995, 595 ff.; ders., WM 1995, 821 ff.; Koenig/Sander, EuZW 1997, 363 ff.

4 Soukup, ZöGU 18 (1995), 16 (35).

Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter www.ir.beck.de gelangt man auf die Homepage der IR
- Links unten befindet sich der **LOGIN-Bereich**: Einfach Benutzername und Passwort in das entsprechende Feld eintragen
- In das Suchfeld (GO-Suche) wird das Wort „**becklink**“ und die sog. sechsstellige „**becklink-Nummer**“ eingegeben; diese Nummer befindet sich am Ende eines Beitrages oder einer Urteilsbesprechung in der jeweiligen Ausgabe der IR
- Der gesamte Inhalt der IR steht nun exklusiv zur Verfügung: sämtliche zitierten Entscheidungen und Dokumente können nun im Volltext ausgedruckt werden

dungspraxis von *Kommission* und *Gerichtshof* auch, dass durch Gesetz begründete öffentliche Garantien als Beihilfen i.S.v. Art. 107 I AEUV anzusehen sind⁵. Gesetzlich begründete öffentliche Garantien begünstigen unmittelbar diejenigen Unternehmen, deren Verbindlichkeiten von der Garantieübernahme abgedeckt werden.

Zum einen erhalten die aufgrund einer Gewährträgerhaftung abgesicherten Stadtwerke und/oder Netzbetreiber durch die Einräumung der öffentlichen Bonität einen Refinanzierungsvorteil aufgrund günstiger Zinsen auf Darlehen. Dieser Vorteil kann nach Maßgabe der beihilfenrechtlichen Referenzzinssatzmethode⁶ präzise bemessen werden. Zum anderen verzichtet die Regelung einer Gewährträgerhaftung typischerweise auf die Verpflichtung, eine für Bürgschaften und Garantien marktübliche Avalprovision zu zahlen, die nach Maßgabe der in der Bürgschaftsmittelung⁷ der *Kommission* aufgeführten Methode zu berechnen ist. Diese Ersparnisefekte (Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse) aufgrund der Gewährträgerhaftung nach § 7 III BerlEnergieVG-E überschreiten im Falle der Berliner Stadtwerke und der Berliner Netzgesellschaft nach überschlägiger Einschätzung offenkundig die allgemeine Schwelle sog. De-minimis-Beihilfen, nämlich 200.000 EUR in drei Steuerjahren, die von dem Anwendungsbereich des Art. 107 I AEUV ausgenommen sind⁸.

Die Dimensionen der Refinanzierungsvorteile durch Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse im Falle der Berliner Netzgesellschaft aufgrund der Gewährträgerhaftung erschließen sich bereits überschlägig aus den veröffentlichten amtlich geschätzten Refinanzierungskosten für die Netzübernahmen. Nach der amtlichen Kostenschätzung

„ist davon auszugehen, dass der Sachzeitwert des Netzes ca. 3 Mrd. EUR beträgt. Da Netzübernahmen jedoch üblicherweise zu Preisen unter dem Sachzeitwert erfolgen, kann der Wert des Netzes daher auf 2 bis 3 Mrd. EUR geschätzt werden. Nach einem Gutachten im Auftrag der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie

und Frauen vom 8.9.2011 wird der Ertragswert für das Stromnetz auf ca. 370 Mio. EUR geschätzt. Daraus ergibt sich ein Kaufpreis von etwa 400 Mio. EUR. Laut einem BGH-Urteil von 1999 ist der Sachzeitwert nur dann zulässig, wenn er den Ertragswert nicht erheblich übersteigt, in der Regel nicht mehr als 10%. Der Kaufpreis refinanziert sich langfristig über die sicheren Erlöse aus dem Netzbetrieb.“⁹

