

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN



**Rechtswissenschaftliche Analyse zum Fördersystem
des Erneuerbare-Energien-Gesetzes auf dem Prüfstand
des Verfassungs- und Europarechts**

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK)

I.	Problemstellung	1
II.	Die EEG-Umlage: keine (verfassungswidrige) Sonderabgabe	4
III.	Kritik – Der Kohlepfennigbeschluss	6
	1. Der Kohlepfennigbeschluss (Aufkommenswirkung).....	6
	2. EEG-Umlage – zulässige Preisregelung?.....	11
	3. Rechtsfolgen.....	15
	a) Amortisationsklausel.....	16
	b) Marktfähigkeit.....	17
	c) Grundsatz der Rechtssicherheit.....	18
IV.	Die EEG-Umlage aus europarechtlicher Perspektive	19
	1. Das EEG 2014 aus beihilferechtlicher Perspektive.....	20
	2. Das EEG 2014 aus der Perspektive von Artt. 30/ 110 AEUV.....	25
	3. Das EEG 2014 aus der Perspektive der Warenverkehrsfreiheit.....	27
	a) Verstoß gegen Art. 34 AEUV.....	27
	b) Rechtfertigungsgründe.....	28
	c) Grundsatz der Rechtssicherheit.....	29
V.	Zweifel an den Rechtfertigungsgründen für das EEG 2014	32
	1. Keine Verdrängung von Art. 34 AEUV durch mangelnde Harmonisierung.....	32
	a) Harmonisierung: kein Rechtfertigungsgrund.....	32
	b) Kontrolle des Fördersystems: kein Rechtfertigungsgrund.....	33
	c) Internationale Verpflichtungen: kein Rechtfertigungsgrund.....	34
	c) Europäisches Fördersystem möglich und nötig.....	34
	2. Diskriminierung ausländischen Grünstroms.....	36
	a) Überschreitung der Zielwerte.....	36
	b) Diskriminierung konventioneller Erzeuger.....	38
	3. Amortisationsklausel.....	39
	4. Marktfähigkeitsklausel.....	39
	5. EEG-Fördersystem vs. Emissionshandelssystem.....	40
VI.	Resümee	44

I. Problemstellung

Das Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG 2014) wurde am 21.07.2014 vom Bundestag beschlossen und ist am 01.08.2014 in Kraft getreten.¹ Mit der Novelle des EEG soll der Anteil erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis 2025 auf 40- bis 45% und bis 2035 auf 55- bis 60% gesteigert werden.² Angesichts des mittlerweile signifikanten Anteils der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung sei es – so die gesetzliche Begründung – nunmehr erforderlich, neben dem weiteren Ausbau der erneuerbaren Energien, die Bezahlbarkeit der Energiewende für die Bürger sowie die Wirtschaft sicherzustellen und die Belastungen für das Gesamtsystem zu begrenzen.³ Dabei sollen **alle** Stromverbraucher in adäquater Weise an den Kosten beteiligt werden, ohne dass dabei die internationale Wettbewerbsfähigkeit der stromintensive Industrie gefährdet wird.⁴

Der Gesetzgeber geht in einer Mittelfristprognose von einem Börsenstrompreis von 4,0 Cent/ kWh (nominal) aus.⁵ Dagegen betrug allein im Jahr 2014 die EEG-Umlage 6,24 Cent/ kWh.⁶ Am 15.10.2015 hat die BNetzA die EEG-Umlage für das Jahr 2016 auf 6,354/ kWh festgesetzt.⁷ Das bedeutet, dass allein die EEG-Umlage 2016 den von der Bundesregierung geschätzten mittelfristigen Börsenstrompreis von 4,0 Cent/ kWh (nominal) um 156% übersteigt. Dabei räumt der Gesetzgeber ein, dass die EEG-Umlage (Bezugsjahr 2014) nur ungefähr 1/5 des durchschnittlichen Haushaltstrompreises ausmache.⁸ Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber von einem durchschnittlichen Haushaltsstrompreis im Jahre 2014 von 31,20 Cent/ kWh ausging.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass nur noch 30% dieses Strompreises durch *marktliche Entwicklungen* bestimmt sind; der übrige Anteil in Höhe von 70% setze sich aus regulierten Netzentgelten, sowie Steuern und Abgaben zusammen.⁹ Die Entkopplung des Strompreises, so *Pustlauk*, von Marktmechanismen hat trotz der Liberalisierung im Jahre 1998 stetig zugenommen.¹⁰ So betrug der Strompreis für Haushalte im Jahr 1998 17,11 Cent/ kWh, sank im Jahr 2000 auf 13,94 Cent/ kWh und stieg im Jahre 2015 auf 28,81 Cent/ kWh.¹¹

¹ BGB I 2014, Teil I Nr. 33 vom 24.07.2014, 1066ff., 1132 – dort Art. 23 Satz 1.

² BT-Drucks. 18/1304, S. 88 (Allgemeiner Teil I, Zielsetzung).

³ BT-Drucks. 18/1304, S. 88 (A I).

⁴ BT-Drucks. 18/1304, S. 88 (A I).

⁵ BT-Drucks. 18/1304, S. 95.

⁶ BT-Drucks. 18/1304, S. 96.

⁷ Pressemitteilung BNetzA vom 15.10.2015.

⁸ BT-Drucks. 18/1304, S. 96.

⁹ *Pustlauk*, Mehr Wettbewerb wagen: 2-Märkte-Modell für die sichere und preiswerte Versorgung mit Strom aus erneuerbarer und konventioneller Erzeugung, EWeRK 2014, S. 137; *Schwintowski*, Stromsteuer – Lenkungsziel (teilweise) erreicht?, EWeRK 2014, S. 3.

¹⁰ a.a.O., S. 137.

¹¹ bdew, Energieinfo 2015, S. 48 (Abb. 27: Strompreis für Haushalte).

Der „echte“ Strompreis für den Haushalt (Erzeugung, Transport und Vertrieb) betrug 1998 etwa 13 Cent/ kWh. Im Jahre 2015 waren es ca. 14,30 Cent/ kWh.¹² Die Differenz zum durchschnittlichen Strompreis 2015 für Haushalte von ca. 29 Cent/ kWh besteht aus Steuern und Abgaben. Während die Steuern und Abgaben im Jahre 1998 bei ca. 4,2 Cent/ kWh lagen, sind sie heute auf mehr als 14,40 Cent/ kWh angewachsen.¹³ D.h. im Wettbewerb ist der Strompreis fast gar nicht gestiegen – im Gegenteil, unter Berücksichtigung der Inflationsrate sogar gefallen.

Anders als 1998, also zu der Zeit als man die Märkte öffnete, um die Strompreise durch Wettbewerb zu ermäßigen, füllt sich heute der Staat massiv die Taschen. Allein die Stromsteuer beträgt pro kWh ca 2,05 Cent.¹⁴ Hinzukommen die EEG-Umlage, der KWK-Aufschlag, die StromNEV-Umlage, die off-shore-Haftungsumlage, die Umlage für abschaltbare Lasten und die Mehrwertsteuer, die (2015) mit ca. 4,60 Cent/ kWh zu Buche schlägt. Strom- und Mehrwertsteuer zusammen betragen ca. 6,65 Cent/ kWh und toppen damit die für das Jahr 2016 zuzahlende EEG-Umlage von 6,354 Cent/ kWh.

Wieso der Staat berechtigt ist auf die Stromsteuer noch einmal Mehrwertsteuer zu erheben, wieso darin kein Verstoß gegen das Verbot der Doppelbesteuerung liegt, ist eine Frage, die vertieft diskutiert werden sollte, um die es hier aber nicht gehen wird.¹⁵

Diese Hinweise sollen nur zeigen, dass der Staat das selbstgesetzte Ziel („Bezahlbarkeit der Energiewende“)¹⁶ sehr leicht dadurch erreichen könnte, indem er die Steuer- und Abgabenlast auf das Maß des Jahres 1998 zurückführt. Das wäre durchaus in sich logisch, denn im Jahre 1998 wurden die Strommärkte in Deutschland und Europa mit dem Ziel der Strompreissenkung für die Verbraucher geöffnet, ein Ziel, das zunächst auch erreicht wurde, denn die Strompreise für Haushalte sanken von 17,11 Cent/ kWh im Jahre 1999 auf 16,53 Cent/ kWh und im Jahre 2000 sogar auf 13,94 Cent/ kWh. Sie lagen im Jahre 2001 mit 14,3 Cent/ kWh und auch im Jahre 2002 mit 16,11 Cent/ kWh noch unter dem Niveau von 2000. Erstmals im Jahre 2003 stieg der durchschnittliche Strompreis für Haushalte gegenüber 1998 leicht auf 17,19 Cent/ kWh – seither ist der Preis stetig und permanent auf derzeit ca. 29 Cent/ kWh gestiegen, eine Tatsache, die nicht nur, aber auch der EEG-Umlage und den exorbitant gestiegenen Steuer- und Abgabenlasten geschuldet ist.

Der Strompreis für die Haushaltskunden in Deutschland ist demnach aus dem Ruder geraten. Genau das Gegenteil des mit der Marktöffnung im Jahre 1998 angestrebten Ziels ist eingetreten. Innerhalb von weniger als 20 Jahren ist der Strompreis für Haushalte heute verdoppelt.

¹² bdew, Energieinfo 2015, S. 48 (Abb. 27: Strompreis für Haushalte).

¹³ bdew, Energieinfo, a.a.O., S. 48.

¹⁴ § 3 StromStG.

¹⁵ Schwintowski, a.a.O., EWeRK 2014, S. 3.

¹⁶ BT-Drucks. 18/1304, S. 88.

Die daraus resultierende ökonomische Frage lautet, ob der Wettbewerb auf Strommärkten heute möglicherweise nicht funktioniert – ob eventuell ein **Marktversagen** vorliegt.¹⁷ Man kann folglich konstatieren, dass die Marktöffnung im Jahre 1998 für den Stromhaushaltskunden in Deutschland genau das Gegenteil von dem gebracht hat, was erreicht werden sollten. Eine der wesentlichen Ursachen hierfür dürfte in der **Energiewende** liegen, die letztlich zum vollständigen Ausstieg aus der Atomenergie einerseits und dem Umstieg auf erneuerbare Energien andererseits führen soll.¹⁸ Um diese Ziele zu erreichen, reguliert der deutsche Gesetzgeber den Ausbau der erneuerbaren Energien über das EEG im erheblichen Umfang. Die Regulierung auf dem Strommarkt ist damit an die Stelle des Wettbewerbs getreten.¹⁹

Eine solche Entwicklung, die völlig konträr zu den Zielen des Jahres 1998 verläuft, wirft die Frage auf, ob das EEG und seine Wirkungen vor dem geltenden Verfassungs- und Europarecht Bestand hat. Die Wirkungen des EEG beschränken sich dabei nicht nur auf die EEG-Umlage, die letztlich den Betreibern der EEG-Anlagen (etwa Wind/ PV/ Biomasse) zugute kommt. Der Umbau auf erneuerbare Energien löst erhebliche, zusätzliche Kosten für den Netzausbau aus (off-shore-Energie muss in den Süden Deutschlands transportiert werden). Um den Vorrang erneuerbarer Energien zu gewährleisten (§§ 8, 11 EEG) müssen funktionsfähige Anlagen abgeschaltet werden – dafür werden diese entschädigt.²⁰ Teilweise müssen aber auch EE-Anlagen zur Vermeidung einer Überlast im Netz abgeschaltet werden. In diesen Fällen bekommen sie eine Härtefallentschädigung (§ 15 EEG), die allein bei Windenergie im Jahre 2014 bei über 65 Mio. Euro lag.²¹ Die Härtefallentschädigung für solare Strahlungsenergie lag bei ca. 14 Mio. Euro (2014) und für Biomasse bei ca. 3,5 Mio. Euro (2014) – insgesamt zahlten die deutschen Stromverbraucher im Jahre 2014 über 82 Mio. Euro an Härtefallentschädigungen, also dafür, dass hochsubventionierte Grünstromanlagen abgeschaltet und entschädigt wurden. Sie bezahlten den Grünstrom letztlich zweimal. Inoffizielle Schätzungen besagen, dass im Jahre 2016 der Anteil für Härtefallentschädigungen auf ca. 150 Mio. Euro steigen könnte. Allein diese Zahlen zeigen, dass in Sachen Förderung erneuerbarer Energien in der Republik etwas aus dem Ruder läuft. Die daraus resultierenden Rechtsfragen lauten, ob das Gesamtkonzept des EEG mit dem geltenden Verfassungs- und Europarecht in Einklang zu bringen ist und – falls dies nicht der Fall sein sollte – was man möglicherweise stattdessen tun könnte und rechtlich auch müsste.²²

¹⁷ Dazu vertiefend *Pustlauk*, a.a.O., EWeRK 2014, ab. S. 137, sowie umfassend *Riewe*, Versorgungssicherheit durch Kapazitätsmechanismen - eine juristisch-ökonomische Analyse, Dissertation 2015, passim (erscheint demnächst in der EWeRK-Schriftenreihe).

¹⁸ BT-Drucks. 18/1304, S. 88 (A I).

¹⁹ *Pustlauk*, a.a.O., EWeRK 2014, S. 136: 30% Wettbewerb; 70% Regulierung.

²⁰ Die Umlage für abschaltbare Lasten nach § 18 AbLaV beträgt im Jahre 2015 ca. 0,006 Cent/ kWh nach Presseinformation der BNetzA.

²¹ BNetzA, *Das EEG in Zahlen*, 2014, abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de.

²² Bedenken aus verfassungsrechtlicher Perspektive haben *Brahms/ Maslaton*, Der Regierungsentwurf des Erneuerbaren-Energie-Gesetzes 2014 – verfassungsrechtliche Bedenken gegen die EEG-Umlage auf die Eigenstromversorgung NVwZ 2014, 760, formuliert; sehr viel grundlegender hat *Erk* bereits im Jahre 2008 in ihrer Monografie, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, argumentiert.

