



GUTACHTEN VON BECKER BÜTTNER HELD

Vereinbarkeit eines Amortisations- kontos zur Förderung der H2-Netz- infrastruktur mit europäischem Beihilfe- recht

Impressum

Herausgeber:

Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena)
Chausseestraße 128 a
10115 Berlin

Tel: +49 (0)30 66 777-0

Fax: +49 (0)30 66 777-699

E-Mail: info@dena.de

Internet: www.dena.de

Autorinnen und Autoren:

Zusammenfassung:

Adelya Galeeva, dena

Katharina Umpfenbach, dena

Kurzbewertung:

Rechtsanwalt Dr. Tigran Heymann, Partner (BBH)

Rechtsanwalt Dr. Christian Dessau, Partner Counsel (BBH)

Rechtsanwältin Vera Grebe (BBH)

Bildnachweis:

©The Ad Store Werbeagentur

Stand:

04/2023

Alle Rechte sind vorbehalten. Die Nutzung steht unter dem Zustimmungsvorbehalt der dena.

Bitte zitieren als:

Deutsche Energie-Agentur (Hrsg.) (dena, 2023) „Vereinbarkeit eines Amortisationskontos zur Förderung der H2-Netzinfrastruktur mit europäischem Beihilferecht“

Inhalt

Hintergrund und Ergebnisse der juristischen Bewertung	4
Kurzbewertung zur Vereinbarkeit des Konzepts eines Amortisationskontos zur Förderung des Ausbaus einer Wasserstoff-Netzinfrastruktur mit dem europäischen Beihilferecht (BBH).....	6

Hintergrund und Ergebnisse der juristischen Bewertung

Wasserstoffnetzausbau voranbringen – Finanzierung durch ein Amortisationskonto sicherstellen

Der Aufbau eines Wasserstoffnetzes ist zentraler Baustein der Transformation hin zur Klimaneutralität. Bisher fehlt dafür jedoch ein tragfähiges Finanzierungskonzept. In Zukunft könnten Wasserstoffnetze, analog zu den Gas- und Stromnetzen, über Netzentgelte finanziert werden. In der Hochlaufphase, wenn die Zahl der Netznutzer noch klein ist, können die Kosten jedoch noch nicht voll auf die Netznutzer umgelegt werden. Daher gibt es **ein erhebliches Amortisationsrisiko**, das Investitionen in Wasserstoffnetze noch hemmt. Aktuell werden verschiedene Modelle diskutiert, um dieses Risiko zu reduzieren und Investitionen in Wasserstoffnetze zu ermöglichen.¹

Die Deutsche Energie-Agentur (dena) hat vorgeschlagen das Risiko für Investoren durch ein sogenanntes Amortisationskonto und eine staatliche Übernahme des Amortisationsrisikos abzusichern.² Bei diesem Modell werden die Netzentgelte zunächst gedeckelt und die Differenz zwischen Kosten und Einnahmen auf einem Amortisationskonto fortgeschrieben. Wenn später genügend Netznutzer an das Netz angeschlossen sind, wird die anfängliche Erlöslücke ausgeglichen. Das Risiko, dass nicht schnell genug ausreichend viele Netznutzer angeschlossen werden können, um das Konto auszugleichen, soll durch eine **staatliche Garantie für den Ausgleich des Amortisationskontos** abgesichert werden.

Da es sich bei der Übernahme des Risikos durch den Staat um eine Begünstigung bestimmter Unternehmen aus staatlichen Mitteln handelt, musste geprüft werden, ob bei diesem Vorschlag eine unerlaubte Beihilfe vorliegt. Die juristische Prüfung dieses Sachverhalts wurde durch die Kanzlei Becker Büttner Held (BBH) vorgenommen und ist als Kurzbewertung im Folgenden veröffentlicht.

Die staatliche Übernahme des Amortisationsrisikos ist unter bestimmten Bedingungen EU-beihilferechtlich zulässig

Das zentrale Ergebnis der juristischen Prüfung des dena-Vorschlags zum Amortisationskonto durch BBH ist: Die staatliche Beihilfe im Rahmen einer Übernahme des Amortisationsrisikos ist erlaubt, wenn sie dem Aufbau einer Wasserstoffinfrastruktur für CO₂-armen bzw. erneuerbaren Wasserstoff dient und dabei keine Überkompensation des Risikos erfolgt. Dies bedeutet im Einzelnen:

- Eine **Garantie** durch die Bundesrepublik Deutschland für den Ausgleich des Amortisationskontos **ist als Beihilfe zu werten**. Die Garantieübernahme kann aber nach Abschnitt 4.9 der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen der Europäischen Kommission (KUEBLL) als Energieinfrastrukturmaßnahme für den Bau oder die Modernisierung von Energieinfrastruktur, u. a. zur Ermöglichung der Integration erneuerbarer oder CO₂-armer Energie, zulässig sein.

¹ Siehe dena (2022) „Wie gelingt der Aufbau einer Wasserstoff-Netzinfrastruktur in Deutschland und Europa?“ <https://www.dena.de/newsroom/publikationsdetailansicht/pub/wie-gelingt-der-aufbau-der-wasserstoff-netzinfrastruktur-in-deutschland-und-europa/>

² Siehe dena (2022) „Vorfinanzierung durch die Netzbetreiber, Risikoabsicherung durch den Staat“ <https://www.dena.de/newsroom/publikationsdetailansicht/pub/impulspapier-vorfinanzierung-durch-die-netzbetreiber-risikoabsicherung-durch-den-staat/>

- Die Risikoübernahme ist nur dann beihilferechtlich zulässig, wenn sie der Investitionsförderung in Energieinfrastruktur für erneuerbare oder CO₂-arme Energie dient. Bei der Ausgestaltung des Förderkonzepts des Amortisationskontos muss also beachtet werden, dass **ausschließlich Wasserstoffnetze für den Transport von CO₂-armem und erneuerbarem Wasserstoff** förderfähig sind. Für die Definition von erneuerbarem oder CO₂-armem Wasserstoff wird es auf das unionsrechtliche Begriffsverständnis ankommen, das derzeit im Rahmen eines delegierten Rechtsakts zur Erneuerbaren-Energien-Richtlinien und dem Gaspaket verhandelt wird.
- Die Höhe der Beihilfe muss so gewählt sein, dass **keine Überkompensation** erfolgt. Es dürfen also keine Risiken finanziert werden, die ein Netzbetreiber auch im gewöhnlichen Verlauf des Netzausbaus zu tragen hätte. Daher muss bereits zum Zeitpunkt der Garantieübernahme feststehen, wie hoch das Risiko sein wird, das der Staat am Ende der Amortisationsdauer maximal zu tragen hätte.

KURZBEWERTUNG

**Zur Vereinbarkeit des Konzepts eines Amortisationskontos
zur Förderung des Ausbaus einer Wasserstoff-Netzinfrastruktur
mit dem europäischen Beihilferecht**

im Auftrag der

Deutschen Energie-Agentur GmbH (dena)

erstellt durch

Rechtsanwalt Dr. Tigran Heymann, Partner

Rechtsanwalt Dr. Christian Dessau, Partner Counsel

Rechtsanwältin Vera Grebe

Becker Büttner Held · Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbH
Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

T +49 (0)30 611 28 40-0 · F +49 (0)30 611 28 40-99 · bbh@bbh-online.de



12.04.2023



BECKER BÜTTNER HELD

Dieses Gutachten wurde für unsere Mandantin und auf der Grundlage des mit unserer Mandantin bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist für den eigenen Gebrauch unserer Mandantin bestimmt. Vor einer Weitergabe des Gutachtens, ganz oder in Teilen, einer Veröffentlichung oder einer Bezugnahme im Außenverhältnis der Mandantin bedarf es einer schriftlichen Zustimmung durch uns.

Gegenüber Dritten, die den Inhalt dieses Gutachtens ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen machen, übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung, es sei denn, dieser Dritte wurde ausdrücklich und durch schriftliche Vereinbarung in den Schutzbereich des Mandatsvertrages mit unserer Mandantin einbezogen oder wir haben mit diesem Dritten schriftlich etwas Abweichendes vereinbart.