Bis der Kaufpreis sich allerdings über die – der energierechtlichen Entgeltregulierung unterliegenden und damit regulatorisch „gedeckelten“ – Erlöse aus dem Netzbetrieb refinanziert hat, ist von einem erheblichen Refinanzierungsbedarf der Berliner Netzgesellschaft aufgrund von aufgenommenem Fremdkapital auszugehen. Ein – am Rating des Staates uneingeschränkt teilhabender – Staatsbetrieb muss gegenwärtig durchschnittlich ca. 1,7–2,3% Zinsen bei einer Darlehenslaufzeit von zehn Jahren aufwenden. „Notleidende Kommunen“ müssen bei schlechterem Rating freilich prozentual mehr Zinszahlungen als Bund und Länder leisten. Der den Beihilfentatbestand nach Art. 107 I AEUV erfüllende Refinanzierungsvorteil der Berliner Netzgesellschaft aufgrund der Gewährträgerhaftung nach § 7 III BerlEnergieVG-E besteht in der kreditwirtschaftlichen Gleichstellung der Anstalten mit am Rating des Staates uneingeschränkt teilhabenden Staatsbetrieben und damit in der Inanspruchnahme(-möglichkeit) der „privilegiert“ niedrigen Zinssätze, die nur für staatliche/kommunale Darlehensschuldner gelten. Dieser Refinanzierungsvorteil lässt sich im Vergleich zu den (hypothetischen) Stand-Alone-Refinanzierungskosten (ohne Gewährträgerhaftung) ermitteln, also im Differenzvergleich zu den Refinanzierungskosten mittelgroßer privater Netzbetreiber, die als Darlehensnehmer gegenwärtig auf dem Kreditmarkt bei einer Darlehenslaufzeit von zehn Jahren durchschnittlich mit etwa (je nach Bonität bzw. Rating des Schuldners) 1,3–1,8 % mehr Zinsen belastet werden. Die aufgrund der staatlichen, gesetzlich in § 7 III BerlEnergieVG-E verankerten Gewährträgerhaftung grundsätzlich zu veranschlagenden Avalprovisionsersparnisse (die Fremdkapitalfinanzierung der Anstalten ist nicht durch Bürgschaften abzusichern, während die Avalprovisionen zulasten privater Vergleichsunternehmen prozentual auf das jeweilige Darlehen je nach Bonität bzw. Rating des Schuldners zu Buche schlagen) gehen wirtschaftlich weitgehend in dem Refinanzierungsvorteil durch (gewährträgerhaftungsbedingt) niedrigere Zinsaufwendungen auf. Lediglich das von einem Finanzinstitut marktüblich in Rechnung gestellte administrative Bereitstellungsentgelt für eine Bürgschaft/Garantie wird aufgrund der gesetzlich verankerten Gewährträgerhaftung durch die Anstalten eingespart und ist dem Refinanzierungsvorteil (bei den Zinsaufwendungen) hinzuzurechnen. Insofern geht von der Gewährträgerhaftung ein Zins- bzw. (nicht: und) Avalprovisionsersparnisvorteil aus.

Für die Berliner Stadtwerke lassen sich die Refinanzierungskosten und darauf aufbauend die Refinanzierungsvorteile aufgrund der Gewährträgerhaftung entspre-

5 So schon die Entscheidung der *Kommission* v. 6.4.1993, ABIEG Nr. L 185 v. 28.7.1993, 43 – HibeG/Krupp/Bremer Vulkan; Mitteilung der *Kommission* v. 2.10.1993, ABIEG Nr. C 267, 11-EFIM; *EuGH, Urt.* v. 20.9.1990 – C-5/89, Slg. I-3437 (3454) – *Kommission/Deutschland*.

6 Nach der Mitteilung über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze, ABIEU 2008 Nr. C 14, 6.

7 Mitteilung der *Kommission* über die Anwendung der Art. 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABIEU 2008 Nr. C 155, 10, zuletzt berichtigt durch ABIEU 2008 Nr. C 244, 32.

8 Art. 2 II VO (EG) Nr. 1998/2006 der *Kommission* über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABIEU 2006 Nr. L 379, S. 5 (im Folgenden: De-minimis-VO) fingiert für diese geringwertigen Beihilfen die Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 I AEUV.

9 <http://www.berliner-energetisch.net/gesetzentwurf>.

chend den Investitionserfordernissen nach den aufgrund von § 2 BerlEnergieVG-E gesetzlich betrauten Aufgaben der Stadtwerke überschlägig (prognostisch) hochrechnen. Dass die Refinanzierungsvorteile aufgrund der Gewährträgerhaftung auch bei den Berliner Stadtwerken entsprechend den Investitionserfordernissen voraussichtlich die Schwelle sog. De-minimis-Beihilfen überschreiten, verdeutlichen die an die Berliner Stadtwerke adressierten massiven Investitionsaufgaben nach § 2 I-IV BerlEnergieVG-E. Zu diesen Investitionsaufgaben zählen u.a.:

- der Aufbau von Produktions- und Vertriebskapazitäten für erneuerbare Energien sowie von Energieeinsparkapazitäten,
- der Aufbau von dezentralen Erzeugungskapazitäten auf Basis erneuerbarer Energien,
- Investitionen in Energieeffizienz- und Energiesparfördermaßnahmen,
- Investitionen in die ökologische und sozialverträgliche energetische Gebäudesanierung und Förderung des Einsatzes energiesparender Haushaltsgeräte für einkommensschwache Haushalte,
- die Förderung privater Initiativen für die Energieeinsparung und die dezentrale Erzeugung von erneuerbaren Energien.

Jedenfalls läge eine geringwertige Beihilfe nur dann vor, wenn das Bruttobeihilfenäquivalent zzgl. des jeweils darauf abgezinsten Betrages gem. Art. 2 III der De-minimis-Verordnung¹⁰ nicht den Höchstbetrag des Art. 2 II der De-minimis-Verordnung, nämlich 200.000 EUR in drei Steuerjahren, überschreitet. Das Beihilfenäquivalent bemisst sich danach aus der Differenz zwischen dem Marktwert der tatsächlich erbrachten Leistung und der tatsächlich erhaltenen Gegenleistung¹¹. Für die Berechnung des Beihilfenäquivalents bei zinsgünstigen mittel- und langfristigen Darlehen zieht die *Kommission* zusätzlich ihre auf die Währungsunion angepasste und fortwährend aktualisierte Mitteilung über die Methode zur Festsetzung der Referenz- und Abzinsungssätze¹² heran. Den Referenzzinssatz versteht die *Kommission* als Mindestsatz, der sich in Fällen besonderer Risiken erhöhen kann.

II. Zur Anwendung der Ausnahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI“)

Die Berliner Stadtwerke und die Berliner Netzgesellschaft sollen nach § 2 BerlEnergieVG-E mit der Erbringung von DAWI gesetzlich betraut werden:

§ 2 Aufgaben und Ziele

(1) Die Stadtwerke tragen dazu bei, dass langfristig die Energieversorgung Berlins zu 100 Prozent auf der Grundlage dezentral erzeugter erneuerbarer Energien erfolgt. Die Stadtwerke haben die Aufgabe, die Einwohnerinnen und Einwohner Berlins mit Energie zu versorgen und Energiearmut entgegenzuwirken. Energiearmut ist der mangelnde Zugang zu bezahlbaren und zuverlässigen Energiedienstleistungen. Aufgaben der Stadtwerke als integrierter Energiedienstleister sind vor allem der

Aufbau von Produktions- und Vertriebskapazitäten für erneuerbare Energien und die Nutzung von Energieeinsparkapazitäten.

[...]

(3) Die Stadtwerke fördern und investieren in Energieeffizienz- und Energiesparmaßnahmen. Die Senkung des Energieverbrauchs ist ein zentrales Geschäftsziel. Die Stadtwerke unterstützen die ökologische und sozialverträgliche energetische Gebäudesanierung und fördern den Einsatz energiesparender Haushaltsgeräte für einkommensschwache Haushalte.

(4) Die Stadtwerke unterstützen private Initiativen für die Energieeinsparung und dezentrale Erzeugung von erneuerbaren Energien.

[...]

(6) Die Netzgesellschaft hat die Aufgabe, die Verteilnetze für Elektrizität in Berlin zu betreiben.

(7) Beide Anstalten haben sich an ökologischer Nachhaltigkeit und sozialer Gerechtigkeit zu orientieren. Sie haben außerdem die Aufgabe, ihre Tätigkeit der Bevölkerung zu vermitteln, ihre Geschäftspolitik transparent zu gestalten und eine demokratische Kontrolle ihrer Entscheidungen zu ermöglichen.

(8) Durch Gesetz können den Anstalten nach Anhörung der jeweiligen Anstalt weitere Aufgaben im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge übertragen werden. Mit der Aufgabenübertragung wird der Ersatz des notwendigen Aufwands geregelt.