II. Die EEG-Umlage: keine (verfassungswidrige) Sonderabgabe (BGH vom 25. Juni 2014)

Im Jahre 2012 hat *Gerrit Manssen* eine spektakuläre These entwickelt, wonach es sich bei der EEG-Umlage um eine verfassungswidrige Sonderabgabe handeln solle.²³ Ein mittelständisches Textilunternehmen machte sich die Thesen von *Manssen* zu eigen und klagte bis zum BGH.²⁴ Der BGH hat die Einwende gegen die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage (damals nach § 37 Abs. 2 EEG 2012; heute: § 60 Abs. 1 EEG 2014) zurückgewiesen. In dieser Umlage liege kein Verstoß gegen die in Art. 105ff. GG niedergelegten Grundsätze der Finanzverfassung. Die EEG-Umlage stelle keine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion dar.²⁵ Vielmehr enthalte § 37 Abs. 2 EEG 2012 eine gesetzliche Preisregelung. Hierauf seien die auf Sonderabgaben entwickelten Maßstäbe nicht – auch nicht entsprechend – anzuwenden. Ein „Formenmissbrauch“ des Gesetzgebers sei ebenso wenig ersichtlich wie eine Verletzung von Grundrechten der Netzbetreiber, EVU oder Endkunden.²⁶

Es fehle, so der BGH, bereits an der Grundvoraussetzung für eine Sonderabgabe, nämlich an der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand.²⁷ Damit knüpft der BGH an seine frühere Rechtsprechung zum StromeinspeiseG 1998 und zum EEG 2000 an.²⁸

²³ *Manssen*, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, DÖV 2012, S. 499ff; eine Kurzfassung seiner Überlegungen findet sich in ET 2012, 49, unter dem Titel: Die Zukunft der EEG-Umlage – weiter auf verfassungswidrigen Wegen?.

²⁴ BGH vom 25.06.2014, VIII ZR 169/13; BGHZ 201, 355 = EWeRK 2014, 311 m.Anm.

Modest.

²⁵ BGH, a.a.O., Rn. 12.

²⁶ BGH, a.a.O., Rn. 12.

²⁷ BGH, a.a.O., Rn. 14 unter Hinweis auf LG Chemnitz ZNER 2013, 185; LG Stuttgart ZNER 2013, 417, 418 vom 20.02.2013, 38055/12 KfH; aus der Literatur: *Bösche*, OLG Hamm: EEG-Umlage ist nicht verfassungswidrig, IR 2013, 180f.; OLG Hamm vom 14.05.2013 – 19 U 180/12, Anm. *Dalibor*, EnWZ 2013, 417, 419; *Gawell*, Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, DVBL 2013, 409, 411; *Brandt*, EEG und Finanzverfassungsrecht, ER 2013, 91, 93; *Bayer*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Vergütungssystems des EEG nach Einführung der neuen Währung, ET 2013, 104, 108; zuvor bereits *Erk*, a.a.O., ab. S. 57ff.; a.A. *Manssen*, 2012, 499, 502f.; *Salje*, EEG 2012, 6. Aufl., § 37, Rn. 10; *Altrock/ Oschmann* in: *Altrock/ Oschmann/ Theobald*, EEG, 4. Aufl., Einf., Rn. 50ff.; *Sailer/ Kantenwein* in: *Westhöft/ Meyer*, EEG, 4. Aufl., einl., Rn. 126ff.

²⁸ BGH vom 11.06.2003, VIII ZR 160/02, BGHZ 155, 141, 148ff.; vom 22.12.2003, VIII ZR 90/02, 2004, 748 unter II 3, jeweils m.w.N.; zum Stromeinspeisegesetz 1990: BGH vom 22.10.1996 – KZR 19/95, BGHZ 134, 1, 13ff.; dazu auch BVerfG NJW 1997, 573 vom 09.01.1996, 2 BvL 12/95, a.A. *Büdenbender* NVwZ 2014, 823, 825; *Kube/ Palm/ Seiler*, Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange, NJW 2003, 927, 930.

Anders als beim *Kohlepfennig*, der als *Sonderabgabe*, konzipiert war²⁹ würde die EEG-Umlage in der Hand autonomer Privatrechtssubjekte bleiben.³⁰

In diesem Sinne hatte der BGH auch mit Blick auf das EEG 2012, die früheren Fassungen des EEG und das Stromeinspeisegesetz entschieden³¹ Dass zwischen den ÜNB und den EVU keine *physische* Weitergabe der EEG-Strommengen mehr erfolge, sondern die EEG-Umlage nur noch die Weiterverkaufsverluste nebst Transaktionskosten decke, führe nicht dazu, dass die den ÜNB zufließenden Gelder der öffentlichen Hand unmittelbar oder mittelbar zur Verfügung stünden.³² Auch die Ausnahmeregelungen für stromintensive Unternehmen (früher §§ 40ff. EEG 2012; heute §§ 63ff. EEG 2014) änderten an dieser Betrachtungsweise – so der BGH – nichts.³³ Das System der bundesweiten Ausgleichsregelungen gewähre keine Vorteile sondern regule lediglich die Finanzierung der Einspeisevergütung durch entgeltliche Weitergabe der eingespeisten erneuerbaren Energie an die privaten Betreiber der vorgelagerten Stromnetze und die EVU, die jeweils zur Abnahme unter Einsatz ihrer eigenen Mittel verpflichtet seien.³⁴

Es handele sich bei den gesetzlichen Vorgaben zur Höhe der gezahlten EEG-Vergütungen nach wie vor um (mehrstufige) gesetzliche Preisregelungen für Rechtsbeziehungen zwischen Privaten.³⁵ Die Einhaltung dieser Preisregeln werde lediglich von der BNetzA als Aufsichtsbehörde überwacht, ohne dass diese Zugriff auf die Finanzströme geben könnte.³⁶ Ein „Um-schlagen“ einer zulässigen Preisregelung in eine unzulässige Sonderabgabe liege auch bei erheblicher Durchnormierung der privatrechtlichen Beziehungen nicht vor.³⁷ Dem Gesetzgeber stehe ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Indienstnahme privater für öffentliche Aufgaben zu.³⁸ Aufgrund des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers läge in der Wahl einer Preisregulierung im Verhältnis zwischen privaten Rechtssubjekten anstelle einer Sonderabgabe oder einer Erhöhung der Stromsteuer auch kein „Formenmissbrauch“.³⁹

²⁹ BVerfG vom 11.10.1994 – 2 BvR 633/86 NJW 1995, 381.

³⁰ *Riedel/ Weiss*, ENWZ 2013, 402, 406; *Brandt*, ER 2013, 91, 94f..

³¹ BGH vom 11.06.2003 – VIII ZR 160/02, BGHZ 155, 141, 153f., 157; BGH vom 22.10.1996 – KZR 19/95 – BGHZ 134, 1, 27f..

³² BGH vom 26.06.2014 VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355, Rn. 16.

³³ BGH vom 06.05.2015 – VIII ZR 56/14, ZNER 2015, 342 = juris Rn. 34.

³⁴ BGH vom 06.05.2015 – VIII ZR 56/14, juris Rn. 34 mit dem Schluss, dass deshalb keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV (heute: Art. 107 AEUV) vorliege; der BGH knüpft insoweit an die Urteile des EuGH vom 13.03.2001 – C-379/98, Slg. 2001, I-2159, Rn. 58ff., 66, *PreußenElektra* und vom 19.12.2013 – C-262/12 RIW 2014, 295, Rn. 34ff., *Vent De Colère!* sowie an sein Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355, Rn. 16-20 an.

³⁵ *Gawell*, Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, DVBl 2013, 409, 413.

³⁶ *Brandt*, ER 2013, 91, 93f.; zur Maßgeblichkeit dieses Gesichtspunkt: BVerfGE vom 08.04.1987, 2 BvR 900/82, 75, 108, 147f..

³⁷ *Riedel/ Weiss*, ENWZ 2013, 402, 406; vergleiche auch BVerfG 105, 185, 194f..

³⁸ BGH vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355, Rn. 24.

³⁹ BGH vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13; BGHZ 201, 355, Rn. 26; *Bösche*, IR 2013, 181; *Darlibor*, ENWZ 2013, 419, 421; ebenso BGH vom 22.10.1996 – KZR 19/95 – BGHZ 134, 1.

III. Kritik – Der Kohlepfennigbeschluss (BVerfG vom 11. Oktober 1994)

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher mit den Überlegungen des BGH vom 25.06.2014⁴⁰ nicht auseinanderzusetzen gehabt. Eine solche Auseinandersetzung wäre von Nöten und förderlich, weil es eine ganze Vielzahl von Gründen dafür gibt, dass die Entscheidung des BGH einer verfassungsrechtlichen Prüfung im Ergebnis nicht standhalten würde.⁴¹

1. Der Kohlepfennigbeschluss (Aufkommenswirkung)

Der BGH geht am 25.06.2014⁴² davon aus, dass es für die EEG-Umlage an der Grundvoraussetzung für eine Sonderabgabe, der **Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand** fehle. Hierin sieht der BGH den wesentlichen Unterschied zum Kohlepfennigbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.10.1994.⁴³ Beim *Kohlepfennig* ging es um eine Ausgleichsabgabe, die der Sicherung des Steinkohleabsatzes bei der Stromerzeugung dienen sollte.⁴⁴ Um dieses Ziel zu erreichen, wurde ein *Ausgleichsfonds* gebildet.⁴⁵ Dieser Fonds gewährte EVU, die die (teure) deutsche Steinkohle zur Energieerzeugung einsetzten, Zuschüsse. Um diese Zuschüsse zu finanzieren, waren die EVU verpflichtet eine Ausgleichsabgabe an den Fonds zu zahlen. Die EVU durften ihren Aufwand an die Endverbraucher weiterwälzen.⁴⁶ Das taten sie auch – die Ausgleichsabgabe war in den Rechnungen über die Stromlieferungen gesondert auszuweisen.⁴⁷ Die Überwälzung der Abgabe ist, so das BVerfG damit nicht nur eine marktabhängige *Möglichkeit*, sondern rechtlich vorbereitete und vorgesehene Regelfolge der Abgabenbelastung.⁴⁸

Das BVerfG stellte klar, dass die mit der Abgabe belasteten Stromverbraucher einen den Trägern von Verbrauchssteuern ähnliche Allgemeinheit von Betroffenen bildeten, die aber **keine** besondere **Finanzierungsverantwortlichkeit** für die Kohleverstromung treffe.⁴⁹ Die bloße Nachfrage nach dem gleichen Wirtschaftsgut forme die Verbraucher nicht zu einer Gruppe, die eine Finanzierungsverantwortlichkeit für eine bestimmte Aufgabe träge. Der Kreis der Stromverbraucher sei nahezu konturenlos und gehe in der Allgemeinheit der Steuerzahler auf. Die mit der Sonderabgabe eingeforderte Finanzierungsverantwortung finde folglich keine homogene Gruppe vor, deren gemeinsame Interessenlage eine besondere Sachnähe zur Kohleverstromung begründe.

⁴⁰ VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355.

⁴¹ wie hier: *Bickenbach*, Die Finanzierung der „Energiewende“ in der Zwickmühle aus Finanzverfassung und Artt. 107, 108 AEUV, DÖV 2013, 953ff.; *Manssen*, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, DÖV 2012, 499.

⁴² VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355, Rn. 14.

⁴³ II BvR 633/86, NJW 1995, 381.

⁴⁴ BT-Drucks. 7/1991, S. 11, I Nr. 1.

⁴⁵ Rechtsgrundlage war § 8 Drittes VerstromungsG.

⁴⁶ Rechtsgrundlage war § 10 Abs. 1 Drittes VerstromungsG.

⁴⁷ § 10 Abs. 3 Drittes VerstromungsG.

⁴⁸ BVerfG vom 11.10.1994 – 2 BvR 633/86, NJW 1995, 381 unter C II 1b.

⁴⁹ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2a.

Die Art der Stromproduktion sei für die Stromverbraucher unerheblich; ihr paralleles Interesse zielle eher auf die Sicherheit der jeweils individuellen Versorgung als Reflex der allgemeinen Versorgungssicherheit. Die Sicherstellung der Strom- oder Energieversorgung sei aber ein Interesse der Allgemeinheit, das deshalb als Gemeinlast – durch Steuer – finanziert werden müsse.⁵⁰

Die Ausgleichsabgabe diene, so das BVerfG weiter, der Sicherung des Steinkohleeinsatzes bei der Stromerzeugung. Durch Stabilisierung des deutschen Steinkohlenbergbaus soll ein inländischer Energieträger gestützt und dadurch die Verlässlichkeit und Stetigkeit der Energie- und Stromversorgung in Deutschland gewährleistet werden.⁵¹ Das Anliegen, den deutschen Steinkohlebergbau zu erhalten und eine auch durch Verstromung deutscher Kohle erreichte Energieversorgung zu sichern, betreffe einmal die Kohleregionen und die dort tätigen Unternehmen und Arbeitnehmer und sodann die Allgemeinheit all derer, die im Inland Strom verbrauchten. Das Interesse an einer Stromversorgung sei heute so allgemein, wie das Interesse am *täglichen Brot*. Die Befriedigung eines solchen Interesses sei eine *Gemeinwohlaufgabe* des Parlaments, das *Finanzierungsinstrument* die Gemeinlast der **Steuer**.⁵²

Diese Vorgaben und Grundannahmen des Bundesverfassungsgerichts hat der BGH nicht infrage gestellt. Er ist aber der Auffassung, dass es an der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand im Falle der EEG-Umlage fehle. Diese fließe, anders als beim Kohlepfe-nig, nicht in einen von der öffentlichen Hand verwalteten Sonderfonds. Es handele sich vielmehr um mehrstufige (gesetzliche) Preisregelungen für Rechtsbeziehungen zwischen Privaten.⁵³

Dieses Argument ist formal zutreffend. In der Literatur wird aber ein *funktionales Verständnis* der Aufkommenswirkung eingefordert.⁵⁴ *Manssen* gibt zu bedenken, dass man „Aufkommenswirkung“ dann annehmen müsse, wenn der Staat und kein Privater entscheide, wie die eingenommenen Mittel zu verwenden seien. Dann habe der Staat die Verfügungsgewalt über das Aufkommen. Genau dies passiere bei der EEG-Umlage, die nur zur Deckung des Defizits bei der Vermarktung von Strom aus regenerativen Energien eingesetzt werden dürfe.⁵⁵ *Bickenbach* begründet sein *funktionales* Verständnis von der Aufkommenswirkung mit der Schutzfunktion der Finanzverfassung, die auf Belastungsgleichheit und das Maß der Belastung ziele.⁵⁶

⁵⁰ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2a.