Inhaltsverzeichnis

Teil 1	Konzept des Amortisationskontos	5
Teil 2	Vereinbarkeit des Amortisationskontos mit dem EU-Beihilferecht	5
A.	Beihilferechtliche Grundlagen der Prüfung	5
B.	Einordnung des Konzepts eines Amortisationskontos als Beihilfe	7
I.	Amortisationskonto als staatliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV	7
II.	Ausnahme vom Beihilfebegriff?	9
C.	Beihilferechtliche Zulässigkeit	10
I.	Nicht einschlägig: Art. 48 AGVO Energieinfrastrukturbeihilfen in Fördergebieten mit Beihilfevolumen von max. 50 Mio. EUR	10
II.	Nicht einschlägig: Punkt 2.5 beschleunigter Ausbau erneuerbarer Energien des befristeten Krisenrahmens für staatliche Beihilfen	11
III.	Nicht einschlägig: Abschnitt 4.1.2.2 KUEBLL sonstige Beihilfen zur Verringerung von Treibhausgasen	11
IV.	Einschlägig: Abschnitt 4.9 KUEBLL Energieinfrastrukturbeihilfen	12
1)	Umrüstung und Neubau von Wasserstoffnetzen als beihilfefähiger Fördergegenstand	12
2)	Legitimer Zweck: Investitionsförderung in Energieinfrastruktur für erneuerbare oder CO ₂ -arme Energie	13
3)	Behebung eines Koordinierungsversagens auf dem Energieinfrastrukturmarkt	14
4)	Anreizeffekt für Investitionen in Wasserstoffnetzausbau	15
5)	Erforderlichkeit und Geeignetheit	16
6)	Angemessenheit	17
a)	Keine Überkompensation	17
b)	Anreiz zur effizienten und kostendeckenden Leistungserbringung	18
7)	Keine übermäßigen negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel	18
8)	Abwägung der Vor- und Nachteile	19
D.	Ableitungen im Hinblick auf eine risikominimierende Ausgestaltung	19
I.	Förderfähige Tätigkeit	20
II.	Vorgaben zur Ausgestaltung der Beihilfenbedingungen	20
1)	Beihilfengewährung	20
2)	Beihilfenberechnung: Konkrete Vorgaben für die Bestimmung des Risikoeintritts	21
3)	Beihilfenausschluss	21
III.	Tarif- und Zugangsregulierung im Einklang mit dem Binnenmarkt	22
IV.	Zeitliche Begrenzung	22



BECKER BÜTTNER HELD

12.04.2023

V. Kumulierung	23
VI. Transparenz	23
Teil 3 Zusammenfassung und Fazit	23

Teil 1: Konzept des Amortisationskontos

Im Sommer 2022 hat die Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena) ein Konzept für den Hochlauf der Wasserstoff-Netzinfrastruktur¹ vorgestellt, das einen Ausgleich der Interessen der Netzbetreiber und der ersten Netznutzer schaffen soll.

Dabei wird unterstellt, dass die Entgelte für Wasserstoffnetze grundsätzlich auf Kostenbasis ermittelt werden. Dies bedeutet, dass in der Anfangsphase des Netzes die hohen Investitionen zunächst von sehr wenigen Netznutzern getragen werden müssten, was prohibitiv wirken kann. Das Konzept sieht vor, dass die Netzentgelte der Kostenregulierung durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) unterliegen und für die frühen Netznutzer gedeckelt werden, um den Anschluss wirtschaftlich attraktiver zu machen. Die Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten und den Erlösen trägt zunächst der Netzbetreiber. Er darf diese Differenz aber später vereinnahmen, wenn die Netzentgelte auf mehr Schultern verteilt werden. Die anfängliche Erlöslücke wird also auf einem „Amortisationskonto“ fortgeschrieben.

Damit verbliebe dem Netzbetreiber das Risiko, dass es zu Verzögerungen kommt und weniger Nutzer als kalkuliert die Wasserstoffnetze nutzen. Dieses Risiko soll der Staat nach dem dena-Konzept übernehmen, indem er die Garantie für den Ausgleich des Amortisationskontos übernimmt. Im Folgenden wird die Vereinbarkeit dieses Konzepts insbesondere mit dem europäischen Beihilfenrecht untersucht, da sich aus sonstigen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften keine Anforderungen ergeben.

Teil 2: Vereinbarkeit des Amortisationskontos mit dem EU-Beihilferecht

A. Beihilferechtliche Grundlagen der Prüfung

Grundlage der beihilferechtlichen Prüfung ist Art. 107 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).² Dieser verbietet die Begünstigung bestimmter Unternehmen aus staatlichen Mitteln, sofern sie geeignet sind, den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.³ Wenn nur Kosten

¹ dena-IMPULSPAPIER, Vorfinanzierung durch die Netzbetreiber, Risikoabsicherung durch den Staat vom 25.08.2022.

² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung, EU-ABl. Nr. C 326 v. 26.10.2012, S. 47.

³ Zum Beihilfenbegriff s. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, EU-ABl. Nr. C 262 v. 19.7.2016, S. 1.

eines Unternehmens ausgeglichen werden sollen, die daraus entstehen, dass es eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, oder wenn die Begünstigung im Rahmen eines rechtlichen Monopols gewährt wird,⁴ fehlt es schon am Tatbestand der Beihilfe (dazu Punkt B).

Wenn aber eine Beihilfe vorliegt, muss diese grundsätzlich nach Art. 108 Abs. 3 AEUV bei der Europäischen Kommission notifiziert und von ihr genehmigt werden.

Von dem Verbots- und Genehmigungsvorbehalt werden jedoch bestimmte Gruppen von (tatbestandlichen) Beihilfen ausgenommen. Dies ergibt sich aus der unmittelbar geltenden Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung⁵ (AGVO). Das Amortisationskonto könnte in diesem Sinne als Investitionsbeihilfe in Energieinfrastruktur nach Art. 48 AGVO freigestellt werden (dazu Punkt C.I).

Die EU-Kommission kann aber auch Beihilfen im Einzelfall nach Art. 107 Abs. 3 AEUV in den dort abschließend aufgezählten Fällen genehmigen. Das ihr hierbei eingeräumte Ermessen konkretisiert die EU-Kommission durch Leitlinien. Die Leitlinien sind nur für die EU-Kommission, nicht jedoch allgemein rechtsverbindlich.⁶ Zur Rechtfertigung des Amortisationskontos kommen vor allem zwei der Leitlinien in Betracht:

Zum einen der befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine⁷ (Temporary Crisis Framework, TCF). Nach Punkt 2.5 TCF können Beihilfen für den beschleunigten Ausbau erneuerbarer Energien, insbesondere für die Erzeugung erneuerbaren Wasserstoffs unter erleichterten Bedingungen genehmigt werden, wenn diese dazu dienen, die Unabhängigkeit der Energieversorgung Europas von russischen Lieferungen fossiler Brennstoffe im Sinne der REPowerEU-Strategie der EU zu beschleunigen (dazu Punkt C.II).

⁴ KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, a.a.O., S. 1.

⁵ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 v. 17.6.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, EU-ABl. Nr. L 187 v. 26.6.2014, S. 1.

⁶ Nowak, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, VO (EU) Nr. 651/2014, Rn. 3.

⁷ KOM, Befristeter Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine, EU-ABl. Nr. C 426 v. 9.11.2022, S. 1.

Zum anderen sind die inhaltlich einschlägigen Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (KUEBLL)⁸ zu bedenken. Danach könnte das Amortisationskonto entweder als Beihilfe zur Verringerung von Treibhausgasen nach Abschnitt 4.1.2.2 (Rn. 83 ff.) KUEBLL zulässig sein (dazu Punkt C.III) oder nach Abschnitt 4.9 KUEBLL (Rn. 371 ff., Rn. 19 Nr. 36 lit. c)) als Energieinfrastrukturmaßnahme (dazu Punkt C.IV).