Auch die Berliner Netzgesellschaft wird nach § 2 VII BerlEnergieVG-E gemeinwohlgebunden und durch einen (normativen) Hoheitsakt verpflichtet, „sich an ökologischer Nachhaltigkeit und sozialer Gerechtigkeit zu orientieren“. Ihre Netzentgelte und Netzbetreiberpflichten unterliegen nicht nur der energiewirtschaftsrechtlichen Regulierung nach dem EnWG und den aufgrund des EnWG erlassenen Rechtsverordnungen, vielmehr wird die Berliner Netzgesellschaft nach § 2 VII BerlEnergieVG-E aufgrund der Adressierung „beider Anstalten“ gemeinwohlgebunden verpflichtet („DAWI-betraut“), ihre Netzentgelte und Netzdienstleistungen so zu gestalten, dass auch die Berliner Stadtwerke (als Netznutzerin) ihrer nach § 2 I BerlEnergieVG-E auferlegten Gemeinwohlaufgabe nachkommen können, „die Einwohnerinnen und Einwohner Berlins mit [bezahlbarer und zuverlässig gelieferter] Energie zu versorgen und [der] Energiearmut entgegenzuwirken“. Mithin wird die Berliner Netzgesellschaft zumindest „netzakzessorisch“ von der deutlichen DAWI-Betrautung der Berliner Stadtwerke erfasst.

Fraglich ist allerdings, ob die Gewährträgerhaftung als staatliche Ausgleichskompensation für die Erbringung

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der *Kommission* v. 15.12.2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 379 v. 28.12.2006, 5–10.

¹¹ *EuG*, Urt. v. 30.4.1998 – Rs. T-16/96 – Cityflyer Express/Kommission, Slg. 1998, II-757, Rn. 52 f.

¹² ABIEU 2008 Nr. C 14, S. 6.

von DAWI den dafür einschlägigen unionsrechtlichen Kompensationsanforderungen entspricht und ob nicht insbesondere die von der Gewährträgerhaftung ausgehenden Begünstigungseffekte durch Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse zugunsten der Berliner Stadtwerke und der Berliner Netzgesellschaft das unionsrechtlich erforderliche Maß überschreiten.

1. Der Ausschluss des EU-Beihilfentatbestands für DAWI nach den Altmark-Voraussetzungen

Die staatliche Ausgleichskompensation aufgrund der Gewährträgerhaftung gem. § 7 III BerlEnergieVG-E für die Erbringung der in § 2 BerlEnergieVG-E aufgeführten DAWI durch die Berliner Stadtwerke und die Berliner Netzgesellschaft entspricht nicht den unionsrechtlichen Kompensationsanforderungen nach der Altmark Trans-Rechtsprechung des *EuGH*¹³: Schon aus dem Betrauungsakt (1. Altmark-Voraussetzung), nämlich dem BerlEnergieVG-E, gehen die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der staatlichen Ausgleichskompensation nicht hervor. Damit fehlen auch jegliche, vorab objektiv und transparent aufzustellende Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet werden kann (2. Altmark-Voraussetzung). Insbesondere geht die Gewährträgerhaftung gem. § 7 III BerlEnergieVG-E unionsrechtswidrig weit über den Nettomehrkostenausgleich (3. Altmark-Voraussetzung) hinaus, also über das unionsrechtlich erforderliche Maß, das notwendig ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken. Denn die von der Gewährträgerhaftung ausgehenden pauschalen, gegen die unionsrechtlich vorgegebene Nettomehrkostenrechnungsmethode vollständig verstoßenden Begünstigungseffekte durch Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse zugunsten der Berliner Stadtwerke und der Berliner Netzgesellschaft überschreiten ganz offensichtlich das unionsrechtlich erforderliche Maß.

2. Die Ausnahmevorschrift des Art. 106 II AEUV (insbesondere nach dem DAWI-Maßnahmenpaket der Kommission)

Nach mittlerweile gefestigter Entscheidungspraxis der *Kommission* setzt die DAWI-Rechtfertigung von Beihilfenkompensationsmaßnahmen nach Art. 106 II AEUV grundsätzlich voraus, dass zumindest die ersten drei Altmark-Voraussetzungen im Wesentlichen erfüllt werden. Die *Kommission* hat die konkreten Rechtferti-

gungsvoraussetzungen zu Art. 106 II AEUV, d.h. die Anforderungen an den Betrauungsakt, das Verhinderungserfordernis sowie den Verhältnismäßigkeitsmaßstab, in vier Rechtsakten („Maßnahmenpaket“) definiert, die in der folgenden logischen Reihenfolge zu prüfen sind:

1. Mitteilung der *Kommission* über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (die „DAWI-Mitteilung“ enthält die (Altmark-) Beurteilungskriterien zur Erfüllung des Beihilfentatbestandes nach Art. 107 I AEUV)¹⁴,
2. Verordnung über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die DAWI erbringen (erhöht die De-minimis-Schwelle für DAWI-Ausgleichsleistungen auf 500.000 EUR in drei Steuerjahren)¹⁵.
3. Beschluss der *Kommission* über die Anwendung von Art. 106 II des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind (der „Freistellungsbeschluss“ stellt unter den dort aufgeführten Voraussetzungen vom Notifizierungsgebot und Durchführungsverbot nach Art. 108 III 1 bzw. 3 AEUV frei)¹⁶ und
4. Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (der „EU-Rahmen für staatliche Beihilfen“ stellt die Voraussetzungen auf, unter denen die *Kommission* Ausgleichsleistungen nach Art. 106 II, Art. 108 III AEUV genehmigt)¹⁷.

Diese Ausnahmevorschriften nach dem DAWI-Maßnahmenpaket kommen jedoch nur dann zum Tragen, wenn die DAWI-spezifischen Voraussetzungen¹⁸, nämlich zumindest die ersten drei Altmark-Voraussetzungen im Wesentlichen, erfüllt werden. Insbesondere können nur die Kosten ausgeglichen werden, die als Zusatzkosten (Mehrkosten) für die Erbringung der Dienste entstehen und die der Mehrkostenausgleich auch nachweisbar und kalkulierbar, also rechnerisch zuordnungsfähig zu kompensieren vermag. Eine pauschale und unbeschränkte Gewährträgerhaftung bezieht sich aber gerade nicht auf die nachweisbare und vor allem rechnerisch zuordnungsfähige Mehrkostenkompensation nach transparenten DAWI-Ausgleichsparametern, sondern sieht einen unionsrechtswidrigen, da über das erforderliche Maß hinausgehenden Pauschalausgleich vor. Da schon aus dem Betrauungsakt, nämlich dem BerlEnergieVG-E, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und etwaige Änderung der staatlichen Ausgleichskompensation nicht hervorgehen, fehlen jegliche, vorab objektiv und transparent aufzustellende Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet werden kann. Insbesondere geht die Gewährträgerhaftung gem. § 7 III BerlEnergieVG-E unionsrechtswidrig weit über den Nettomehrkostenausgleich hinaus, also über das unionsrechtlich

13 *EuGH*, Urt. v. 24.7.2003 Rs. C-280/00 – Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 83 f.

14 ABIEU 2012 Nr. C 8, 4.

15 *Kommission*, VO (EU) Nr. 360/2012, v. 25.4.2012, ABIEU 2012 Nr. L 114, S.8.

16 *Kommission*, Beschl. v. 20.12.2011 – 2012/21/EU, ABIEU 2012 Nr. L 7, 3.

17 ABIEU 2012 Nr. C 8, 15.

18 Dazu *Storr*, in: *Birnstiel/Bungenberg/Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, S. 829 (Rz. 2469).

erforderliche Maß, das notwendig ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der DAWI-De-minimis-Verordnung mit ihrem erhöhten Schwellenwert für Ausgleichsleistungen bis zu 500.000 EUR in drei Steuerjahren sind zudem die Bestimmungen des Art. 2 IV der Verordnung über „transparente Beihilfen“ im Fall von Garantieregelungen zu beachten. Zum einen muss danach das „Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet“ werden können und zum anderen werden als transparente De-minimis-Beihilfen nur solche Garantien behandelt, „wenn der verbürgte Teil des auf der Grundlage der Regelung gewährten zugrunde liegenden Darlehens 3.750.000 EUR je Unternehmen nicht übersteigt.“ Gerade diese Anforderungen von Art. 2 IV der DAWI-De-minimis-Verordnung an „transparente Beihilfen“ sind im Fall der Gewährträgerhaftung nach § 7 III BerlEnergieVG-E ganz offensichtlich nicht erfüllt.