⁵¹ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2b, Hinweis auf BT-Drucks. 7 1991, S. 11 I Nr. 1 und § 1 Drittes VerstromungsG.

⁵² BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2b.

⁵³ BGH vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, BGH Z 201, 355, Rn. 16, 20 m.w.N..

⁵⁴ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 953, 955; unter Hinweis auf *Pohlmann*, Der Streit um das Stromeinspeisungsgesetz vor dem Grundgesetz, NJW 1997, 545, 546; *Manssen*, a.a.O. DÖV 2012, 499, 502f..

⁵⁵ *Manssen*, a.a.O., DÖV 2012, 499, 502.

⁵⁶ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 953, 955.

Es gehe der Finanzverfassung nicht allein darum, Ein- und Ausgaben im Haushaltsgesetz zusammenzuführen. Eine möglichst vollständige Betrachtung der Aufkommenswirkung solle vielmehr verhindern, dass eine Vielzahl von Geldleistungspflichten zu ungleichen und übermäßigen Belastungen führe. Belastungsgleichheit und wirtschaftliche Handlungsfreiheit gingen folglich Hand in Hand.⁵⁷ Das funktionale Verständnis der Aufkommenswirkung sei geboten, weil das Übermaßverbot bei finanziellen Belastungen von Bürgern (zu)wenig Schutz biete.⁵⁸

Das Gesamtsystem des EEG lasse erkennen, dass durch den Gesetzgeber gezielt Geld der Letztverbraucher, in Anspruch genommen würde, um dies ohne Umweg über ein parlamentarisches Budget privaten Dritten – nämlich den Anlagenbetreibern – zu zuwenden.⁵⁹ Die EEG-Umlage wirkte funktional äquivalent wie eine Abgabe.⁶⁰ Dagegen lasse sich auch nicht einwenden, dass die Weiterwälzung der EEG-Umlage auf die Letztverbraucher letztlich zwar möglich aber nicht vorgeschrieben sei. Genau wie beim Kohlepfennig sei es lebensfremd anzunehmen, dass die EVU die EEG-Umlage, die sie nach § 60 Abs. 1 EEG an den ÜNB zahlen müssten, an den Verbraucher nicht weitergäben.⁶¹ Auch der Gesetzgeber rechnet mit dieser Weitergabe, weil sonst die (kommunalen) EVU womöglich in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten würden – damit wiederum stünde die Ausfinanzierung der Gemeinden, die regelmäßig Eigentümer der Stadtwerke seien, auf dem Spiel.⁶²

Manssen und *Bickenbach* weisen zutreffend darauf hin, dass eine Aufkommenswirkung immer dann anzunehmen sei „wenn der Staat und kein Privater entscheide, wie eingenommene Mittel zu verwenden seien“.⁶³ Letztlich steht hinter diesem Argument der Gedanke des *Umgehungsverbot*es. Es kann aus der Perspektive der Schutzfunktion der Finanzverfassung keinen Unterschied machen, ob der Staat zunächst einmal einen öffentlich-rechtlich ausgestalteten Fonds zwischenschaltet, in den die EVU zugunsten der Steinkohle einzahlen müssten und sich sodann beim Letztverbraucher refinanzieren könnten, oder ob stattdessen auf diesen Fonds verzichtet und die gleiche Wirkung durch eine Preisregelung zu ersetzt würde, wie es mit Blick auf die EEG-Umlage derzeit geschehe.

⁵⁷ So schon *Kube/ Palm/ Seiler*, Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange, NJW 2003, 927, 930f..

⁵⁸ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 955 unter Hinweis auf die Diskussion über den steuerrechtlichen Halbteilungsgrundsatz und die Grundrechtsdogmatik in Sachen Konkurrenz durch die öffentliche Hand.

⁵⁹ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 955; *Pohlmann*, a.a.O., NJW 1997, 545, 547; *Kube/ Palm/ Seiler*, a.a.O., NJW 2003, 927, 929.

⁶⁰ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 955; *Kube/ Palm/ Seiler*, a.a.O., NJW 2003, 927, 930.

⁶¹ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 956; *Gawell*, Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, DVBl 2013, 409, 414f..

⁶² ähnlich *Manssen*, a.a.O., DÖV 2012, 499, 502; *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 956.

⁶³ *Bickenbach*, a.a.O., DÖV 2013, 952, 956; *Manssen*, a.a.O., DÖV 2012, 499, 502.

Entscheidend sei jedenfalls, dass der Staat die Gestaltungsmöglichkeiten vorgäbe – weder die EVU, noch die ÜNB, noch die Letztverbraucher hätten irgendeine Möglichkeit etwas an dieser Gestaltung zu ändern – d.h. die Gesamtheit aller Stromverbraucher und damit genau gesehen alle Bürger/innen unseres Landes sind verpflichtet die EEG-Umlage zu zahlen.

Der Staat erfüllt die Gemeinwohlaufgabe der Stromversorgung, so wie das Interesse am *täglichen Brot*.⁶⁴ Das Finanzierungsinstrument für eine solche Gemeinwohlaufgabe ist, so das BVerfG, die Steuer.

Es ging übrigens, wie *Gawell* verkennt⁶⁵, auch beim *Kohlepfennig* nicht darum, den allgemeinen Bedarf an Elektrizität abzusichern, sondern es ging um die Sicherung des Steinkohleabsatzes bei der Stromerzeugung.⁶⁶ Es ging, wie bei der EEG-Umlage, nicht um die allgemeine Versorgungslage sondern um die Zusammensetzung des Angebotes. Ferner verweist *Gawell* auf das Verursacherprinzip als grundlegendes Prinzip des Umweltrechtes.⁶⁷ Als Beispiel nennt er die *Abwasserabgabe*.⁶⁸ Danach seien die Kosten zur Vermeidung, zur Beseitigung und zum Ausgleich von Umweltbeeinträchtigungen demjenigen zuzurechnen, der sie verursacht habe.⁶⁹ Vorliegend ginge es darum, die Zusammensetzung der Stromerzeugung von vornherein umweltfreundlicher auszugestalten – die Finanzierungsverantwortung komme nach dem Verursacherprinzip den Stromverbrauchern zu.⁷⁰

Das Beispiel ist durchaus lehrreich, denn es zeigt, dass es bei der EEG-Umlage in der Tat nicht um die Anwendung des Verursacherprinzips sondern um eine Gemeinlastfinanzierung geht. Würde man verursachungsgerecht denken, so müssten diejenigen Verbraucher, die bereit wären, grünen Strom zu beziehen, von der EEG-Umlage befreit sein, denn sie würden den Marktpreis für grünen Strom bezahlen. Demgegenüber müssten diejenigen, die stattdessen *Graustrom* präferierten mit der EEG-Umlage belastet werden, denn dieser Verbrauchergruppe müsste über den Graustrompreis signalisiert werden, dass sie grünen Strom bevorzugen sollten. Sie, die Graustromnachfrager, verursachen die Umweltbeeinträchtigung von der *Gawell* durch nichtregenerative Kraftwerke ausgeht.

⁶⁴ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2b.

⁶⁵ *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 416.

⁶⁶ BT-Drucks. 7/1991, S. 11 I Nr. 1.

⁶⁷ *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 416, m.w.N..

⁶⁸ *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 416, m.w.N..

⁶⁹ *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 416, unter Hinweis auf *Murswiek*, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG), NVwZ 1996, 222, 225f.; *Frenz*, Das Verursacherprinzip im öffentlichen Recht, 1997.

⁷⁰ *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 416, m.W.N..

Man kann also festhalten:

- Die EEG-Umlage belastet alle Letztverbraucher, einschließlich der stromintensiven Industrie, die nur teilweise entlastet ist. Der Kreis der Stromverbraucher ist (wie beim Kohlepfennig) völlig konturenlos und geht in der Allgemeinheit der Steuerzahler auf.
- Es gibt keine spezifische Sachnähe, da alle Stromverbraucher die EEG-Umlage schulden. Der Umstieg auf regenerative Energie (Stichwort: Energiewende) ist ein klassisches Interesse der Allgemeinheit, das als Gemeinlast durch Steuern finanziert werden müsste.
- Hier liegt auch der Grund, warum die Finanzierungsverantwortung keine spezifische Gruppe sondern alle Stromverbraucher trifft. Würde der Gesetzgeber tatsächlich an eine Gruppenfinanzierung denken, so müsste er den Vorschlag von *Pustlausk* aufgreifen und einen abgegrenzten Grünstrommarkt (mit funktionsfähigem Wettbewerb) und daneben einen ebenfalls wettbewerblich funktionierenden Graustrommarkt schaffen.⁷¹ In einem solchen Modell könnte man zumindest darüber nachdenken, die Gruppe der Graustromverbraucher mit einer spezifischen Grünstromabgabe zu belasten. Davon ist aber bei der EEG-Umlage keine Rede.
- Schließlich gibt es auch keine gruppennützige Verwendung der EEG-Umlage. Im Gegenteil – die EEG-Umlage kommt nicht etwa den stromverbrauchenden Abgabeschuldern, sondern den Anlagenbetreibern für erneuerbare Energien zugute. D.h. die EEG-Umlage dient letztlich dem Umbau der Energiearchitektur in der Republik hin zu einer von fossilen Energieträgern abgekoppelten Energieversorgung.

Hiervon ausgehend ist festzuhalten, dass die vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsmerkmale für *zulässige Sonderabgaben* mit Blick auf die EEG-Umlage nicht vorliegen. Funktional scheint es sich – so wie *Manssen* und *Bickenbach* entwickelt haben – um eine Gemeinlast zu handeln mit der Folge, dass die finanzverfassungsrechtlich einzig zulässige Finanzierungsform die **Steuer** sein müsste.

Der BGH, der – wie gezeigt – im Urteil vom 25.06.2014⁷² ohne hinreichende Begründung davon ausgeht, es fehle bei der EEG-Umlage angeblich an der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand, kommt zum gegenteiligen Ergebnis und meint in der EEG-Umlage läge eine (zulässige) gesetzliche Preisregelung. Ob das Bundesverfassungsgericht der Begründung des BGH letztlich folgen würde, ist eine derzeit offene Frage. Es spricht viel dafür, dass der deutsche Gesetzgeber mit der EEG-Umlage den Bürger/innen eine Abgabe auferlegt, die in Wirklichkeit eine **Steuer** ist. An dieser Einschätzung ändert sich aber auch dann nichts, wenn man sich zunächst einmal auf die Argumentationsebene des BGH begibt und mit ihm annimmt, es handele sich bei dem Preismechanismus, den das EEG vorsieht, um eine (mehrstufige) gesetzliche Preisregelung für Rechtsbeziehungen zwischen Privaten.⁷³

⁷¹ *Pustlausk*, a.a.o., EWeRK 2014, ab S. 136ff..

⁷² VIII ZR 169/13, BGHZ 201, 355, ab Rn. 14.

⁷³ BGH, a.a.O., Rn. 20 unter Hinweis auf *Gawell*, a.a.O., DVBl 2013, 409, 413ff..

2. EEG-Umlage – zulässige Preisregelung?

Wenn man einmal, wie der BGH es tut, unterstellt, dass es sich bei der EEG-Umlage nicht um eine (unzulässige) Abgabe handelt, so folgt daraus noch nicht, dass es sich bei der EEG-Umlage um eine zulässige und zugleich mehrstufige gesetzliche Preisregelung handelt. Eine gesetzliche Preisregelung würde zunächst einmal voraussetzen, dass der Preis für ein bestimmtes Produkt – vorliegend wäre es Grünstrom – gesetzlich geregelt sein müsste. Das ist mit Blick auf den Grünstrompreis nicht der Fall. Das gilt sowohl auf dem Markt für den Letztverbraucher aber auch auf dem Großhandelsmarkt und es gilt ebenso im Verhältnis zwischen ÜNB und Anlagenbetreiber. Die EEG-Umlage reguliert gerade nicht den Preis auf irgendeinem der Energiemärkte, sondern sie ist der Jahresdurchschnitt der zusätzlichen Kosten, die für die Bereitstellung erneuerbarer Energien pro kWh anfallen.

Eine etwaige Preisfestlegung für grünen Strom, so wie sie der BGH annimmt, würde zudem gegen das Prinzip des freien und unverfälschten (effektiven) Wettbewerbs verstoßen, das als Rechtsprinzip heute in Artt. 119, 120 AEUV verankert ist. Wäre die EEG-Umlage tatsächlich eine Preisfestsetzung für grünen Strom – ganz gleich, ob es sich dabei um einen Höchst- oder um einen Mindestpreis handeln würden – so wäre diese Preisfestsetzung in jedem Falle europarechtswidrig und – wegen der grenzüberschreitenden Wirkung – folglich nichtig. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Artt. 119, 120 AEUV, die in ganz Europa und somit auch in Deutschland wirken, sondern aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, der – erstmals am 29.10.1980 entschieden hat, dass es beim freien Wettbewerb um ein grundlegendes Ziel des Europäischen Vertrages gehe, das nicht mehr als erforderlich eingeschränkt werden dürfe.⁷⁴ Bereits am 07.02.1985 hat der EuGH den freien Wettbewerb als Rechtsprinzip erneut bestätigt und wörtlich ausgeführt: „Die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs, sowie die grundrechtliche Handelsfreiheit stellen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts dar, über deren Einhaltung der Gerichtshof wacht.“⁷⁵ Die EEG-Umlage beinhaltet aber – anders als der BGH meint – keine Preisregulierung. Festgelegt wird nur die Umlage, die jeder Verbraucher zu zahlen hat, wenn er Strom bezieht und zwar gleichgültig ob es sich um Grünstrom oder um Graustrom handelt. Begrifflich könnte man sogar daran zweifeln, ob sich die Verpflichtung die EEG-Umlage zu bezahlen tatsächlich auf den gesamten Strom bezieht, der sich im deutschen Netz befindet – also auch auf dem Strom aus anderen Mitgliedstaaten, die im europäischen Verbundnetz⁷⁶ eingebunden sind.

Nach § 4 EEG gilt das Gesetz nämlich nur für Anlagen, soweit die Erzeugung des Stroms im Bundesgebiet und der ausschließlichen Wirtschaftszone erfolgt. Strom der in Anlagen erzeugt wird, die außerhalb des Bundesgebietes liegen, scheint demnach vom Geltungsbereich des EEG gar nicht erfasst zu sein. Eine solche Differenzierung enthält § 60 Abs. 1 EEG jedoch nicht. Dort geht es um die EEG-Umlage für Strom, der an Letztverbraucher geliefert wird – also auch um Graustrom und um Strom aus dem Ausland.