B. Einordnung des Konzepts eines Amortisationskontos als Beihilfe

Das Konzept des Amortisationskontos ist als Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen (Punkt I.). Die Einordnung als Beihilfe ist auch nicht wegen Vorliegens einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder eines rechtlichen oder natürlichen Monopols ausgeschlossen (Punkt II.).

I. Amortisationskonto als staatliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

Eine Zusicherung des Bundes, eine aus staatlichen Mitteln finanzierte Garantie für die Erlöslücke auf dem Amortisationskonto zu übernehmen, begünstigt selektiv Wasserstoffnetzbetreiber und ist geeignet, den Wettbewerb und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.

Mit der Zusage, etwaige Erlöslücken auf dem Amortisationskonto zugunsten der Wasserstoffnetzbetreiber zu schließen, garantiert der Bund den Wasserstoffnetzbetreibern die Amortisation ihrer Investition in den Ausbau von Wasserstoffnetzen und übernimmt folglich das Verlustrisiko für die Investition. Da der Staat dabei auf eine Prämienzahlung (ggf. anteilig) verzichtet, die im normalen Geschäftsablauf für den Fall einer Risikoübernahme anfällt, gewährt er den Netzbetreibern einen **wirtschaftlichen Vorteil**. Der wirtschaftliche Vorteil folgt zudem daraus, dass die Netzbetreiber mit dieser staatlichen Garantie ihrer Investitionserlöse voraussichtlich günstigere Kreditbedingungen auf dem Finanzmarkt erhalten dürften.⁹

Da durch das Amortisationskonto ausschließlich Netzbetreiber adressiert werden sollen, wird ein bestimmter Wirtschaftszweig gefördert, sodass die Maßnahme **selektiv** ist.

⁸ KOM, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, EU-Abl. Nr. C 80 v. 18.2.2022, S. 1.

⁹ Zur beihilferechtlichen Bewertung von Garantien vgl. KOM, Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrages auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, EU-ABl. Nr. C 155 v. 20.6.2008, S. 10, 12.

Außerdem soll die Erlöslücke aus dem öffentlichen Haushalt oder aber aus einem spezifisch dafür eingerichteten Fonds gedeckt werden. Dementsprechend wird sie unmittelbar **aus staatlichen Mitteln** gewährt und ist dem Staat zuzurechnen.

Schließlich ist die Übernahme des Amortisationsrisikos auch **geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen**. Dies wird bei selektiven staatlichen Begünstigungen im absoluten Regelfall angenommen, insbesondere wenn diese die Belastungen des begünstigten Unternehmens vermindern und damit seine Stellung gegenüber anderen Unternehmen im Wettbewerb stärken.¹⁰ Das ist etwa dann der Fall, wenn Unternehmen von Kosten befreit werden, die sie normalerweise im Rahmen ihrer laufenden Geschäftstätigkeit zu tragen hätten.¹¹ Die begünstigten Netzbetreiber hätten im Normalfall das Risiko zu tragen, dass sich ihre Investition nicht amortisiert. Die Befreiung von diesem Risiko stellt einen Vorteil gegenüber Unternehmen dar, welche die Wasserstoffinfrastruktur auf rein privatwirtschaftlicher Grundlage errichten und finanzieren würden.

Das Amortisationskonto ist schließlich auch dazu **geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen**. Denn diese Voraussetzung ist bereits bei Vorliegen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung erfüllt,¹² da es maßgeblich ist, ob sich der innergemeinschaftliche Handelsverkehr anders entwickelt oder entwickeln könnte als ohne die Beihilfengewährung.¹³ Indem Netzbetreibern staatlicherseits das Investitionsrisiko abgenommen wird, können sie den Wasserstofftransport im Vergleich zu Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu günstigeren oder zumindest verlässlicheren Bedingungen anbieten. Dies wird sich auf Investitions- und Niederlassungsentscheidungen von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten und damit auf die zwischenstaatlichen Handelsströme auswirken.

¹⁰ *Soltész* in Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Abs. 1 Rn. 644 m.w.N.

¹¹ Eine Beihilfemaßnahme ist grundsätzlich dazu geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, wenn sie Unternehmen von Kosten befreit, die sie normalerweise im Rahmen ihrer laufenden Geschäftstätigkeit zu tragen hätten, vgl. KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe, a.a.O., Rn. 189.

¹² KOM, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, EU-ABl. Nr. C 262 v. 19.7.2016, S. 42, Rn. 190.

¹³ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 41.

II. Ausnahme vom Beihilfebegriff?

Im Hinblick auf die Besonderheiten des Aufbaus einer Wasserstoffinfrastruktur kann unter zwei Gesichtspunkten das Vorliegen einer Beihilfe hinterfragt werden.

Der Aufbau einer Infrastruktur für die Nutzung von Wasserstoff wird staatlicherseits als Schlüsselement der Transformation der schwer zu dekarbonisierenden Sektoren betrachtet.¹⁴ Das wirft die Frage auf, ob die Förderung der Errichtung des Wasserstoffnetzes durch eine staatliche Garantie womöglich als **Kompensation einer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)** angesehen (oder ausgestaltet) werden könnte, die schon gar nicht unter den Beihilfebegriff fällt. Eine DAWI zeichnet sich dadurch aus, dass sie zwar benötigt wird, aber unter Marktbedingungen nicht bereitgestellt würde (Art. 106 Abs. 1 AEUV). Unter bestimmten Voraussetzungen¹⁵ können in beihilferechtlich zulässigem Rahmen Ausgleichsleistungen für solche DAWI gewährt werden. So betrachtet die Kommission z. B. den Breitbandausbau zum Teil als DAWI und hat hierfür Grundsätze und Grenzen staatlicher Unterstützungen¹⁶ festgelegt.

Für den Aufbau einer Infrastruktur für Wasserstoff lässt sich zwar ein im Allgemeininteresse stehender Bedarf durchaus begründen. Aufgrund der nach dem Pariser Abkommen und dem Bundes-Klimaschutzgesetz aber ohnehin notwendigen Dekarbonisierung der eingangs genannter Branchen ist aber zu erwarten, dass dieser Infrastrukturaufbau perspektivisch über die Netzentgelte und damit privatwirtschaftlich finanziert werden kann, also auch unter Marktbedingungen erfolgen würde. Das spricht dagegen, die Garantien in Bezug auf das Amortisationskonto im Sinne des Beihilferechts als DAWI zu qualifizieren.

Zu überdenken ist das Vorliegen einer Beihilfe nicht zuletzt auch unter dem Blickwinkel, ob durch das Amortisationskonto womöglich eine rechtlich oder natürlich monopolisierte Infrastruktur gefördert wird, sodass schon keine Wettbewerbsverfälschung vorläge. Das rechtliche Monopol setzt voraus, dass die Dienstleistung im

¹⁴ *Bundesregierung*: Die Nationale Wasserstoffstrategie, Juni 2020, S. 7.

¹⁵ *KOM*, Beschl. v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragt sind, EU-ABl. Nr. L 7 v. 11.1.2012, S. 3.

¹⁶ *KOM*, Beschl. v. 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beauftragt sind, EU-ABl. Nr. L 7 v. 11.1.2012 S. 3.

Rahmen eines unionsrechtskonformen Ausschließlichkeitsrechts erbracht wird, die sowohl einen Wettbewerb um den Markt als auch einen Wettbewerb im Markt ausschließt.¹⁷ Das natürliche Monopol setzt voraus, dass die Infrastruktur weder mit anderen Infrastrukturen derselben Art noch mit Infrastrukturen anderer Art unmittelbar in Wettbewerb steht.¹⁸ In Deutschland sind jedoch die Rechte zum Bau sowie Betrieb von Energieinfrastruktur weder auf der Übertragungs- noch auf der Verteilungsebene einem einzelnen Netzbetreiber (dauerhaft) exklusiv zugewiesen. Dies ergibt sich auch nicht aus der Vergabe entsprechender Wegerechte (Konzessionsvergabe) im Verteilungsbereich, da diese nur für einen Zeitraum von maximal zwanzig Jahren in einem wettbewerblichen Verfahren ausgeschrieben werden. Jeweils nach Ablauf dieses Zeitraums findet also ein Wettbewerb um das Netz statt. Folglich kann bzw. wird es auch beim Ausbau der Wasserstoffnetze einen Wettbewerb um den Markt geben, entsprechend fehlt es an dem Erfordernis eines ausschließlichen Rechts.