III. Folgen einer Nichtbeachtung des Durchführungsverbot nach Art. 108 III 3 AEUV

Da die den Beihilfentatbestand nach Art. 107 I AEUV erfüllenden Ersparnisefekte (Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse) aufgrund der Gewährträgerhaftung nicht im Rahmen des DAWI-Maßnahmenpaketes von der Notifizierungspflicht gem. Art. 108 III AEUV freigestellt sind, wäre die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, die Beihilfen bei der *Kommission* gem. Art. 108 III 1 AEUV anzuzeigen und die Genehmigung der *Kommission* vor Durchführung der Beihilfenmaßnahmen nach Art. 108 III 3 AEUV abzuwarten. Wie dargelegt, sind die Zins- bzw. Avalprovisionsersparnisse aufgrund einer Gewährträgerhaftung aber selbst nach einer Notifizierung gem. Art. 108 III AEUV auch nicht als DAWI genehmigungsfähig.

Die Nichtbeachtung des Durchführungsverbot nach Art. 108 III 3 AEUV wird rechtlich, insbesondere durch die Rechtsprechung des *BGH*, sanktioniert. Zu einer Überprüfung potentieller Beihilfenmaßnahmen, wie vorliegend der Gewährträgerhaftung gem. § 7 III BerlEnergieVG-E, durch das zuständige Zivilgericht könnte es kommen, wenn von einer Beihilfe Betroffene, insbesondere Wettbewerber wie private Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber, deren Aussetzung oder Rückforderung etwa vor dem *LG* einklagen. Diese Möglichkeit steht von einer Beihilfe betroffenen Wettbewerbern infolge der drittschützenden Wirkung des im deutschen Recht unmittelbar geltenden Art. 108 III 3 AEUV offen. Mit seinen Flughafen-Urteilen vom 10.2.2011 hat der *BGH*¹⁹ klargestellt, dass das EU-beihilfenrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV sowohl ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB als auch eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstellt.

IV. Fazit

Im Falle der Begünstigung von Stadtwerken und Verteilnetzbetreibern durch eine öffentliche Gewährträgerhaftung unter Verstoß gegen das EU-beihilfenrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV könnten Wettbewerber, wie private Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber, nach §§ 823 II, 1004 BGB sowie nach §§ 8, 9, 3, 4 Nr. 11 UWG jeweils i.V.m. Art. 108 III 3 AEUV jedenfalls gegen den öffentlichen Gewährträger als Beihilfengeber auf Auskunft, Beseitigung (d.h. insbesondere Rückforderung der Beihilfe), Unterlassung und Schadensersatz wegen durch die Beihilfen entstandener Schäden klagen.

Zählermanipulationen – Rechtsfolgen und Handlungsoptionen aus Sicht von Netz und Vertrieb

Rechtsanwälte Jan-Hendrik vom Wege (MBA) und Dr. Michael Weise, Hamburg und Berlin*

Zählermanipulationen sind ein Dauerthema. Bereits nach dem Zweiten Weltkrieg erfreute sich der „kleine Gustav“, ein Elektromagnet zur Manipulation von Elektrizitätszählern, großer Beliebtheit. Heutzutage finden sich im Internet zahlreiche Anleitungen für Zählermanipulationen oder Hinweise, auf welche Weise man Zähler unbemerkt umgehen kann. Der nachfolgende Beitrag stellt Rechtsfolgen und Handlungsoptionen im Falle des Verdachts oder der festgestellten Zählermanipulation aus Sicht des betroffenen Netzbetreibers (hierzu nachfolgend I.) und des Lieferanten (hierzu nachfolgend II.) dar.

I. Zählermanipulationen aus Sicht des Netzbetreibers

Im Falle einer festgestellten Zählermanipulation kommen für den Netzbetreiber in erster Linie Schadensersatzansprüche in Betracht (hierzu nachfolgend 1.). Darüber hinaus können strafrechtliche Schritte in Erwägung gezogen werden (hierzu nachfolgend 2.). Für Netzbetreiber empfiehlt es sich bereits bei einem Verdacht der Zählermanipulation tätig zu werden; hierfür stehen dem Netzbetreiber unterschiedliche Rechte zur Verfügung (hierzu nachfolgend 3.).

1. Schadensersatz

Zu den Voraussetzungen (hierzu nachfolgend a)), zum Umfang (hierzu nachfolgend b)) und den Anforderungen an eine erfolgreiche Durchsetzung (hierzu nachfolgend c)) von Schadensersatzansprüchen des Netzbetreibers im Folgenden.

¹⁹ *BGH*, GRUR 2011, 444; BeckRS 2011, 5517.