⁷⁴ EuGH vom 29.10.1980, C-139/79, Rs. 139/79, ab Rn. 22, *Maizena*.

⁷⁵ EuGH vom 07.02.1985, 240/83, juris *ADBHU*, ab Rn. 9.

⁷⁶ vertiefend hierzu *Vrana*, Interkonnektoren im Europäischen Binnenmarkt, EWeRK-Schriftenreihe, Band 46, 2012, passim

Man könnte folglich darüber nachdenken, ob sich der Geltungsbereich des EEG (§ 4), der sich auf Strom bezieht, der aus regenerativen Anlagen stammt, in § 60 Abs. 1 EEG widerspiegelt. Kann man, so lautet die Rechtsfrage, den **Geltungsbereich** des EEG, der anlagenspezifisch eingeschränkt ist, mit Blick auf die Finanzierung der EEG-Umlage erweitern? Die Frage ist deshalb von Bedeutung, weil der EuGH im Fall *Ålands*⁷⁷ entschieden hat, dass die Beschränkung des territorialen Anwendungsbereiches von Fördermaßnahmen auf den im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats erzeugten grünen Strom für alle Beteiligten **klar** und bestimmt, also vorhersehbar sein müsse. Dies gebiete der Grundsatz der *Rechtssicherheit*. Die Entscheidung darüber, ob das EEG 2014 diese Anforderungen erfülle, so der EuGH, seien vom jeweiligen nationalen Gericht zu beantworten. Dabei seien alle relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die sich aus Wortlaut, Zweck oder Aufbau der Regelung ergeben.⁷⁸

Hieraus folgt, dass zunächst einmal zu klären wäre, ob sich der Geltungsbereich des EEG (§ 4) tatsächlich auf Strom bezieht, der nicht aus geförderten Anlagen stammt. Die Regelung in § 60 Abs. 1 EEG ist jedenfalls widersprüchlich, da sie sich offenbar auch auf Strom bezieht, der außerhalb des Geltungsbereiches des EEG erzeugt wurde. Damit stellt sich die Frage, ob für alle Beteiligten tatsächlich klar und bestimmt und damit vorhersehbar ist, für welchen Strom in Deutschland die EEG-Umlage zu bezahlen ist. Verständlich wird § 4 EEG 2014 jedenfalls nur dann, wenn man den Wortlaut im Sinne des § 1 Nr. 3 Ausgleichsmechanismus-VO um den Satz ergänzt: „Im Hinblick auf die Aufbringung der EEG-Förderung erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes auf den gesamten, dem deutschen Netz entnommenen Strom.“

Geht man hiervon aus, so folgt daraus aber nicht, dass die EEG-Umlage eine Preisregelung ist, sondern nur, dass alle Letztverbraucher in Deutschland eine EEG-Umlage zahlen müssen. Aber selbst die Tatsache, dass die EEG-Umlage vom Letztverbraucher zu zahlen ist, ergibt sich nicht aus einer gesetzlichen Regelung im EEG 2014. Die Berechtigung, die EEG-Umlage beim Letztverbraucher zu erheben, ergibt sich vielmehr ausschließlich aus der Rechtsprechung des BGH.⁷⁹ Der BGH hat eine Vertragslücke angenommen und diese im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen. Es sei davon auszugehen, dass die Letztverbraucher die Kosten der EEG-Umlage zu tragen hätten.

Aus der Perspektive des Grundsatzes der *Rechtssicherheit*, den der EuGH entwickelt hat, ist es aber fraglich, ob die Betroffenen ihre Rechte und Pflichten (Zahlung der EEG-Umlage durch Letztverbraucher) eindeutig aus dem Gesetz erkennen können.⁸⁰ Zweifel hieran sind erlaubt, da das Gesetz diese Verpflichtung für den Letztverbraucher gerade nicht enthält und nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Letztverbraucher die Rechtsprechung des BGH kennt.

⁷⁷ EuGH vom 01.07.2014, C-573/12, juris, Rn. 120, 127.

⁷⁸ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 129 unter Hinweis auf C-256/07, EU: C: 2009: 167, Rn. 32, *Mitsui + Co./Deutschland*.

⁷⁹ Erstmals am 22.12.2002 – VIII ZR 90/02, ZNER 2004, 67, Rn. 19.

⁸⁰ So EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 128.

Die vom BGH angenommene in der EEG-Umlage liegende Preisregulierung könnte also bereits daran scheitern, dass der Geltungsbereich des EEG unklar ist und die Letztverbraucher aus dem EEG 2014 die Verpflichtung, die EEG-Umlage zahlen zu müssen, gar nicht entnehmen können. Schiebt man all diese Bedenken, die nach der Rechtsprechung des EuGH von nationalen Gerichten aber zu beachten sind, zur Seite, so folgt daraus nicht, dass die EEG-Umlage als Preisregulierung für die Letztverbraucher wirkt. Die Höhe der EEG-Umlage wird jährlich einmal durch die BNetzA festgelegt und ist für die stromintensive Industrie modifiziert. Damit erweist sich die EEG-Umlage als nur als ein Rechnungsposten des Gesamtstrompreises, den ein EVU bei der Preisfestsetzung gegenüber den Letztverbrauchern berücksichtigen kann – eine Rechtspflicht dazu besteht nicht. Schon diese Wahlmöglichkeit zeigt, dass es sich nicht um eine Preisregulierung für Strom, sondern eben nur um die Festsetzung der EEG-Umlage handeln kann.

An einer Preisregulierung fehlt es aber auch deshalb, weil **alle** Letztverbraucher verpflichtet sind, die EEG-Umlage zu zahlen. Sie können – anders als bei einer echten Preisregulierung – also nicht auf das Produkt verzichten, weil Ihnen der Preis zu hoch erscheint. Sie müssen, wenn sie Strom beziehen, die EEG-Umlage zahlen. Dass sie Strom beziehen müssen, ergibt sich aus der Energieabhängigkeit unseren heutigen Lebens. Strom ist, wie es das BVerfG im Kohlepennigbeschluss am 11.10.1994 formuliert hat, das „tägliche Brot“ der modernen Gesellschaft.⁸¹ Die EEG-Umlage reguliert folglich nicht den Strompreis, der sich aufgrund der verschiedenen Preiskomponenten im Wettbewerb, auf den verschiedenen Marktstufen, durchaus unterschiedlich gestaltet.⁸² Es handelt sich auch nicht um eine *Mengensteuerung*, denn der Gesetzgeber gibt dem Letztverbraucher nicht vor, in welchem Umfang er Strom verbrauchen soll. Der Gesetzgeber steuert folglich mit der EEG-Umlage keinen Marktprozess, sondern er schafft die rechtlichen Rahmenbedingungen für Angebot und Nachfrage und sorgt auf diese Weise für Verhaltensänderungen bei Anbietern und Verbrauchern. Es geht somit um einen flächendeckenden, staatlich gelenkten Mittelfluss, der aus öffentlich-rechtlichen Vergütungs- und Abnahmepflichten folgt.

Während eine typische Preis- und Mengenregulierung dafür sorgt, dass der Verbraucher Zugang zu knappen Gütern (z.B. zu lebenswichtigen Arzneimitteln) zu erschwinglichen Preisen erhält (Vermeidung des Ausbeutungsmisbrauchs: § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB), schafft die EEG-Umlage überhaupt erst Angebot und Nachfrage, die es ohne den gesetzgeberischen Eingriff in dieser Form nicht gäbe.

Der Gesetzgeber gibt die Art der Produkte (Grün-Strom) und die darauf bezogene Nachfrage**p**licht gesetzlich vor. Es entsteht der staatlich gelenkte Mittelfluss des EEG.

⁸¹ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2b.

⁸² Ein Blick auf die Internetplattform *verivox* und die tägliche Preisbindung an der EEX belegt dies.

Anders wäre es dann, wenn der Gesetzgeber zwischen einen Graustrommarkt und einem Grünstrommarkt unterscheiden würde, wie es *Pustlauk* vorgeschlagen hat.⁸³ Bei einem derartigen *zwei-Märkte-Modell* gäbe es tatsächlich die Möglichkeit für den Verbraucher entweder Graustrom oder aber Grünstrom zu beziehen. Der Gesetzgeber könnte nun den Preis für grünen Strom auf ein bestimmtes Höchstniveau herunterregulieren, um auf diese Weise für den Grünstromabsatz zu sorgen. Der Grünstrom wäre in diesem Modell folglich billiger als der Graustrom. In einem solchen Modell könnte man in der Tat von einer Preisregulierung des grünen Stroms sprechen. Würde der Gesetzgeber von den Graustromkunden eine Grünstromumlage einfordern, um diese an die Grünstromverbraucher abzugeben, so könnte man in der Tat von einer Preisregulierung sprechen (es würde sich um einen Höchstpreis für Grünstrom handeln).

Dieses Modell entspricht aber nicht dem deutschen EEG. Das EEG funktioniert völlig anders – es verzichtet auf eine Grünstromquote. Stattdessen erlaubt es den Grünstromanbietern den Strom (vorrangig) in das öffentliche Netz einzuspeisen und gewährt den Erzeugern eine für 20 Jahre lang garantierte (gestaffelte) Vergütung pro kWh. Der auf diese Weise produzierte Grünstrom wird an der Strombörse zu Marktpreisen angeboten. Erreicht der Marktpreis die vom Gesetzgeber garantierte Vergütung nicht, so wird die Differenz von den ÜNB an die Anlagenbetreiber ausgekehrt. Diese Differenz – als Durchschnitt! – wird auf den Letztverbraucher als EEG-Umlage gewälzt und zwar ganz unabhängig davon, ob er grauen oder grünen Strom bezieht. Die EEG-Umlage bewirkt folglich das EEG-Anlagen gebaut, der daraus resultierende Strom ins Netz aufgenommen und die daraus entstehenden Kosten im Ergebnis vom Letztverbraucher getragen werden (müssen).

Das ist keine Preisregulierung eines Gutes, das ein Verbraucher nachfragen oder auch nicht nachfragen kann, sondern es ist ein staatlich gelenkter Mittelfluss, der den Markt für Regenerative-Energie-Anlagen entstehen lässt und ihn zugleich auf den Schultern der Letztverbraucher, d.h. der Allgemeinheit, gegenfinanziert.

Die Annahme des BGH, es handele sich bei dieser Art der Finanzierung durch die EEG-Umlage um eine Preisregulierung ist somit fehlerhaft. Selbst dann also wenn man annehmen sollte, dass es sich bei der EEG-Umlage nicht um einen Abgabe im finanzverfassungsrechtlichen Sinne handelt, ändert dies nichts an der Tatsache, dass die EEG-Umlage kein Preismechanismus, sondern ein staatlich gelenkter Mittelfluss ist. Das Finanzierungsinstrument für staatlich gelenkte Mittelflüsse ist die **Steuer**, wie das BVerfG im Kohlepfennigbeschluss ausdrücklich festgestellt hat.⁸⁴

⁸³ *Pustlauk*, a.a.O., EWeRK 2014, 136ff..

⁸⁴ BVerfG, a.a.O., NJW 1995, 381 unter C II 2b.

3. Rechtsfolgen

Die finanzielle Förderung erneuerbarer Energien ist nach § 22 EEG 2014 jeweils für die Dauer von 20 Kalenderjahren zzgl. des Inbetriebnahmejahres der Anlage zu zahlen. Sollte das BVerfG der hier vertretenen Auffassung zustimmen, wonach das derzeitige Fördersystem des EEG in Wahrheit eine (verdeckte) Besteuerung beinhaltet, so sind die daraus resultierenden Rechtsfolgen für die Praxis von größter Bedeutung.⁸⁵ Die Diskussion zu dieser Frage wird den grundrechtlichen Vertrauensschutz, der spezieller ist als der rechtsstaatliche Vertrauensschutz, im Kern berühren.⁸⁶ Das BVerfG geht davon aus, dass die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) die Regeln über die (unechte) Rückwirkung verdrängt.⁸⁷ Geht man davon aus, dass die gesetzlich verbindliche Förderung (§ 22 EEG 2014) als Eigentumsposition im Sinne des Art. 14 GG qualifiziert werden kann – wofür viel spricht – so spricht sich *Sauer* für einen vergangenheitsbezogenen Vertrauensschutz aus.⁸⁸ Er weist aber auch – zutreffend darauf hin – dass bei der Abwägung Belange des Gemeinwohls zu berücksichtigen sind – insbesondere aber auch, dass die öffentliche Diskussion über die Verfassungswidrigkeit der EEG-Umlage und des gesamten EEG-Fördersystems bis heute nicht abgerissen ist. Vor allem hat das BVerfG wiederholt entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Neuordnung eines Rechtsgebietes nicht vor der Alternative stehe, die alten Rechtspositionen auf ewig zu konservieren; er dürfe im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 GG eine angemessene und zumutbare Überleitungsregelung vorsehen.⁸⁹ Das gleiche gilt aus der Perspektive des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.⁹⁰ Der Gesetzgeber ist dabei gehalten, durch Überleitungsvorschriften einen schonenden Übergang vom alten ins neue Recht zu ermöglichen.⁹¹

Vor diesem Hintergrund würde sich eine Änderung des EEG, wonach die bestehenden Vergütungsansprüche für die Zukunft abgesenkt oder aufgehoben würden, jedenfalls dann nicht als unangemessen erweisen, wenn für die Alt-Anlagenbetreiber eine vergleichbar zeitnahe *Amortisation* der Investitionskosten gewährleistet wäre.⁹²

⁸⁵ vertiefend *Sauer*, Das EEG und die Investitionssicherheit – inwieweit dürfen Alt-Anlagenbetreiber noch auf die gegenwärtigen Einspeisevergütungen vertrauen?, EWeRK 2012, 211ff..

⁸⁶ *Sauer*, a.a.O., EWeRK 2012, 212.

⁸⁷ std. Rspr. seit BVerfGE vom 15.01.1974, 1 BvL 5/70, 36, 281, 293 zuletzt BVerfGE vom 27.02.2007, 1 BvL 10/00, 117, 272, 294; *Papier*, REE 2012, 1, 4.

⁸⁸ *Sauer*, a.a.O., EWeRK 2012, 211, 215ff..