C. Beihilferechtliche Zulässigkeit

Das Amortisationskonto ist weder als Energieinfrastrukturmaßnahme nach Art. 48 AGVO (Punkt I.) noch als Maßnahme zur Beschleunigung des Ausbaus erneuerbarer Energien gemäß des befristeten Krisenrahmens (Punkt II.) und auch nicht als sonstige Beihilfe zur Minderung von Treibhausgasen nach Abschnitt 4.1.2.2 KUEBLL (Punkt III.) beihilferechtlich legitimiert. Die beihilferechtliche Zulässigkeit folgt jedoch aus Abschnitt 4.9 der KUEBLL für Energieinfrastrukturbeihilfen (Punkt IV.).

I. Nicht einschlägig: Art. 48 AGVO Energieinfrastrukturbeihilfen in Fördergebieten mit Beihilfevolumen von max. 50 Mio. EUR

Das Amortisationskonto ist nicht nach Art. 48 AGVO vom Beihilfeverbot freigestellt.

Zum einen erfasst schon der Begriff der „Energieinfrastruktur“ in Art. 2 Nr. 130 AGVO nur Ausrüstungen und Anlagen zum Transport (und zur Speicherung) von Erdgas, Biogas, Flüssigerdgas (LNG) und komprimiertem Erdgas (CNG), aber keine Wasserstoffnetze. Auch wenn eine entsprechende Ergänzung diskutiert wird, hat die Europäische Kommission bisher keinen Vorschlag vorgelegt.¹⁹

¹⁷ Vgl. etwa die Definition des rechtlichen Monopols in Abschnitt 4.9, Rn. 374 KUEBLL und im Hinblick auf ein natürliches Monopol Abschnitt 4.9, Rn. 375 KUEBLL.

¹⁸ *Schweitzer/Mestmäcker*: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 313 a.

¹⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_5027 (Abruf: 18.1.2023).

Zum anderen sind nach Art. 48 Nr. 2 AGVO nur Beihilfen in sogenannten **Fördergebieten** erfasst. Fördergebiete sind nach Art. 2 Nr. 27 AGVO von der EU ausgewiesene Gebiete, denen Regionalbeihilfen zukommen können. Da jedoch der Wasserstoffnetzausbau sich über die gesamte Fläche Deutschlands erstrecken und nicht nur in bestimmten Regionen erfolgen soll, dürfte diese Voraussetzung nicht erfüllt sein.

Schließlich sind nach Art. 48 AGVO nur Beihilfen mit einem Volumen pro Unternehmen und Investitionsvorhaben von 50 Mio. EUR (Art. 4 Abs. 1 lit. x AGVO) zulässig. Auch wenn zum jetzigen Zeitpunkt noch ungewiss ist, wie hoch die Erlöslücke und der Wert ihrer Absicherung durch den öffentlichen Haushalt tatsächlich sein werden, ist in jedenfalls abzusehen, dass es voraussichtlich höhere Beträge sein werden. Zudem ist fraglich, ob die Wasserstoffnetzbetreiber das Investitionsrisiko eingehen, von dem sie wissen, dass nur 50 Mio. EUR abgedeckt sind.

II. Nicht einschlägig: Punkt 2.5 beschleunigter Ausbau erneuerbarer Energien des befristeten Krisenrahmens für staatliche Beihilfen

Ebenso wenig kann das Amortisationskonto nach Punkt 2.5. des TCF zugelassen werden. Denn nach dieser Ausnahmeregelung sind nur Beihilfen für die Erzeugung erneuerbaren Wasserstoffs, jedoch nicht für die Errichtung einer entsprechenden Netzinfrastruktur förderfähig, Punkt 2.5. Rn. 69 und Rn. 70 vi TCF.

III. Nicht einschlägig: Abschnitt 4.1.2.2 KUEBLL sonstige Beihilfen zur Verringerung von Treibhausgasen

Das Amortisationskonto ist auch nicht als sonstige Beihilfe zur Verringerung von Treibhausgasen im Sinne des Abschnitts 4.1.2.2 KUEBLL beihilferechtlich zulässig. Unter diesen Abschnitt fallen Maßnahmen, die zur **Dekarbonisierung von Industrieprozessen** durch neue Technologien beitragen. Deshalb wird der Aufbau eines Wasserstoffnetzes nur als gewidmete Infrastruktur²⁰ gefördert oder aber als Energieinfrastruktur, die mit der Erzeugung oder Verbrauch von Wasserstoff verbunden ist, Abschnitt 4.1.2.2, Rn. 84 KUEBLL.²¹ Mit dem Amortisationskonto soll jedoch der

²⁰ Zum Begriff vgl. Fußnote 27 zu Rn. 36 der KUEBLL wird gewidmete Infrastruktur definiert als: „Für eine kleine Gruppe vorab festgelegter Nutzer errichtete und auf deren Bedarf zugeschnittene Vorhaben („gewidmete Infrastruktur“), sind nicht als Energieinfrastruktur einzustufen“.

²¹ „Dieser Abschnitt bezieht sich auch auf gewidmete Infrastrukturvorhaben (u. a. für Wasserstoff, andere CO₂-arme Gase und für die Speicherung/Nutzung von Kohlendioxid), die nicht unter die Definition des Begriffs „Energieinfrastruktur“ fallen, sowie auf Vorhaben,

Wasserstoffnetzausbau im Allgemeinen gefördert werden, der nicht auf bestimmte im Voraus definierte Abnehmer und deren Bedarf zugeschnitten ist, sodass es sich nicht um eine gewidmete Infrastruktur handelt. Schließlich zielt das Amortisationskonto darauf ab, den Wasserstofftransport zu forcieren. Die Nutzung bzw. der anschließende Verbrauch des transportierten Wasserstoffs sind deshalb nur ein Zusatz, aber kein Hauptzweck der Förderung durch das Amortisationskonto. Somit ist auch unter letzterem Aspekt das Amortisationskonto keine sonstige Beihilfe zur Verringerung von Treibhausgasen.

IV. Einschlägig: Abschnitt 4.9 KUEBLL Energieinfrastrukturbeihilfen

Das Amortisationskonto ist als Beihilfe für Energieinfrastruktur nach Abschnitts 4.9 KUEBLL zulässig. Umrüstung und Neubau von Wasserstoffnetzen fallen – anders als nach der AGVO (s.o.) – unter den Begriff der Energieinfrastruktur (Punkt 1.). Mit der Förderung des Wasserstoffnetzausbaus wird ein legitimer Zweck im Sinne der KUEBLL verfolgt, nämlich der Bau und die Modernisierung von Energieinfrastruktur für erneuerbare oder CO₂-arme Energie (Punkt 2.), womit ein Koordinierungsversagen im Bereich der Energieinfrastruktur behoben wird (Punkt 3.). Die Investitionsabsicherung setzt einen Anreiz für den Ausbau neuer Wasserstoffnetze (Punkt 4.). Sie ist zur Zweckerreichung erforderlich und geeignet (Punkt 5.). In der Praxis wären weiteren Anforderungen an die beihilferechtliche Zulässigkeit des Amortisationskontos in seiner Umsetzung zu beachten (Punkte 6. bis 8.).