⁸⁹ BVerfGE vom 15.01.1974, 1 BvL 5/70, 36, 281, 293; BVerfGE vom 15.07.1981, 1 BvL 77/78, 58, 300, 305f..

⁹⁰ *Sauer*, a.a.O., EWeRK 2012, 211, 217 unter Hinweis *Jarass* in: *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 20, Rn. 76.

⁹¹ BVerfGE vom 10.03.1980, 1 BvL 9/72, 53, 336, 351; BVerfGE vom 06.11.1982, 1 BvL 22/83, 71, 137, 144f; BVerfGE 15.10.1996, 1 BvL 44/92, 95, 64, 86ff..

⁹² so *Sauer*, a.a.O., EWeRK 2012, 211, 217; a.A. *Lehnert* in: *Altrock/ Oschmann/ Theobald*, EEG, 3. Aufl. 2012, § 21, Rn. 56; *Klinski*, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage, 2009, 29.

a) Amortisationsklausel

Der Hinweis von *Sauer* auf eine *Amortisationsklausel* ist verfassungsrechtlich beachtlich, weil das EEG insoweit einen strukturellen Konstruktionsfehler aufweist. Es fehlt eine Deckelung, die verhindert, dass die mit der finanziellen Förderung verbundenen Anreizwirkungen über ihr Ziel hinausschießen und *windfall-profits* bei den Betreibern der EEG-Anlagen verursachen. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber die finanzielle Förderung für EE-Anlagen zunächst einmal verankern muss, um einen entsprechenden Investitionsanreiz zu geben. Da allerdings niemand vorhersehen kann, in welchem Umfang sich Zinsen für Eigen- und Fremdkapital und die Aufwendungen für Reparaturen der EE-Anlagen entwickeln und verändern, kann es sein, dass die vom Gesetzgeber verbindlich garantierten Fördersätze den Betreibern einer EE-Anlage eine Eigenkapitalverzinsung zuweisen, für die es keinerlei Sachgrund gibt.

Wenn der Gesetzgeber bei der Festlegung der Fördersätze beispielsweise von bestimmten Stahlpreisen pro Tonne ausgegangen ist und diese Preise in den Jahren danach erheblich fallen, erzielen die Windkraftbetreiber erhebliche *windfall-profits*, für die es keinen Sachgrund gibt. Bei PV-Anlagen wird in der Literatur auf eine strukturelle *Überförderung* hingewiesen.⁹³ So haben die Investoren in PV-Anlagen in den Jahren 2009 bis 2011 eine Eigenkapitalrendite von 30- bis teilweise 50% jährlich erzielt, während Eigenkapitalrenditen auf Wettbewerbsmärkten derzeit zwischen 12- bis 15% schwanken. Das bedeutet, Investoren, die das volle wirtschaftliche Risiko tragen, erreichen deutlich niedrigere Eigenkapitalverzinsungen als dies auf staatlich geförderten Märkten für erneuerbare Energien der Fall ist.⁹⁴ Eine derart weit oberhalb des Marktniveaus liegende Eigenkapitalverzinsung wirft die Frage nach der Zulässigkeit der *Überförderung* zu Lasten der Letztverbraucher auf.

In einem anreizorientierten Gesetz, wie dem EEG, muss als Strukturbaustein eine *Amortisationsklausel* enthalten sein, da niemand wissen kann, wann und in welchem Umfang sich die Investitionen innerhalb von 20 Jahren amortisiert haben werden. Dieses strukturelle Defizit ist auch rückwirkend zu beseitigen, da das Rechtsstaatsprinzip und das mit ihm eng verbundene Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) für keinen Investor ein Vertrauen auf eine *Überförderung* zulässt. Ein solches Vertrauen wäre nicht schutzwürdig, da Belastungen, die durch Gesetz der Gesamtheit aller Bürger/innen auferlegt werden, geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen. Das BVerfG hat zudem mehrfach entschieden, dass ein *unbegrenztes, subjektives Anspruchsdenken* auf Kosten der Allgemeinheit auch mit dem Sozialstaatsgedanken unvereinbar sei.⁹⁵

⁹³ *Haucap/ Kühling/ Klein*, Marktintegration der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, Wirtschafts- und Rechtswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr vom 10.09.2012, ab. S. 33.

⁹⁴ *Andor/ Frondel/ Sendler*, Photovoltaik-Anlagen in Deutschland – Ausgestattet mit der Lizenz zum Gelddrucken?, *ZEnergiewirtschaft* (2015), 39: 253, 259ff..

⁹⁵ BVerfG vom 18.07.1972, 1 BvL 32/70, NJW 1972, 1564 m.w.M.; weiterführend *Roth-Stilow*, Verträge, unerlaubte Handlung und Sozialstaatsprinzip, JR 1973, 185, 187ff..

In der Literatur weist *Stefan Klinski* darauf hin, dass eine nachträgliche Senkung der EEG-Vergütung für die Betroffenen jedenfalls dann zumutbar ist, wenn sich (im Nachhinein) herausstellt, dass die Vergütungshöhe auffällig oberhalb desjenigen Bereichs liegt, der erforderlich ist, um die Wirtschaftlichkeit der betreffenden Anlage sicherzustellen und aufrecht zu erhalten.⁹⁶ Im Zusammenhang mit dem Anlagenbegriff (§ 3 Abs. 2 EEG 2014) hat das BVerfG am 18.02.2009 darauf hingewiesen, dass es unternehmerisch nicht zulässig sei, eine einheitliche Großanlage nur deshalb in eine Vielzahl von Kleinanlagen zu zerlegen, um auf diese Weise erhöhte Einspeisevergütungen zu erzielen.⁹⁷ Die Vorstellung, dass der Gesetzgeber die Privilegierung einer bestimmten *Umgehungskonzeption* beabsichtigt oder zumindest in Kauf genommen haben sollte, erscheine, so das BVerfG schwer nachvollziehbar.⁹⁸ Die schutzwürdigen Interessen der Anlagenbetreiber und die Belange des Gemeinwohls müssten unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden.⁹⁹

b) Marktfähigkeit

Darüberhinaus ist aus der Perspektive der Rechtsfolgen zu beachten, dass eine Förderung jedenfalls dann nicht mehr erfolgen darf, wenn die Erzeugung längst *marktfähig* möglich ist. Marktfähigkeit bedeutet, dass der Betreiber beispielsweise eines Windparks nicht mehr auf eine finanzielle Förderung durch das EEG angewiesen ist, weil er den von ihm erzeugten Strom zu auskömmlichen Marktpreisen entweder über die Börse (EEX) oder over-the-counter (OTC) vermarkten kann. Die Marktfähigkeit ist immer dann erreicht, wenn er für die erzeugte kWh mindestens die, seine Kosten und einen angemessenen Gewinn deckenden, *Grenzkosten* erwirtschaften kann.¹⁰⁰ Die finanzielle Förderung einer marktfähigen Erzeugungsart verstößt gegen das *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, weil eine solche Förderung nicht mehr erforderlich und als Folge hiervon auch nicht mehr geeignet ist, den Förderzweck zu erreichen, denn dieser ist schon als Folge der Marktfähigkeit der Erzeugungsanlage erreicht. Werden Anlagen, die sich im Wettbewerb als marktfähig erweisen, dennoch gefördert, so läge hierin zugleich eine unzulässige Beihilfe (Artt. 107, 108 AEUV) und ein Verstoß gegen das Prinzip des freien, unverfälschten Wettbewerbs (Artt. 119, 120 AEUV).¹⁰¹ Ein nationales Gesetz, wie das EEG muss folglich eine Klausel enthalten, wonach die vorrangige Abnahme und die finanzielle Förderung grünen Stroms jedenfalls in dem Augenblick beendet wird, in dem sich herausstellt, dass die Energie innerhalb dieser Erzeugungsart marktfähig erzeugt werden kann.

⁹⁶ *Klinski*, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage (Rechtsgutachten im Auftrag des BMU vom 08.05.2005, S. 30 unter 5.1).

⁹⁷ BVerfG vom 18.02.2009, 1 BVerR 3076/08 = RdE 2009, 218.

⁹⁸ BVerfG, a.a.O., Rn. 53.

⁹⁹ BVerfG, a.a.O., Rn. 56, m.w.N – ständige Rechtsprechung seit BVerfG 21, 150, 155, zuletzt 117, 272, 294; vertiefend *Kemmerer*, Privatisierung, 2001, 249.

¹⁰⁰ zum Grenzkostenprinzip *Schwintowski*, Grenzkosten als Preisbildungsmechanismus auf staatlich regulierten Energiemärkten, EWeRK 2015, 5, 117, 118.

¹⁰¹ der EuGH hat mehrfach entschieden, dass das Prinzip des freien und unverfälschten Wettbewerbs als Rechtsprinzip die Nationalstaaten bindet, 29.10.1980, C-139/79, Rs. 139/79, ab Rn. 22, *Maizena*. EuGH, vom 07.02.1985, 240/83, juris ADBHU Rn. 9.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Anlage um die es geht, *amortisiert* ist. Das Gesetz muss folglich einen Mechanismus enthalten, der den Begriff *Marktfähigkeit* (Produktion mindestens zu Grenzkosten) definiert und eine Methodik vorsieht, die es erlaubt, die Marktfähigkeit von EEG-Anlagen innerhalb bestimmter Zeiträume zu untersuchen, um zu überprüfen, ob die Weiterförderung weiterhin legitimiert ist. Eine solche *Marktfähigkeitsklausel* enthält das EEG nicht. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass bestimmte Arten von erneuerbaren Energien längst marktfähig produzieren – möglicherweise auf Vergleichsmärkten in anderen Ländern – während im EEG-System diese Energieart immer noch gefördert wird.¹⁰² Auf der Grundlage der vorstehenden Analyse kann das BVerfG das gesamte EEG-System und Teile daraus mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder für nichtig erklären (§§ 31 Abs. 2, 78, 95 Abs. 3 BVerfGG). Mit Blick auf die EEG-Umlage liegt eine Erklärung der Unvereinbarkeit, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regeln (§ 35 BVerfGG) nahe, sodass der Gesetzgeber die Möglichkeit hätte, das gesamte EEG in ein **steuerfinanziertes** System umzubauen – die Stromsteuer als Modell liegt auf dem Tisch.

c) Grundsatz der Rechtssicherheit

Darüberhinaus ist nach der Rechtsprechung des EuGH der Grundsatz der Rechtssicherheit *zu beachten*¹⁰³. Die Beschränkung des territorialen Anwendungsbereichs von Fördermaßnahmen auf den im Hoheitsgebiet betreffenden Mitgliedstaats (hier Deutschland) erzeugten grünen Stroms müsse für alle Beteiligten klar und bestimmt, d.h. vorhersehbar sein. Die Betroffenen müssten den Umfang der ihnen auferlegten Verpflichtungen genau kennen können, um sich auf diese Weise auf ihre Rechte und Pflichten einstellen zu können. Diesen Anforderungen genügt das EEG 2014 nicht. Während der Geltungsbereich des EEG (§ 4) Anlagen, die grünen Strom im Bundesgebiet und der ausschließlichen Wirtschaftszone erzeugen, umfasst, soll die EEG-Umlage sich auch auf Strom beziehen, der außerhalb des Geltungsbereiches des EEG erzeugt worden ist. Außerdem enthält das EEG 2014 keine Verpflichtung der Letztverbraucher die EEG-Umlage zahlen zu müssen. Damit erweist sich das EEG 2014 in zwei grundlegenden Fragen als unklar und widersprüchlich.

Es lässt gerade nicht erkennen, dass die EEG-Umlage für den gesamten dem deutschen Stromnetz entnommenen Strom von allen Letztverbrauchern gezahlt werden soll. Damit verletzt das EEG 2014 das Prinzip der *Rechtssicherheit* und zugleich den auch im deutschen Verfassungsrecht anerkannten Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit von Gesetzen.¹⁰⁴

¹⁰² bedenkt man, dass die Eigenkapitalrendite für bestimmte EE-Anlagen im Zeitraum 2009 bis 2011 bei über 50% lag und im Durchschnitt über 30% erreichte, so könnte die Marktfähigkeit dieser Anlagen längst erreicht sein, vertiefend *Andor/ Frondel/ Sendler*, Photovoltaik-Anlagen in Deutschland – Ausgestattet mit der Lizenz zum Gelddrucken? ZEnergiewirtschaft (2015), 39: 253, 259ff..

¹⁰³ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 120, 127.

¹⁰⁴ VG Frankfurt a.M. vom 24.10.2011 – 9 K 195/11. F, m.w.N.; BVerfG vom 26.07.2005 – I BvR 80/95, NJW 2005, 2376.

IV. Die EEG-Umlage aus europarechtlicher Perspektive

Nationale Strommarktregulierungen sind stets im Lichte des Europarechts zu bewerten, das gewissermaßen als „externe Grenze“ für die mitgliedstaatliche Energiepolitik fungiert.¹⁰⁵ Eine umfassende Kompetenz zur Harmonisierung des Rechts für erneuerbare Energien im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV), also einem Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist, enthält der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nicht. Art. 194 AEUV erlaubt es zwar der Kommission einen *Rahmen* für die europäische Energiepolitik zu entwickeln. Allerdings darf dieser Rahmen nicht das Recht eines Mitgliedstaats berühren, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen, seine Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung zu bestimmen (Art. 194 Abs. 2 AEUV). Dies ist der Grund, warum der EuGH in der Rechtssache *Ålands* am 01.07.2014 erklärt hat, dass es auf der Ebene des Unionsrecht keine Harmonisierung der nationalen Regelungen zur Förderung grünen Stroms gäbe; es stehe den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, durch solche Regelungen nur die in ihrem Hoheitsgebiet stattfindende Erzeugung von grünem Strom zu fördern.¹⁰⁶

Die Gemeinschaft hat aber eine Rahmenrichtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen am 23.04.2009 erlassen.¹⁰⁷ Die Richtlinie erlaubt es (Art. 2 Abs. 2k) Förderregelungen zur Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu entwickeln, sodass die Kosten dieser Energie gesenkt werden, ihr Verkaufspreis erhöht wird oder ihre Absatzmenge durch eine Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie oder auf andere Weise gesteigert wird. Dazu zählen u.a. Investitionsbeihilfen, Steuerbefreiungen oder –erleichterungen, Steuererstattungen, Förderregelungen, die zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen verpflichten, einschließlich solcher, bei denen grüne Zertifikate verwendet werden, sowie direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarife und Prämienzahlungen (Art. 2 Abs. 2k).

Darüberhinaus haben die Mitgliedstaaten das Recht, unbeschadet der Artt. 107, 108 AEUV, zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen (Art. 3 Abs. 3). Das Europäische Beihilferecht Artt. 107, 108 AEUV steht folglich neben der RL 2009/28. Das ist auch sachlogisch, denn sekundäres Richtlinienrecht kann das geltende Primärrecht nicht verdrängen.

¹⁰⁵ Kommission-Mitteilung vom 15.11.2012 – KOM (2012) 663 endg., Ein funktionierender Energiebinnenmarkt, S. 17f.

¹⁰⁶ EuGH vom 01.07.2014 Rs C – 573/12, Rn. 94 *Ålands*; dazu *Gundel*, RdE 2014, 387ff.; *Ortlieb*, EWeRK 2014, 297ff..

¹⁰⁷ die Richtlinie trat am 25.06.2009 in Kraft und musste bis zum 15.12.2010 in nationales Recht umgesetzt werden. Durch sie wurde die Richtlinie 2001/77/EG vom 27.09.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. L 283, S. 33) mit Wirkung 01.01.2012 aufgehoben.

Deshalb werden die nationalen Systeme zur Förderung erneuerbarer Energien regelmäßig daraufhin überprüft, ob es sich bei ihnen um möglicherweise verbotene Beihilfen handelt. Daneben steht die Frage, ob die Förderung, insbesondere ihre Beschränkung auf nationale Erzeuger, mit der *Warenverkehrsfreiheit* zu vereinbaren ist (Artt. 34, 36 AEUV). Außerdem wird geprüft, ob etwaige Abgaben, die mit dem Fördersystem verbunden sind, EU-ausländische Anbieter möglicherweise diskriminieren (Artt. 30, 110 AEUV).

1. Das EEG 2014 aus beihilferechtlicher Perspektive

Am 23.07.2014 hat die Kommission im Rahmen eines Notifizierungsverfahrens (Art. 108 AEUV) das EEG 2014 für mit dem Beihilferecht (Art. 107 AEUV) vereinbar erklärt.¹⁰⁸ Die Kommission kommt zu dem Ergebnis (Rn. 218), dass das EEG-Fördersystem aus staatlichen Mitteln finanziert wird und deshalb als Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen ist. Sie ist aber der Auffassung, dass das EEG-Fördersystem mit Art. 107 Abs. 3c AEUV als Beihilfe zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige zu vereinbaren ist.¹⁰⁹

Das EEG 2014 sei auch aus der Perspektive der Artt. 30, 110 AEUV (parafiskalische Abgaben) mit dem Vertrag vereinbar, weil § 2 Abs. 5 EEG 2014 vorsehe, dass die finanzielle Förderung und ihre Höhe bis spätestens 2017 durch Ausschreibungen ermittelt werden. In § 2 Abs. 6 EEG 2014 sei vorgesehen, dass Ausschreibungen in einem Umfang von mindestens 5% der jährlich neu installierten Leistung europaweit erfolgen, sofern eine völkerrechtliche Vereinbarung vorläge, die Förderung nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit erfolge und der physikalische Import des Stroms nachgewiesen werden könne. Darüberhinaus geht die Kommission davon aus, dass ihre beihilferechtliche Entscheidung mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) vereinbar ist.¹¹⁰ Die Freistellung ist auf zehn Jahre befristet.¹¹¹

Vorausgegangen war ein förmliches Beihilfeverfahren, das die Kommission am 18.12.2013 gegen das EEG 2012 eröffnet hatte.¹¹² Die damals erstmals begründete Auffassung, wonach das EEG-Fördersystem *aus staatlichen Mitteln* stamme und deshalb tatbestandlich eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sei, bestätigte die Kommission in der Endentscheidung zum EEG 2012.¹¹³ An dieser Auffassung hat sich auch im Beschluss der Kommission zum EEG 2014 nichts geändert. Gegen die Entscheidung der Kommission vom 25.11.2014 (Beihilferechtlidrigkeit des EEG 2012 einschließlich der besonderen Ausgleichsregelung für energieintensive Unternehmen) hat die Bundesrepublik beim EuGH Nichtigkeitsklage erhoben. Eine Entscheidung des EuGH steht bisher aus.¹¹⁴

¹⁰⁸ C (2014) 5081 final – SA. 38632 (2014/N).

¹⁰⁹ Entscheidung S. 79 unter Ziff. 5 (Conclusion).

¹¹⁰ ab Rn. 338.

¹¹¹ Rn. 340.

¹¹² C (2013) 4424 final – SA. 33995 (2013/C) (ex 2013/NN).

¹¹³ vom 25.11.2014 C (2014) 8786 final – SA. 33995 (2013/C) (ex 2013/NN).

¹¹⁴ Das Verfahren ist anhängig unter Rs T – 47/15.

Parallel zum Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 veröffentlichte die Kommission den Entwurf neuer Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen (EEAG 2014) – die endgültige Fassung wurde am 09.04.2014 veröffentlicht.¹¹⁵ Die Rechtfertigung des EEG 2014 nach Art. 107 Abs. 3c AEUV stützte die Kommission auf diese Leitlinien.¹¹⁶ Die Leitlinien sind Bestandteil des „State-Aid-Modernisation“-Projektes (SAM) der Kommission und erweitern die bisherigen horizontalen Umweltbeihilfen um den sektoralen Energiemarkt.¹¹⁷

Die Kommission bejaht den Beihilfecharakter des EEG-Fördersystems (sowohl 2012 als auch 2014). Es handele sich bei diesem System um „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Das Fördersystem des EEG 2012/2014 unterscheide sich grundlegend von demjenigen, um das es im Urteil vom 13.03.2001 in Sachen *PreußenElektra* gegangen sei.¹¹⁸ In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH betont die Kommission, dass die private Natur der Mittel und die private Natur der abwickelnden Einrichtung noch nicht dazu geeignet seien, die Staatlichkeit im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu verneinen.¹¹⁹ Durch den Begriff *aus staatlichen Mitteln* sollen nicht nur Vorteile erfasst werden, die der Staat *unmittelbar* gewährt, sondern auch solche, die durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegulierung errichtete oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.¹²⁰ Weiterhin hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 107 Abs. 1 AEUV sämtliche Geldmittel erfasse, die die öffentlichen Stellen tatsächlich zur Unterstützung der Unternehmen verwenden könnten, ohne dass es darauf ankomme, dass diese Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehörten.¹²¹ Es genüge der Umstand, dass sie ständig unter *staatlicher Kontrolle* und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stünden, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden könnten.¹²²

¹¹⁵ http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/eeag_en.pdf.

¹¹⁶ Kommission Mitteilung vom 28.06.2014 – ABl. C/200/01 endg., Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014; gebräuchlich abgekürzt EEAG (Environment Energy Aid Guidelines).

¹¹⁷ vertiefend *Soltész*, Das neue Europäische Beihilferecht, NJW 2014, 2128; *Frenz*, Erneuerbare Energien in den neuen EU-Umwelt- und Energiebeihilferichtlinien, ZNER 2014, 345ff..

¹¹⁸ EuGH vom 13.03.2001 C- 379/98, Slg. 2001 I – 2099.

¹¹⁹ Kommission vom 23.07.2014 – C – 2014/5081, Rn. 179; aus neuester Zeit EuGH 19.12.2013 – 262/12 – juris *Vont De Colère!*.

¹²⁰ EuGH vom 22.03.1977 – 78/76, Slg. 1977, 595, Rn. 21, *Steinike/ Weinlig*; EuGH vom 17.03.1993, C – 72/91 und C – 73/91 Slg. 1993, I – 887, Rn. 18, *Sloman Neptun*; früher bereits EuGH vom 02.07.1974, 173/73, Slg. 1074, 709, Rn. 16, *Italien/ Kommission* sowie EuGH vom 11.11.1987, 259/85, Slg. 1987, 4393, *Frankreich/ Kommission*, wonach auch eine *parafiskalische Abgabe* nicht genügt, um der Regelung den Charakter einer staatlichen Beihilfe zu nehmen; so auch EuGH vom 30.05.2013 C – 677/11 – noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht – Rn. 25, *Doux Élevage*.

¹²¹ EuGH vom 19.12.2013 C – 262/12, juris Rn. 21, *Vont De Colère!*.

¹²² EuGH vom 19.12.2013 C – 262/12, juris Rn. 21, *Vont De Colère!* unter Hinweis auf EuGH vom 16.05.2002 C – 482/99 Slg. 2002 I – 4397 Rn. 37, *Frankreich/ Kommission*; EuGH vom 30.05.2013 C- 677/11 – noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht – Rn. 35, *Doux Élevage*; EuGH vom 17.07.2008 C – 206/06, Slg. 2008 I – 5497, Rn. 70, *Essent*.

Hiervon ausgehend schlussfolgert die Kommission, dass Subventionen, die durch staatlich auferlegte *parafiskalische Abgaben* finanziert würden, auch dann auf staatliche Mittel schließen ließen, wenn ihre Verwaltung nicht durch öffentliche Stellen erfolgte.¹²³ Der Gerichtshof habe, so die Kommission weiter, staatliche Mittel nur unter sehr speziellen Umständen ausgeschlossen, wie etwa in der Rechtssache *PreußenElektra*. Hintergrund war, dass das damals geltende Stromeinspeisegesetz in der Fassung von 1998, sich darauf beschränkte, EVU und vorgelagerte Stromnetzbetreiber unmittelbar zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien zu einem festgelegten Preis zu verpflichten, ohne dass es einer die Zahlungsflüsse verwaltenden Einrichtung bedurfte.

Es gab keine staatlich auferlegte Umlage, sodass auch niemand ernannt werden musste, um eine solche Umlage und die dementsprechenden Finanzflüsse zu verwalten.¹²⁴ Im EEG 2012 (ebenso EEG 2014) seien demgegenüber die ÜNB zum Dreh- und Angelpunkt des gesamten Mechanismus geworden, der so konzipiert wurde, dass sich damit die Förderung der Erzeuger von EE-Strom finanzieren lasse.¹²⁵ Angesichts der zahlreichen Aufgaben, die den ÜNB durch das EEG 2012 (ebenso 2014) übertragen wurden, kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die ÜNB vom Staat mit der Verwaltung der EEG-Umlage beauftragt wurden.¹²⁶ Darüberhinaus würden die ÜNB bei der Verwaltung der EEG-Umlage vom Staat überwacht werden.¹²⁷ Schließlich könne die BNetzA auch Beschlüsse fassen und Geldbußen verhängen und die Höhe der EEG-Umlage festsetzen.¹²⁸

Im Ergebnis hält die Kommission fest, dass der Staat die Verwaltung der EEG-Umlage kontrolliere, steuere und beeinflusse.¹²⁹ Der Staat interveniere sowohl auf der Ebene des Vorteils (Einspeisevergütung) als auch auf der Ebene seiner Finanzierung (des gesamten Mechanismus der EEG-Umlage).

Der Staat habe nicht nur definiert, wem der Vorteil gewährt werden solle, welche Förderkriterien gelten und wie hoch die Förderung ausfalle, sondern er habe auch die finanziellen Mittel zur Deckung der Kosten bereitgestellt. Anders als in der Rechtssache *Doux Élevage* stamme die EEG-Umlage vom Staat – sie sei keine private Initiative der ÜNB. Der Staat habe Ziel und Zweck der Umlage definiert: sie diene der Finanzierung einer vom Staat ausgearbeiteten Förderpolitik und nicht einer von den ÜNB beschlossenen Aktion. Den ÜNB stehe es nicht frei, die Umlage nach ihrem Ermessen festzulegen, sie würden vielmehr streng dabei überwacht, wie sie die Umlage berechnen, erheben und verwalten.

¹²³ Kommission vom 18.12.2013 C (2013) 4424 final, Rn. 92.

¹²⁴ Kommission, a.a.O., Rn. 93.

¹²⁵ Kommission, a.a.O., Rn. 104.

¹²⁶ Kommission, a.a.O., Rn. 104 – die Begründung im Einzelnen folgt dann ab Rn. 105 bis 109.

¹²⁷ Kommission, a.a.O., Rn. 110 – die Begründung folgt ab Rn. 111.

¹²⁸ Kommission, a.a.O., Rn. 113.

¹²⁹ Kommission, a.a.O., Rn. 137.

Auch die Vermarktung des EEG-Stroms sei Gegenstand der Überwachung durch den Staat. Die Bestimmungen über die Festsetzung der EEG-Umlage stellten sicher, dass die Umlage für genügend finanzielle Deckung Sorge, um die Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien und Grubengas, sowie die Kosten für die Verwaltung des Systems bezahlen zu können. Mehr sei nicht möglich.

Die ÜNB könnten die EEG-Umlage nicht zur Finanzierung anderweitiger Tätigkeiten nutzen – die Finanzflüsse seien über separate Bankkonten abzubilden.¹³⁰ Ob der EuGH diesen Überlegungen der Kommission folgen wird, ist zur Zeit offen – die Bundesrepublik hat gegen das EEG 2012 Nichtigkeitsklage erhoben – eine Entscheidung steht aus.¹³¹ Sollte der EuGH im Sinne der Kommission entscheiden, so hätte dies nicht unbeachtliche Rückwirkungen auf die Beurteilung des EEG-Fördersystems aus finanzverfassungsrechtlicher Perspektive.

Es stünde dann – jedenfalls aus der Perspektive des vorrangigen europäischen Rechts fest, dass das EEG-Fördersystem eine finanzielle Unterstützung *aus staatlichen Mitteln* gewähren würde. Dies würde den oben entwickelten Standpunkt stärken, wonach es sich bei diesem Fördersystem nicht um eine Preis- und Mengenregulierung im Verhältnis zwischen den EVU und den Letztverbrauchern handelt, sondern um *staatliche Mittel*, die flächendeckend von allen letztverbrauchenden Stromkunden erhoben werden – also um eine **Steuer**.