1) Umrüstung und Neubau von Wasserstoffnetzen als beihilfefähiger Fördergegenstand

Die mit dem Amortisationskonto angestrebte Umrüstung von Gasnetzen bzw. der Bau neuer Wasserstoffnetze fällt unter den Begriff der Energieinfrastruktur nach Rn. 19, Nr. 36 KUEBLL und sind damit beihilfefähiger Fördergegenstand. Die allgemeine Definition der Energieinfrastruktur in Rn. 19, Nr. 36 KUEBLL wird in lit. c) in Bezug auf Wasserstoff dahingehend konkretisiert, dass unter anderem

„Hochdruckfernleitungen für den Wasserstofftransport sowie Verteilerleitungen für die lokale Verteilung von Wasserstoff, die zahlreichen Netznutzern transparent und diskriminierungsfrei Zugang ermöglichen; [...];

die gewidmete Infrastruktur oder Energieinfrastruktur oder beides umfassen und entweder mit Erzeugung oder mit Verbrauch/Nutzung verbunden sind.“

als Energieinfrastruktur unter den KUEBLL erfasst sind. Unerheblich ist, ob es sich um umgerüstete oder neu gebaute Wasserstoffnetze handelt.²²

2) **Legitimer Zweck: Investitionsförderung in Energieinfrastruktur für erneuerbare oder CO₂-arme Energie**

Mit der Investitionsförderung durch das Amortisationskonto ist sicherzustellen, dass der legitime Zweck im Sinne des Abschnitts 4.9.2, Rn. 376 f. KUEBLL verfolgt wird, eine Energieinfrastruktur auszubauen, welche die Integration erneuerbarer oder CO₂-armer Energie ermöglicht. Abschnitt 4.9.2, Rn. 376 f. KUEBLL konkretisiert insoweit den legitimen Zweck des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV für Energieinfrastrukturbeihilfen dahingehend, dass die Förderung der Entwicklung eines bestimmten Wirtschaftszweigs insbesondere dann zulässig ist, wenn sie sich auf „*intelligenterer Energieinfrastruktur, z. B. zur Ermöglichung der Integration erneuerbarer oder CO₂-armer Energie*“ bezieht. Abseits des Begriffs der erneuerbaren Energien²³ definieren die KUEBLL aber nicht weiter, was unter „intelligenterer Energieinfrastruktur“ und „CO₂-armen Energie“ zu verstehen ist. Gleichwohl lässt sich aus den Rn. 376, 377 KUEBLL folgern, dass angesichts der klimaschutzpolitisch angestrebten Transformation jedenfalls solche Investitionsbeihilfen zulässig sind, die zukunftsfähige Energieinfrastruktur aufzubauen helfen. Im Hinblick auf Investitionen in Gasnetze wird dieser Gedanke insbesondere in Rn. 382 lit. c) KUEBLL deutlich, wonach nachgewiesen werden muss, dass die geförderten Gasnetze wasserstofffähig sind.

Da es außerdem auf das unionsrechtliche Begriffsverständnis von CO₂-armem und erneuerbarem Wasserstoff ankommt, werden auch die Wertungen des delegierten Rechtsakts zur Qualifizierung von Wasserstoff als erneuerbarer Kraftstoff nicht biogenen Ursprungs im Sinne der Erneuerbaren Energien Richtlinie (Renewable Energy Directive, RED) und des Gas-Pakets²⁴ der EU zu berücksichtigen sein. Während mit dem Gas-Paket der Marktrahmen angepasst werden soll, damit sowohl CO₂-armer

²² Vgl. Fußnote 28 der zu Ziff. 2.4, Rn. 36 der KUEBLL.

²³ Der Begriff der erneuerbaren Energie wird nach Rn. 19 Nr. 69 KUEBLL wie in Art. 2 Nr. 1 der Erneuerbare Energien Richtlinie (EU) 2018/2001 definiert: „*Energie aus erneuerbaren Quellen*“ oder „*erneuerbare Energie*“ *Energie aus erneuerbaren, nichtfossilen Energiequellen, das heißt Wind, Sonne (Solarthermie und Photovoltaik), geothermische Energie, Umgebungsenergie, Gezeiten-, Wellen- und sonstige Meeresenergie, Wasserkraft, und Energie aus Biomasse, Deponiegas, Klärgas und Biogas;*“

²⁴ Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff, v. 15.12.2021, COM(2021) 803 final.

12.04.2023

als auch erneuerbarer Wasserstoff²⁵ nach und nach Erdgas ersetzen,²⁶ soll mithilfe des delegierten Rechtsakts erneuerbarer Wasserstoff unionsweit einheitlich definiert werden. Im Lichte dieser Entwicklungen wird deshalb hinsichtlich der Ausgestaltung des Förderkonzepts des Amortisationskontos zu beachten sein, dass die Investitionsförderung ggf. dann nicht gewährt wird, wenn dadurch der Transport von Wasserstoff gefördert wird, der weder CO₂-arm noch erneuerbar ist.

3) Behebung eines Koordinierungsversagens auf dem Energieinfrastrukturmarkt

Mit dem Amortisationskonto wird auch das für den Energieinfrastrukturbereich typische Marktversagen in Gestalt des Koordinierungsversagens adressiert. Im Bereich der Energieinfrastrukturförderung konkretisiert die EU-Kommission dieses Marktversagen als Koordinierungsproblem, das wegen der unterschiedlichen Interessen von Investoren und der Ungewissheit hinsichtlich des gemeinsamen Ergebnisses sowie der Netzeffekte entsteht, Rn. 372 KUEBLL. Hinsichtlich des Ausbaus des Wasserstoffnetzes resultiert die fehlende Investitionsbereitschaft gerade aus dem von der Europäischen Kommission genannten Koordinierungsproblem zwischen den Netzbetreibern, die sich einerseits nicht sicher sein können, ob und unter welchen Bedingungen genügend Wasserstoff nachgefragt werden wird, sodass sich ihre Investition über die Netzentgelte tatsächlich rentiert. Andererseits besteht

²⁵ Der Richtlinienvorschlag für einen Binnenmarkt für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff definiert in Art. 2 Nr. 10 und Nr. 11 CO₂-armen Wasserstoff als „Wasserstoff, dessen Energiegehalt aus nicht erneuerbaren Quellen stammt und der in Bezug auf die Verringerung von Treibhausgasemissionen einen Mindestschwellenwert von 70 % erreicht;“ und CO₂-armes Gas als „gasförmige Brennstoffe, die wiederverwertete kohlenstoffhaltige Kraftstoffe im Sinne des Artikels 2 Nummer 35 der Richtlinie (EU) 2018/2001 sind, sowie CO₂-armen Wasserstoff und synthetische gasförmige Brennstoffe mit einem aus CO₂-armem Wasserstoff stammenden Energiegehalt, die in Bezug auf die Verringerung von Treibhausgasemissionen den Mindestschwellenwert von 70 % erreichen“.

²⁶ Vgl. die Begründung der Europäischen Kommission zum Vorschlag für eine Verordnung über die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie für Wasserstoff v. 15.12.2021, COM(2021) 804 final, S. 2.: „Während das Ziel verfolgt wird, ab 2030 möglichst viel erneuerbaren Wasserstoff zu verwenden, können kurz- und mittelfristig andere CO₂-arme Gase, insbesondere CO₂-armer Wasserstoff, eine Rolle spielen, vor allem für die schnelle Verringerung der Emissionen aus der bestehenden Wasserstofferzeugung und für die Unterstützung der gleichzeitigen und künftigen Einführung von erneuerbarem Wasserstoff. Entsprechend der EU-Wasserstoffstrategie sollte die Erzeugung von erneuerbarem Wasserstoff in der EU bis 2024 auf 1 Mio. Tonnen und bis 2030 auf bis zu 10 Mio. Tonnen ansteigen. Ab dann sollte erneuerbarer Wasserstoff großmaßstäblich eingesetzt werden und CO₂-armen Wasserstoff ersetzen.“

auch ein Koordinierungsdefizit bei den Erzeugungskapazitäten und Wasserstoffimporten. Denn selbst wenn die Nachfrage groß genug sein sollte, um die Netzentgelte abzudecken, ist nicht sichergestellt, dass entsprechende Wasserstoffmengen verfügbar sind und zu wettbewerbsfähigen Preisen an den Abnehmer transportiert werden. Insgesamt ist der gesamte Wasserstoffmarkthochlauf gerade durch immense Unsicherheiten geprägt, die u. a. auf das Koordinierungsproblem zurückgeführt werden können.