Hiervon abgesehen wird in der Literatur über die Frage diskutiert, ob die Kommission durch *Überdehnung* des beihilferechtlichen Kriteriums der *staatlichen Mittel* Einfluss auf Sachgebiete nimmt, für die sie keine oder nur eine sehr begrenzte Kompetenz besitzt.¹³²

Die Bundesregierung hat jedenfalls in ihrer Mitteilung an die europäische Kommission vom 20.01.2014¹³³ erklärt, dass die Kommission die Nuancierung zwischen exekutiven Eingriffsbefugnissen, reinen Kontrollbefugnissen oder genuiner allgemeiner Gesetzgebungstätigkeit in ihrem Eröffnungsbeschluss verkannt habe.¹³⁴ Die Kommission habe offensichtlich exekutive Kontrolltätigkeit mit der Gesetzgebungstätigkeit des Staates vermengt.¹³⁵

¹³⁰ Kommission, a.a.O., Rn. 137.

¹³¹ Anhängig unter Rs. T – 47/15.

¹³² *Fuchs/Peters*, Die Europäische Kommission und die Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland, RdE 2014, 409, 414; *Eckhardt*, Energiewende und EU-Beihilferecht: EEG-Förderung, EEG-Ausnahmen, Atomrecht, Energiesteuern, EurUP, 2013, 197, 201; *Frenz/Lülsdorf*, Aktuelles Kartellverfahrensrecht, EWS 2013, 169; ähnlich auch *Germelmann*, Beihilferechtliche Rahmenvorgaben für staatliche Umlagesysteme – neue Konturen für das Kriterium der staatlichen Mittel?, EWS 2013, 161, 168.

¹³³ ab S. 26ff..

¹³⁴ a.a.O., S. 42f..

¹³⁵ a.a.O., S. 42f..

Letztlich steht der Vorwurf im Raum, dass die Kommission über die *Hintertür* des Beihilferechts eine allgemeine Zuständigkeit für regulatorische Maßnahmen der Mitgliedstaaten etablieren wolle, um Einfluss auf die Energiepolitik der Mitgliedstaaten zu nehmen, um so bestehende Defizite im Binnenmarktprozess zu kompensieren.¹³⁶

Licht ins Dunkel wird erst die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik nach Artt, 263, 264 AEUV geben.¹³⁷ Der Vorwurf lautet, dass die Kommission „die Rolle des Staates als Gesetzgeber und als Träger von Aufsichtsbehörden verkannt und hieraus unrichtigerweise eine Kontrollsituation“ abgeleitet habe. Daneben habe die Kommission Art. 107 Abs. 1 AEUV auch insoweit rechtsfehlerhaft angewendet, als sie eine Kontrolle staatlicher Stellen über das Vermögen der verschiedenen am System des Gesetzes über den Vorhang erneuerbarer Energien beteiligter Privatunternehmen angenommen habe“.¹³⁸

Umgekehrt lässt sich aber kaum wegdiskutieren, dass die Bundesrepublik mit Hilfe der EEG-Umlage die *Energiewende* finanziert, eine Aufgabe, die alle Bürger/innen gleichermaßen betrifft, also gemeinwohlorientiert ist, und wirtschaftlich die *Steuerlast* aller letztverbrauchenden Stromkunden erhöht.¹³⁹ Letztlich steht hinter dieser Auseinandersetzung in der Literatur die Frage, ob die mangelnde Binnenmarktcompetenz im Energiesektor (Art. 194 Abs. 2 AEUV) über das primärrechtliche Beihilferecht einerseits, aber auch über die primärrechtliche Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) andererseits und die abgabenorientierten Artt. 30, 110 AEUV tendenziell überwunden werden darf.

¹³⁶ so *Riewe*, Versorgungssicherheit durch Kapazitätsmechanismen – eine ökonomisch-juristische Analyse – noch unveröffentlichte Dissertation der Humboldt-Universität zu Berlin, 2015, Manuskript S. 406 unter Hinweis auf *Kale*, Die beihilferechtliche Genehmigung des EEG durch die Europäische Kommission – Eine kritische Würdigung, NVwZ 2014, 1563, 1565f.; *Fuchs/Peters*, a.a.O., RdE 2014, S. 409, 414f.; *Burgi/Wolff*, Der Beihilfebegriff als fortbestehende Grenze einer EU-Energieumweltpolitik durch Exekutivhandeln, EuZW 2014, 647, 652f.; *Soltész/Köckritz*, Das EEG im Fokus des Beihilferechts, in: *Mönch/Dannecker/Ruttloff*, Beiträge zum neuen EEG 2014, (2014), S. 35, 37 und 49ff.; a.A. *Ludwigs*, EEG-Umlage und EU-Beihilferecht, REE, 2014, 65ff.; *Säcker/Schmitz*, Die Staatlichkeit der Mittel im Beihilferecht, NZKart, 2014, 202, 206; *Graf von Kielmansegg*, Erneuerbare Energien und Europäisches Beihilferecht: zum Beihilfecharakter der EEG-Umlage, GewArch Beil. WiVerw Nr. 02/2014, 103, 110.

¹³⁷ anhängig unter der Rechtssache T-47/15.

¹³⁸ zitiert nach *Riewe*, a.a.O., Manuskript S. 407, FN, 2096.

¹³⁹ ähnlich *Monopolkommission*, Hauptgutachten XVII (2006/2007), Kap. VI: Der more-economic-approach in der europäischen Beihilfekontrolle, BT-Drucks. 16, 10104, 347; a.A. *Nettesheim*, EU-Beihilferecht und nicht fiskalische Finanzierungsmechanismen, NJW 2014, 1847, 1852; *Schroeder*, EU-Beihilfeverbot und Staatlichkeit der Mittel, EuZW 2015, 207, 212.

Grundsätzlich gilt, dass sich primärrechtliche Verbote deshalb durchsetzen, weil sie die Funktionsfähigkeit des europäischen Binnenmarktes eröffnen. Hiervon ausgehend stehen die sektorspezifischen Kompetenzen, zu denen auch die Energiemärkte rechnen, unter dem Primat der eindeutig im Vertrag angelegten Verbote, sodass jedenfalls Beihilfen, die geeignet sind den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, auch dann verboten sind und bleiben, wenn sie einen Sektor betreffen, für den die Binnenmarktcompetenz der Europäischen Kommission nur als Rahmenkompetenz (Art. 194 Abs. 1 AEUV) besteht.

Jede andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass die alle Lebensbereiche erfassenden primärrechtlichen Verbote des AEUV unter der Einschränkung der sektorspezifischen Kompetenzgrenzen stünden, wofür weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck der primärrechtlichen Verbote irgendeinen sachlich begründbaren Hinweis geben.

2. Das EEG 2014 aus der Perspektive von Artt. 30/ 110 AEUV

Nach Art. 30 AEUV sind Ein- und Ausfuhrzölle oder Abgaben in gleicher Wirkung (z.B. parafiskalische Abgaben) zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Art. 110 AEUV konkretisiert und stellt klar, dass Mitgliedstaaten auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten (z.B. grünen Strom) weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben gleich welcher Art erheben, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben. Die aus diesen Verboten resultierende Frage lautet, ob der EEG-Umlage möglicherweise deshalb eine diskriminierende Wirkung zukommt, weil ausländischer grüner Strom mit dieser Umlage genauso belastet wird wie inländischer, während umgekehrt der ausländische Grünstromerzeuger an der finanziellen Förderung nicht teilnimmt (§ 4 EEG). In der Literatur wird deshalb darauf hingewiesen, dass eingeführter, erneuerbarer Strom (z.B. aus Österreich) aufgrund seiner Herkunft durch die Erhebung der EEG-Umlage **versteckt diskriminiert** wird.¹⁴⁰

Folglich müsste importierter, erneuerbarer Strom von der EEG-Umlage ausgenommen werden, um die Diskriminierung nach Art. 110 AEUV zu vermeiden.¹⁴¹ Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass weder Art. 30 noch Art. 110 AEUV eine Rechtfertigungsmöglichkeit vorsehen.¹⁴² Hinzu kommt, dass die EEG-Umlage sich auch auf die Wettbewerbsfähigkeit zahlreicher Versorger und Händler von konventioneller Energie auswirkt, sodass die Beihilfewirkung durch die Art ihrer Finanzierung noch verstärkt wird.¹⁴³

¹⁴⁰ BerlKommEnR/ *Steffens*, Band 2, 3. Aufl., Einl. EEG, Rn. 146; *Säcker/ Schmitz*, Die Staatlichkeit der Mittel im Beihilferecht, NZKart 2014, 202, 206.

¹⁴¹ BerlKommEnR/ *Steffens*, a.a.O., Rn. 146, m.w.N..

¹⁴² *Bahlke*, Steuerliche Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt, S. 121.

¹⁴³ BerlKommEnR/ *Steffens*, a.a.O., Rn. 146, unter Hinweis auf GA *Geelhoed* in seiner Stellungnahme vom 04.03.2004 zur Rs. C-174/02, Slg. 2004, I-88, Rn. 35; *Streekgewest*.

Auf diese Zusammenhänge hat auch die Kommission im Eröffnungsbeschluss gegen das EEG 2012 vom 18.12.2013 hingewiesen.¹⁴⁴ Sie hat betont, dass Art. 110 Abs. 1 AEUV den Mitgliedstaaten eine Differenzierung nach objektivem Kriterium erlaube, etwa nach der Art der verwendeten Rohstoffe oder der angewandten Herstellungsverfahren. Jede Form der Diskriminierung von Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten oder des Schutzes inländischer Erzeugnisse vor Konkurrenz sei hingegen verboten.¹⁴⁵ Die Kommission habe in ihrer langjährigen Entscheidungspraxis¹⁴⁶ in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs¹⁴⁷ die Auffassung vertreten, dass die Finanzierung nationaler EEG-Förderregelungen durch eine steuerähnliche Abgabe auf den Stromverbrauch eine Diskriminierung gegenüber eingeführtem EEG-Strom darstellen könne.

Diese Überlegungen finden sich auch in der das EEG 2014 vom Vorwurf der Europarechtswidrigkeit freistellenden Entscheidung der Kommission vom 23.07.2014 wieder.¹⁴⁸ Dort allerdings vertritt die Kommission die Auffassung, dass die im EEG 2014 in § 2 Abs. 6 vorgesehene (partielle) Marktöffnung für ausländischen Grünstrom genüge, um einen Verstoß gegen Artt. 30, 110 AEUV zu vermeiden. In § 2 Abs. 6 EEG 2014 heißt es, dass Ausschreibungen in einem Umfang von mindestens 5% der jährlich neu installierten Leistung europaweit eröffnet werden, soweit eine völkerrechtliche Vereinbarung vorliegt, die Förderung nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit erfolgt und der physikalische Import des Stroms nachgewiesen werden kann. Bezug genommen wird auf § 2 Abs. 5 EEG 2014, wonach die finanzielle Förderung und ihre Höhe für Strom aus erneuerbaren Energien bis spätestens 2017 durch Ausschreibungen ermittelt werden.

Ob diese partielle Marktöffnung für ausländisch erzeugten, grünen Strom die diskriminierende Wirkung des EEG-Fördersystems tatsächlich überwindet, erscheint fraglich. Die Marktöffnung beginnt überhaupt erst 2017 – alle finanziellen Förderungen grünen Strom, die bis dahin erfolgen, diskriminieren nach wie vor ausländische Anbieter. Es geht folglich nur um Grünstromerzeuger, die sich ab 2017 um die jährlich neu installierte Leistung bewerben. Die diskriminierenden Wirkungen aus den Bestandsanlagen sowohl für Grün- als auch für Graustrom bleiben folglich erhalten.

Das Ausschreibungsvolumen wird in einem Umfang von *mindestens 5%* der jährlich neu installierten Leistung europaweit geöffnet werden. Das bedeutet 95% der jährlich neu zu installierenden Leistung bleibt den inländischen Erzeugern vorbehalten.

¹⁴⁴ C (2013) 4424 final, ab Rn. 245.

¹⁴⁵ Kommission, a.a.O., Rn. 245 unter Hinweis auf Rs. C-2013/96, Slg. 1998, I-1777, Rn. 95, *Outokompu*.

¹⁴⁶ Beihilfeentscheidungen N34/19; N 416/1999; N 490/2000; N 550/2000; zuletzt N 437/2009.

¹⁴⁷ Zuletzt EuGH vom 17.07.2008 C-206/06, Slg. 2008 I-0000, Rn. 58/59, *Essent*.

¹⁴⁸ C (2014) 2081 final, ab Rn. 329.

Eine Begründung, warum diese geringfügige Öffnung die diskriminierende, unterschiedliche Behandlung zwischen in- und ausländischen EEG-Erzeugern angemessen beseitigen soll, findet sich weder in der gesetzlichen Begründung zum EEG 2014¹⁴⁹ noch in der Entscheidung der Kommission zum EEG 2014 vom 23.07.2014.¹⁵⁰

Bei alledem muss darauf hingewiesen werden, dass es sich bei den Artt. 30, 110 AEUV um **primäres** Unionsrecht handelt. An dieses Primärrecht ist die Kommission gebunden. Solange folglich die mit der Beihilfegewährung verbundene Abgabenerhebung – wie im vorliegenden Falle – gegen primäres Unionsrecht (wie hier) verstößt, läuft eine Freistellungsentscheidung der Kommission, wie die vom 23.07.2014 mit Blick auf das EEG 2014, leer.¹⁵¹ Es wird also einer Klärung beim EuGH vorbehalten bleiben, ob eine derart geringfügige Marktöffnung, wie sie § 2 Abs. 6 EEG 2014 ab 2017 für neu zu installierende Leistung eröffnet, die diskriminierende Ungleichbehandlung im Sinne der Artt. 30, 110 AEUV tatsächlich zu beseitigen vermag.

3. Das EEG 2014 aus der Perspektive der Warenverkehrsfreiheit (Artt. 34, 36 AEUV)

a) Verstoß gegen Art. 34 AEUV

Nach Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, sowie Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Erfasst sind nach der Rechtsprechung des EuGH alle nationalen Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹⁵² Der EuGH bejahte im Jahre 2001 im Fall *PreußenElektra* die zumindest potentielle Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels durch das damals geltende StromeinspeisungsG, da dieses eine Abnahmepflicht der EVU für Strom aus erneuerbaren Energiequellen vorsah, der im Geltungsbereich des Gesetzes (Deutschland) von den betreffenden Unternehmen erzeugt wurde.¹⁵³ Auch im Falle *Ålands* bejahte der EuGH, aus mehreren Gründen, dass Stromeinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten, insbesondere von grünem Strom, zumindest mittelbar und potentiell behindert werden.¹⁵⁴

¹⁴⁹ BT-Drucks. 18/1304, S. 110, 111.