4) Anreizeffekt für Investitionen in Wasserstoffnetzausbau

Das Amortisationskonto hat einen Anreizeffekt für den Aus- und Aufbau von Wasserstoffnetzen. Nach Abschnitt 3.1.2 Rn. 26 hat eine Beihilfemaßnahme einen solchen,

„wenn die Beihilfe dazu führt, dass der Beihilfeempfänger sein Verhalten ändert und zusätzliche wirtschaftliche Tätigkeiten oder umweltfreundlichere Tätigkeiten aufnimmt, die er ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang oder auf andere Weise ausüben würde.“²⁷

Die Netzbetreiber werden aufgrund des Amortisationskontos in den Ausbau bzw. Umrüstung der Wasserstoffnetze investieren, weil die Erlöslücke gedeckt wird, die sich eventuell am Ende der Abschreibungszeit einstellt, weil die Netzentgelte für den Markthochlauf gedeckelt bleiben mussten, um überhaupt eine hinreichende Nachfrage zu sichern. Derartige Investitionen würden Netzbetreiber ohne eine staatliche Zusicherung für die Übernahme des Amortisationsrisikos voraussichtlich erst zu einem späteren Zeitpunkt oder aber nicht in dem Umfang tätigen, wie sie es unter den Bedingungen einer finanziellen Absicherung ihres Amortisationsrisikos tun werden.

Zusätzlich darf

*„[d]ie Beihilfe [...] den Empfänger weder von Kosten einer Tätigkeit entlasten, die er ohnehin durchführen würde, noch **das übliche Geschäftsrisiko** einer Wirtschaftstätigkeit ausgleichen.“*

Hier wird es auf das konkrete Design bzw. die konkrete Ausgestaltung des (öffentlich-rechtlichen) Vertrages zwischen dem Netzbetreiber und der Bundesrepublik

²⁷ KUEBLL, S. 22, Rn. 26.

Deutschland ankommen. Es muss dabei sichergestellt werden, dass jedenfalls solche Netzausbauvorhaben nicht finanziert werden, die die Netzbetreiber auch ohne die Absicherung durch das Amortisationskonto umgesetzt hätten.

Ferner muss die Berechnung des Amortisationsrisikos sicherstellen, dass keine Risiken finanziert werden, die der Netzbetreiber auch im gewöhnlichen Verlauf des Netzausbaus, also ohne die staatliche Finanzierung, zu tragen hätte.

5) Erforderlichkeit und Geeignetheit

Das Amortisationskonto ist auch nach Maßgabe des Abschnitts 4.9.3.1, Rn. 380 erforderlich und geeignet,²⁸ den Wasserstoffhochlauf zu beschleunigen. Im Bereich von Energieinfrastruktur nimmt die Europäische Kommission an, dass diese grundsätzlich über entsprechende Netzentgelte ausreichend finanziert wird, Abschnitt 4.9.3.1, Rn. 379. Soweit es sich nicht um vorrangige Vorhaben von gemeinsamem Interesse für den Ausbau transeuropäischer Netze²⁹ handelt, was für das allgemeine Wasserstoffnetz, das angereizt werden soll, nicht zutrifft, beurteilt sich die Erforderlichkeit einer Beihilfe für Energieinfrastruktur danach,

- „i) inwieweit ein Marktversagen zu einer suboptimalen Versorgung mit der erforderlichen Infrastruktur führt,*
- ii) inwieweit Dritte Zugang zu der Infrastruktur haben und inwieweit die Infrastruktur einer Tarifregulierung unterliegt und*
- iii) inwieweit das Vorhaben einen Beitrag zur Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit der Union oder zur Erreichung des Ziels der Klimaneutralität der Union leistet.“*

Nach dem Konzept des Amortisationskontos sollen sich die Wasserstoffnetzbetreiber einer Kostenregulierung durch die BNetzA unterwerfen. Zudem soll Dritten der Zugang zum Netz offenstehen. Schließlich trägt die Beihilfe dazu bei, dass der Aus-

²⁸ Die beiden Prüfungspunkte, Geeignetheit und Erforderlichkeit, werden in Abschnitt 4.9.3.1 KUEBLL gegenüber den allgemeinen Anforderungen in Abschnitt 3.2.1.1 und 3.2.1.2 KUEBLL zusammengefasst und speziell für Energieinfrastrukturbeihilfen geregelt.

²⁹ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 347/2013 v. 17. 4.2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur EU-ABl. L 115, S. 39 in der Fassung der Delegierten Verordnung (EU) 2022/564 v. 19.11.2021, EU-ABl. L 109, S. 15.

12.04.2023

bau der Wasserstoffnetze schneller erfolgt, was zur Zielerreichung eines klimaneutralen Europas im Jahr 2050 beitragen wird. Damit sind vor allem die beiden letztgenannten Kriterien erfüllt.

Im Hinblick auf das Kriterium des Marktversagens wurde oben unter Punkt C.IV.3 ausgeführt, dass die suboptimale Versorgung mit Wasserstoffnetzen insbesondere auf das typische Koordinierungsproblem zurückzuführen ist, das sich bei der Zurverfügungstellung von Infrastruktur einstellt. Das Ausmaß der suboptimalen Versorgung mit Wasserstoffnetzen kann an dieser Stelle nicht beziffert werden. Es wird jedoch bei der weiteren Konzipierung des Amortisationskontos darauf einzugehen sein, inwieweit eine Unterversorgung tatsächlich vorliegt. Letztlich wird es hierbei darum gehen, anhand einer Prognose abzuschätzen, wie hoch die tatsächliche Nachfrage nach Wasserstofftransportnetzen und Netzdienstleistungen ist bzw. mit zunehmenden Klimaschutzpolitischen Anstrengungen sein wird, um daraus ableiten zu können, in welchem Ausmaß die staatliche Absicherung des Amortisationsrisikos erforderlich ist.

6) Angemessenheit

Um das Amortisationskonto angemessen im Hinblick auf den Zweck der Förderung auszugestalten, darf nach Abschnitt 4.9.3.2, Rn. 381 KUEBLL der Beihilfeempfänger nicht überkompensiert werden (Punkt a). Zudem muss für den Beihilfeempfänger weiterhin ein Anreiz bestehen, seine Dienstleistung kostendeckend und effizient anzubieten (Punkt b)).

a) Keine Überkompensation

Um eine Überkompensation durch das Amortisationskonto zu vermeiden, muss bereits zum Zeitpunkt der Garantieübernahme feststehen, wie hoch das Risiko sein wird, das der Staat am Ende der Amortisationsdauer maximal zu tragen hätte. Dies ergibt sich aus der Übertragung der Vorgaben für Garantien (i. S. v. Kreditabsicherungen). Denn in diesem Falle unterstellt die Kommission, dass bei Garantieübernahmen die Beihilfe bereits mit Abgabe der Erklärung erfolgt, das Risiko für den Fall zu tragen, dass der Beihilfeempfänger seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt und nicht erst bei Inanspruchnahme der Garantie oder der tatsächlichen Zahlung.³⁰ Inso-

³⁰ KOM, Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrages auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, a.a.O., S. 12.

weit wird es erforderlich sein, anhand konkreter Berechnungsparameter abzuschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass am Ende der Amortisationsdauer die Nachfrage nach Wasserstofftransportdienstleistungen nicht in dem Maße angestiegen ist, das die Netzentgelte das Transportnetz tragen und wie hoch die dafür zu zahlende Prämie sein müsste.³¹

b) Anreiz zur effizienten und kostendeckenden Leistungserbringung

Nach Abschnitt 4.9.3.2, Rn. 381 KUEBLL sollte die Förderung für Energieinfrastruktur nicht dazu führen, dass der Beihilfenempfänger keinen Anreiz zur Kostensenkung und zur effizienteren Leistungserbringung über den Förderungszeitraum hat. Das bedeutet, dass unabhängig von der konkreten Verankerung in einer Kostenregulierung mit oder ohne Anreizregulierungselemente sichergestellt werden muss, dass durch die Ausgestaltung der Förderung nur das abnahmebedingte Amortisationsrisiko adressiert wird.

7) Keine übermäßigen negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel

Die staatliche Garantie der Deckung von Investitionslücken für Betreiber von Wasserstoffnetzen über ein Amortisationskonto darf keine übermäßigen negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel haben. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn die geförderte Energieinfrastruktur in vollem Umfang der Binnenmarktregulierung unterliegt, Abschnitt 4.9.4, Rn. 382. Dies trifft auf die innerdeutschen Netze zu, denn diese sind in der Regel nicht von der unionsrechtlichen Regulierung ausgenommen. Sofern jedoch auch Wasserstoffnetze gefördert werden sollen, die zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten liegen, muss sichergestellt sein, dass der im Drittstaat gelegene Netzabschnitt mit den Binnenmarktvorschriften der EU übereinstimmt und insgesamt die EU-Ziele unterstützt.³²

³¹ Ebenda, S. 19.

³² Dies könnte etwa im Hinblick auf die Vorgaben zur Dekarbonisierung etwa im Verhältnis zu Netzen aus der Ukraine, nordafrikanischen Staaten und der Türkei problematisch werden, vgl. zu den geplanten Verläufen der Wasserstoffnetze <https://ehb.eu/page/euro-pean-hydrogen-backbone-maps> (Abruf: 18.1.2023).

12.04.2023

8) Abwägung der Vor- und Nachteile

Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile der Beihilfenmaßnahme wird vornehmlich geprüft, ob und inwieweit die fragliche Maßnahme einen Beitrag zu den Umwelt- und Energiezielen der Union leistet, insbesondere zu den Energie- und Klimazielen des EU-Klimagesetzes für das Jahr 2030³³, Abschnitt 3.3 Rn. 71 ff. KUEBLL.

Mit der Absicherung des Amortisationsrisikos wird der Ausbau von Wasserstoffnetzen beschleunigt. Ein verstärkter Einsatz von Wasserstoff ist zudem Bestandteil der Dekarbonisierungsstrategie der EU.³⁴ Dieser erhebliche Vorteil überwiegt den Nachteil des staatlichen Eingriffs in den Wettbewerb. Denn das angemessen ausgestaltete Amortisationskonto adressiert das Koordinierungsproblem im Energieinfrastrukturbereich, indem es Investitionssicherheit gibt, sodass die Umstellung der Produktionsprozesse auf Wasserstoff beschleunigt wird, was unter normalen Marktbedingungen erheblich mehr Zeit beanspruchen würde. Die Abwägung der Vor- und Nachteile spricht also für eine beihilferechtliche Zulässigkeit des Konzepts.

D. Ableitungen im Hinblick auf eine risikominimierende Ausgestaltung

Die vorhergehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass das Konzept eines Amortisationskontos als Förderung von Energieinfrastruktur nach Maßgabe des Abschnitts 4.9 der KUEBLL beihilferechtlich zulässig sein kann. Für eine risikominimierte Ausgestaltung des Amortisationskontos wird es vor allem darauf ankommen, die förderfähige Tätigkeit zu konkretisieren (Punkt I.) und die Beihilfenbedingungen auszudifferenzieren (Punkt II.). Zudem muss gewährleistet sein, dass die Tarif- und Zugangsbedingungen den Regulierungsvorgaben des Energiebinnenmarktes entsprechen (Punkt III.). Die zeitliche Begrenzung der Anschubphase auf zehn Jahre erscheint beihilferechtlich zulässig (Punkt IV.). Zudem ist bei der Ausgestaltung der Beihilferegelung zu klären, ob und wie sie mit anderen Beihilfemaßnahmen kumuliert werden darf (Punkt V.). Schließlich muss die Beihilferegelung veröffentlicht werden (Punkt VI.).

³³ Verordnung (EU) 2021/2009, zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), EU-ABl. Nr. L 243 v. 9.7.2021, S. 1.

³⁴ Vgl. etwa KOM, „Ein sauberer Planet für alle: Eine Europäische strategische, langfristige Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft“ (COM(2018) 773), S. 10 und „Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa“, COM(2020) 301 final.

I. Förderfähige Tätigkeit

Die Förderbedingungen des Amortisationskontos sollten berücksichtigen, dass nur solcher Netzausbau gefördert wird, der nachhaltig dazu beiträgt, erneuerbare oder CO₂-arme Energie zu transportieren. Welche Anforderungen an den Wasserstoff zu stellen sein werden, damit dieser im Sinne der KUEBLL als „erneuerbar“ oder als CO₂-arm qualifiziert und dementsprechend gefördert werden kann, werden sich aus dem Delegierten Rechtsakt zur Erneuerbaren Energien Richtlinie sowie den Rechtsakten des Gas-Pakets (vgl. Punkt C.IV.2) oben) ergeben, die sich nach wie vor noch im Gesetzgebungsprozess befinden.

Sofern der der Netzausbau auch Netze in Drittstaaten betrifft, muss sichergestellt werden, dass die dortigen Regulierungsvorgaben mit denjenigen der EU vergleichbar sind.

II. Vorgaben zur Ausgestaltung der Beihilfenbedingungen

Bei der Ausgestaltung der Beihilfebedingungen ist zwischen denjenigen der Beihilfengewährung (Punkt 1.), der Berechnung bzw. Ermittlung der Beihilfesumme (Punkt 2.) und des Beihilfenausschlusses (Punkt 3.) zu differenzieren.

1) Beihilfengewährung

Für die Beihilfegewährung muss das Folgende klar geregelt werden:

- Nach welchen Kriterien sollen Netzbetreiber eine Förderzusage erhalten?
- Ob und wie wird zwischen der Förderung des Netzneubaus und der Umrüstung bestehender Gasnetze unterschieden? Eine Differenzierung ist zwar nach Abschnitt 4.9 KUEBLL nicht explizit vorgesehen, sie folgt jedoch mittelbar aus der Vorgabe, dass die Förderung klima- und wirtschaftspolitisch sinnvoll sein muss. Vor diesem Hintergrund ist es möglich, dass in bestimmten Konstellationen, etwa wenn schon Gasnetzverbindungen bestehen und eine Umrüstung im Vergleich zum Neubau wirtschaftlicher ist, erstere den Vorzug erhalten muss. Um die Entscheidung für Umrüstung oder Neubau zu rechtfertigen, kann auf die Netzausbaupläne der Europäischen Kommission, die im Kontext des „Gas-Pakets“ ausgearbeitet werden sollen, in Kombination mit den nationalen Netzausbauplänen zurückgegriffen werden.
- Bei der Entscheidung über die Beihilfeberechtigung eines Netzbetreibers muss berücksichtigt werden, wie die potenzielle Nachfrage nach Zugang zu Wasserstoffnetzen und der Wasserstoffversorgung ausfallen könnte. Denn

12.04.2023

die Beihilfe darf nur so weit gehen, wie dies zur Behebung des Koordinierungsproblems erforderlich ist. Hierfür könnten beispielsweise Netzausbauszenarien vorgelegt werden, aus denen sich sowohl die erzielte Netzabdeckung als auch die voraussichtlichen Kosten und Einnahmen aus den Netzentgelten ableiten lassen.

- Ein Ausschreibungswettbewerb ist im Bereich der Energieinfrastruktur nach den KUEBLL nicht erforderlich. Dies bedeutet aber nicht, dass ein solches Verfahren ausgeschlossen ist.

2) **Beihilfenberechnung: Konkrete Vorgaben für die Bestimmung des Risikoeintritts**

Um die Beihilferegulung für das Amortisationskonto im Sinne der KUEBLL-Vorgaben angemessen auszugestalten, muss ein Ansatz gefunden werden, bei dem der Netzbetreiber auf der einen Seite einen Anreiz hat, den Netzausbau und den Wasserstofftransport effizient und kostendeckend zu erbringen. Auf der anderen Seite müssen die Bedingungen, unter denen der Staat davon ausgeht, dass sich gerade das von ihm abgesicherte Amortisationsrisiko realisiert hat, anhand im Voraus festgelegter Parameter feststehen. Diese Parameter könnten beispielsweise in eine Berechnungsformel übersetzt werden, sodass sowohl für den Netzbetreiber als auch für die öffentliche Hand transparent ist, wie hoch der Anspruch bzw. die Verbindlichkeit ist.

Die staatliche Absicherung des Amortisationsrisikos muss dabei in jedem Falle auf das Minimum beschränkt sein, d. h. sie darf nur die Mindererlöse abdecken, die sich am Ende der Abschreibungsphase daraus ergeben, dass die Netzentgelte in der zehnjährigen Anschubphase gedeckelt waren und auch nach Ablauf der Anschubphase nicht anteilig umgelegt werden konnten. Es dürfen also keine Risiken finanziert werden, die der Netzbetreiber auch im gewöhnlichen Verlauf des Netzausbaus, d. h. ohne die staatliche Finanzierung, zu tragen hätte.

3) **Beihilfenausschluss**

Die Beihilferegulung für das Amortisationskonto sollte den subventionstypischen Ausschluss für Vorhaben enthalten, die der Netzbetreiber auch ohne die Beihilfe umgesetzt hätte. Darüber hinaus besteht ein staatliches Interesse, die Realisierung des Amortisationsrisikos zu vermeiden. Demgemäß muss er sicherstellen, dass der Netzbetreiber von der Förderung ausgeschlossen wird, wenn er dieses Risiko erhöht. Da jedoch erst am Ende der Abschreibungsphase feststehen wird, ob sich das Amortisationsrisiko realisiert hat, könnte erwogen werden, während des gesamten

Abschreibungszeitraums ein Überwachungs- und Berichtsmechanismus einzuführen wird, der ein entsprechendes Risikomonitoring gewährleistet.

III. Tarif- und Zugangsregulierung im Einklang mit dem Binnenmarkt

Im Rahmen der Förderbedingungen ist sicherzustellen, dass die Wasserstoffnetzbetreiber im Einklang mit der Gas³⁵- und Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie³⁶ operieren. Hierzu ist zwar bereits vorgesehen, dass die Netzbetreiber sich der Regulierung der BNetzA unterwerfen müssen. Diese Maßnahme ist nach aktueller Rechtslage ausreichend. Perspektivisch ist jedoch zu erwarten, dass sich die Rechtslage ändern wird, weil das „Gas-Paket“³⁷ der EU-Kommission weitere Änderungen und entsprechenden Anpassungsbedarf im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)³⁸ bringen wird. Denn nach den Entwürfen der EU-Kommission ist eine dem § 28 j EnWG entsprechende Regelung nicht vorgesehen.

IV. Zeitliche Begrenzung

Es ist beihilferechtlich grundsätzlich nicht ausgeschlossen, den Zeitraum einer Beihilfenregelung, in welchem der Staat eine Garantie für den Erlösausfall übernimmt, auf zehn Jahre zu erstrecken. So enthält Abschnitt 4.9 KUEBLL zwar keine spezifische zeitliche Vorgabe für Energieinfrastruktur. Eine systematische Auslegung zeigt aber, dass zehn Jahre nicht ausgeschlossen sind. So kann die Europäische Kommission Beihilfemaßnahmen auf eine Dauer von höchstens zehn Jahren begrenzen, Abschnitt 3.2.2 Rn. 70 KUEBLL. Während dieser allgemeine Abschnitt gemäß Abschnitt 4.9.4, Rn. 382 KUEBLL nicht für Energieinfrastrukturbeihilfen gilt, kann er hier dennoch als *argumentum e contrario* herangezogen werden: Wenn schon generell zehn Jahre möglich sind, dann wird die Tatsache, dass diese Limitation für Energiebeihilfen nicht gilt, so zu verstehen sein, dass bei Infrastruktur (mit bekannt langen Abschreibungsdauern) die Begrenzung sogar noch höher möglich sein sollte.

³⁵ Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, EU-ABl. Nr. L 211 v. 14.8.2009, S. 94.

³⁶ Richtlinie 2019/944/EU mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, EU-ABl. Nr. L 158 v. 5.6.2019, S. 125.

³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie Wasserstoff, v. 15.12.2021, COM(2021) 803 final.; Vorschlag für eine Verordnung über die Binnenmärkte für erneuerbare Gase und Erdgas sowie für Wasserstoff, v. 15.12.2021, COM(2021) 804 final.

³⁸ Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 4.1.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 9).

12.04.2023

Bei Gewährung der Einzelbeihilfe wäre jeweils zu verproben, ob der zunächst pauschal bestimmte Zehnjahreszeitraum auch im Einzelfall nicht zu einer (absehbaren) Überkompensation führt. Insoweit wird man ggf. je nach Ausfallrisikoprofil des jeweiligen Vorhabens (bzw. nach den Erwartungen für die Zunahme der Netznutzer in dem betroffenen Netzgebiet) prüfen müssen, für welchen Zeitraum die Garantieübernahme durch das Amortisationskonto tatsächlich angemessen ist. Wahrscheinlich wird sich die Zeit verkürzen, wenn potenzielle Abnehmer schneller ihre Anlagen auf Wasserstoffnutzung umstellen könnten, weil daher Netzausbau mit Netzabnahme zeitlich einfacher verzahnt werden kann.

V. Kumulierung

In den jeweiligen Förderbedingungen muss in Abgrenzung zu bestehenden Förderungen des Wasserstoffhochlaufs und anderweitiger Fördermaßnahmen (wie z.B. Regionalförderungen o.ä.) erklärt werden, ob und unter welchen Bedingungen diese Förderungen ggf. kumuliert werden können, Rn. 56 KUEBLL.

VI. Transparenz

Nach Maßgabe des Abschnitts 3.2.1.4 KUEBLL muss Deutschland den vollen Wortlaut der genehmigten Beihilferegulung auf einer öffentlich zugänglichen Webseite veröffentlichen.

Teil 3: Zusammenfassung und Fazit

Das Konzept eines Amortisationskontos ist als Beihilfe zu qualifizieren, die jedoch nach Maßgabe des Abschnitts 4.9 KUEBLL als Energieinfrastrukturmaßnahme zulässig sein kann. Dazu muss insbesondere konkretisiert werden, dass nur derjenige Anteil des Amortisationsrisikos von der öffentlichen Hand getragen wird, der auf gedeckelte Netzentgelte für den Transport von erneuerbarem oder CO₂-armen Wasserstoff zurückzuführen ist. Der Kreis der Beihilfeberechtigten muss in Abstimmung mit der Netzentwicklungsplanung erfolgen, sofern diese die Nachfrage nach Wasserstofflieferung berücksichtigt. Die Berechnungsformel für den Beihilfenbetrag muss berücksichtigen, dass nur derjenige Anteil erstattet wird, der auf zu niedrige Netzentgelte wegen eines langsameren Wasserstoffhochlaufs zurückzuführen ist. Es ist zudem eine Überkompensation zu vermeiden. Dazu kann eine dynamische Bestimmung des Amortisationsrisikos vorgesehen werden. Die Anschubphase kann im Einklang mit der Netzentwicklungsplanung auf zehn Jahre angesetzt werden.

Im Hinblick auf weitere unionsrechtliche Entwicklungen ist die Gesetzgebung im sogenannten „Gas-Paket“ hinsichtlich der Schaffung eines Wasserstoffbinnenmarktes, die Bekanntmachung des Delegierten Rechtsaktes zur Erneuerbaren Richtlinie



BECKER BÜTTNER HELD

12.04.2023

wegen der Definition des Begriffs „erneuerbarer Wasserstoff“ sowie die Aktualisierung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung zu beobachten.

Berlin, 6.3.2023