¹⁵⁰ C (2014) 5081 final, Rn. 337.

¹⁵¹ so zutreffend BerlKommEnR/ *Steffens*, a.a.O., Rn. 148; *Säcker/ Schmitz*, a.a.O., NZKart 2014, 202, 206.

¹⁵² EuGH vom 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rn. 5, *Dassonville*.

¹⁵³ EuGH vom 13.03.2001, C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Rn. 71.

¹⁵⁴ EuGH vom 01.07.2014, C-573/12, juris Rn. 67.

b) Rechtfertigungsgründe

In beiden Fällen ging der EuGH aber davon aus, dass der Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit *gerechtfertigt* sei. Die Förderung und die Nutzung erneuerbarer Energien diene dem

Umweltschutz, ebenso wie dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen (Art. 36 AEUV).

Es ginge, so der EuGH, in *PreußenElektra* um die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem *Kyoto*-Abkommen vom 11.12.1997.¹⁵⁵ Auch im Falle *Ålands* wies der EuGH auf die in Art. 36 AEUV genannten Gründen des Allgemeininteresses und (ergänzend) auf *zwingende Erfordernisse* des Umweltschutzes hin.¹⁵⁶ Die Nutzung erneuerbarer Energiequellen zur Stromerzeugung verringere die Emissionen von Treibhausgasen, die zu den Hauptursachen der **Klimaänderungen** zählten und zu denen sich die EU und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet hätten.¹⁵⁷

Allerdings seien Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit nur dann gerechtfertigt, wenn sie im Einklang mit dem Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* stehen. Die nationale Maßnahme müsse folglich geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten und dürfe nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich sei.¹⁵⁸ In diesem Zusammenhang weist der EuGH darauf hin, dass man das Ziel der Verringerung von Treibhausgasemissionen auch mit Anlagen, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, erreichen könne.¹⁵⁹ Da es jedoch insbesondere auf Unionsebene **keine Harmonisierung** der nationalen Regelungen zur Förderung grünen Stroms gäbe, stehe es den Mitgliedstaaten *grundsätzlich frei*, durch solche Regelungen nur die in ihrem Hoheitsgebiet stattfindende Erzeugung von grünem Strom zu fördern.¹⁶⁰

Außerdem liege es in der Natur der Elektrizität, dass sich ihre Herkunft und insbesondere die Energiequelle, aus der sie gewonnen wurde, nach der Einspeisung in eine Übertragungs- oder Verteilernetz kaum noch bestimmen lasse.¹⁶¹ Ferner habe der Unionsgesetzgeber zur Erfüllung der von ihm eingegangenen internationalen Umweltverpflichtungen, den verschiedenen Mitgliedstaaten verbindliche nationale Ziele in Form von Erzeugungsquoten grünen Strom auferlegt.¹⁶²

¹⁵⁵ am 29.04.1998 von der EU und ihren Mitgliedstaaten unterzeichnet, Entschließung 98/C 198/01 des Rates vom 08.06.1998, ABl. C 198, S. 1, weiterführend EuGH vom 13.03.2001 C-379/98, juris Rn. 74.

¹⁵⁶ EuGH vom 01.07.2014, C-573/12, juris Rn. 76/77, *Ålands*, unter Hinweis auf EuGH C-524/07, EU: C: 2008: 717, Rn. 54, m.w.N., *Kommission/ Österreich*.

¹⁵⁷ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 78 unter Hinweis auf *PreußenElektra*.

¹⁵⁸ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 76 unter Hinweis auf EuGH C-524/07, EU: C: 2008: 717, Rn. 54, m.w.N., *Kommission/ Österreich*.

¹⁵⁹ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 93.

¹⁶⁰ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 94.

¹⁶¹ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 87, 90, 95, 96.

¹⁶² EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 97.

Dabei sei zu beachten, dass der **Energiemix** in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sei, sodass eine faire und angemessene Aufteilung der Erfüllungsanstrengungen zwischen den Mitgliedstaaten vorzunehmen sei.¹⁶³ Schließlich könne das Funktionieren der nationalen Förderregelungen nur gewährleistet werden, wenn die Mitgliedstaaten die Wirkung und die Kosten der nationalen **Förderregelungen kontrollieren** könnten, sodass das Vertrauen der Investoren erhalten bliebe.¹⁶⁴

Hinzu komme, dass es sich bei dem schwedischen Grünstromzertifikate-System nicht um eine Investitionsbeihilfe, sondern um ein marktorientiertes System mit dem Anreiz, mehr grünen Strom zu erzeugen, handele.¹⁶⁵ Entscheidend sei, dass die grünen Zertifikate tatsächlich auf einem wettbewerbsorientiertem Markt verkauft würden, sodass ihr Preis durch Angebot und Nachfrage bestimmt werde.¹⁶⁶ Alles in allem stehe Art. 34 AEUV einer nationalen Regelung nicht entgegen, wonach bei der Zuteilung handelbarer Zertifikate nur der im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats erzeugte grüne Strom berücksichtigt werden könne.¹⁶⁷

c) Grundsatz der Rechtssicherheit

Die Beschränkung des territorialen Anwendungsbereiches von Fördermaßnahmen auf den im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats erzeugten grünen Strom müsse für alle Beteiligten klar und bestimmt, d.h. vorhersehbar sein – das gebiete der Grundsatz der *Rechtssicherheit*.¹⁶⁸ Vor allem verlange dieser Grundsatz, dass eine Regelung es dem Betroffenen ermögliche, den Umfang der ihnen damit auferlegten Verpflichtungen genau zu erkennen und dass sie ihre Rechte und Pflichten eindeutig erkennen und sich darauf einstellen können.¹⁶⁹ Die Entscheidung darüber, ob die Anforderungen des Grundsatzes der Rechtssicherheit erfüllt sind, ist vom vorlegenden (nationalen) Gericht zu beantworten, wobei alle relevanten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die sich aus Wortlaut, Zweck oder Aufbau der Regelung ergeben.¹⁷⁰

¹⁶³ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 98.

¹⁶⁴ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 99 bis 103.

¹⁶⁵ EuGH, a.a.O., *Ålands*, ab Rn. 105 bis 112.

¹⁶⁶ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 115.

¹⁶⁷ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 119.

¹⁶⁸ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 120, 127, unter Hinweis auf EuGH C-201/09, EU: C: 2009: 539, Rn. 43, *Plantanol*, m.w.N., sowie EuGH C-195/12, EU: C: 2013: 598, Rn. 49, *IBV + Cie*.

¹⁶⁹ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 128, unter Hinweis auf EuGH C-201/09 P und C-216/09 P, EU: C: 2011: 190, Rn. 68 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹⁷⁰ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 129, unter Hinweis auf C-256/07, EU: C: 2009: 167, Rn. 32, *Mitsui + Co. Deutschland*.

Aus der Entscheidung *Ålands* folgt, dass ein nationales Fördersystem für erneuerbare Energien, das weder eine Abgabe nach Artt. 30, 110 AEUV noch eine verbotene Beihilfe (Artt. 107, 108 AEUV) darstellt, unter Umwelt- und Gesundheitsschutzgesichtspunkten (Art. 36 AEUV) gerechtfertigt sein kann, wenn es verhältnismäßig, also geeignet und erforderlich ist, sowie dem Grundsatz der *Rechtssicherheit* entspricht, also so klar und so bestimmt formuliert ist, dass die Anwendung für den Einzelnen vorhersehbar ist.¹⁷¹ Daraus folgt umgekehrt, dass eine Prüfung der Warenverkehrsfreiheit dann ausscheidet, wenn das Fördersystem den Charakter einer Beihilfe oder einer Abgabe nach Artt. 30, 110 AEUV beinhaltet.

4. Das Verhältnis zwischen Warenverkehrsfreiheit und Beihilferecht

Die Regelungskreise des Beihilfe- und Abgabenrechtes stehen also neben dem Gebot der Warenverkehrsfreiheit. Erweist sich ein Fördersystem als (möglicherweise gerechtfertigte) Beihilfe, so ist es damit dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV entzogen.¹⁷² Allerdings handelt es sich bei Art. 34 AEUV um ein primärrechtliches **Verbot**, das nationale Maßnahmen verbietet, die geeignet sind den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹⁷³

Das bedeutet, letztlich beinhaltet Art. 34 AEUV den Maßstab für verbotene, bzw. ausnahmsweise zulässige Handelsbeschränkungen. Handelsbeschränkungen, die sich nach Artt. 34, 36 AEUV unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Rechtsstaatlichkeit als verboten erweisen, können somit nach Art. 107 AEUV nicht gerechtfertigt werden.

Dies ist auch der Kommission bewusst, die aus diesem Grunde bei der Freistellungsentscheidung zum EEG 2014 ausdrücklich die Kompatibilität ihrer Entscheidung mit Art. 34 AEUV bejahte.¹⁷⁴ Die Kommission stellte zunächst einmal fest, dass das Fördersystem des EEG 2014 auf Anlagen beschränkt ist, die erneuerbaren Strom im Bundesgebiet einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone erzeugen (§ 4 EEG 2014). Darin könne eine potentielle Behinderung von Grünstromimporten liegen.¹⁷⁵ Diese Handelshemmnisse seien aber aus Gründen des Umweltschutzes und zur Erreichung der Ziele der RL 2009/28/EG erforderlich.¹⁷⁶

¹⁷¹ wie oben im Einzelnen gezeigt (II. 2.) ist der Grundsatz der Rechtssicherheit im EEG 2014 verletzt, da die Verpflichtung des Letztverbrauchers die EEG-Umlage zu zahlen nirgendwo geregelt ist und unklar bleibt, wieso die EEG-Umlage auf Strom erhoben werden darf, der außerhalb des Geltungsbereichs des EEG erzeugt wurde.

¹⁷² BerlKommEnR/ *Steffens*, EEG 2014, Sonderband, Einl., Rn. 159.

¹⁷³ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 66, unter Hinweis auf EuGH 8/73, EU: C: 1974: 82, Rn. 5, *Dassonville*.

¹⁷⁴ Vom 23.07.2014, C (2014) 5081 final, ab Rn. 338.

¹⁷⁵ Kommission, a.a.O., Rn. 338.

¹⁷⁶ Kommission, a.a.O., Rn. 338.

Vor allem, so die Kommission weiter, erlaube das EEG 2014 auch jedem ausländischen Anbieter von Grünstrom, diesen Strom in das Bundesgebiet zu Marktpreisen zu exportieren.¹⁷⁷ Das dem EEG 2014 eigentümliche Marktprämiensystem fördere die Marktintegration erneuerbarer Energien. Der Käufer von Energie sei nicht verpflichtet, Strom aus einer ganz bestimmten Erzeugungsart zu erwerben. Die Zahlung der EEG-Umlage treffe nicht den Käufer von Strom, sondern den Übertragungsnetzbetreiber.¹⁷⁸

Deshalb, so schließt die Kommission ihre Überlegungen ab, handele es sich bei den Importrestriktionen, sofern sie überhaupt vorlägen, um das Minimum dessen, was erforderlich und notwendig sei, um die Umweltschutzziele zu erreichen, so dass eine Verletzung von Art. 34 AEUV ausscheide.¹⁷⁹

Die Kommission akzeptiert somit den oben formulierten Abgrenzungsmaßstab, wonach unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle Handelsbeschränkungen nach Art. 34 AEUV verboten sind, sofern sie nicht nach Art. 36 AEUV oder aus zwingenden Allgemeininteressen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit gerechtfertigt werden können.

Hiervon ausgehend betreffen Zweifel an der Rechtfertigungsfähigkeit des Fördersystems des EEG 2014 sowohl Artt. 34, 36 AEUV als auch die beihilferechtliche Freistellungsentscheidung der Kommission vom 23.07.2014, d.h. diese Zweifel können, da sie beide Bereiche inhaltlich in gleicher Weise betreffen, zusammengefasst entwickelt und diskutiert werden.

¹⁷⁷ Kommission, a.a.O., Rn. 339.

¹⁷⁸ Kommission, a.a.O., Rn. 339.

¹⁷⁹ Kommission, a.a.O., Rn. 339.

V. Zweifel an den Rechtfertigungsgründen für das EEG 2014

1. Keine Verdrängung von Art. 34 AEUV durch mangelnde Harmonisierung

a) Harmonisierung: kein Rechtfertigungsgrund

Der EuGH hat in der Entscheidung *Ålands* selbst darauf hingewiesen, dass man das Ziel der Verringerung von Treibhausgasemissionen auch mit Anlagen, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden und grünen Strom erzeugen, erreichen könne. Der Umwelt- und Klimaschutzaspekt rechtfertigt also nicht ein auf nationale Erzeugungsanlagen beschränktes Fördersystem, so wie es das EEG 2014 (§ 4) enthält. Dennoch, so der EuGH, sei die Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt, da es den Mitgliedstaaten grundsätzlich freistehe, durch Regelungen zur Förderung grünen Stroms, die nur in ihrem Hoheitsgebiet stattfindende Erzeugung von grünem Strom zu fördern, da insbesondere auf Unionsebene *keine Harmonisierung* der nationalen Regelungen erfolgt sei.¹⁸⁰ Zugleich verwies der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung, wonach Art. 34 AEUV alle nationalen Maßnahmen verbiete, die geeignet seien, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹⁸¹ Zugleich erklärte der Gerichtshof, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung eine nationale Regelung, die eine Maßnahme mit gleicher Wirkung, wie eine mengenmäßige Beschränkung, darstellt, durch einen der in Art. 36 AEUV genannten Gründe des Allgemeininteresses oder durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein könne.¹⁸² Im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müsse in beiden Fällen die nationale Maßnahme geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten und dürfe nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich sei.¹⁸³

Irgendein Hinweis darauf, dass neben diesen vom EuGH selbst genannten Rechtfertigungsmöglichkeiten ein weiterer Rechtfertigungsgrund für den Fall bestehe, dass es bisher auf *Unionsebene zu keiner Harmonisierung der nationalen Regelungen zur Förderung grünen Strom* gekommen sei, findet sich weder im AEUV, noch im Sekundärrecht, noch in Entscheidung *Ålands*. Hiervon ausgehend gibt es nach ständiger Rechtsprechung des EuGH keine Rechtfertigungsmöglichkeit für Verletzungen der Warenverkehrsfreiheit, wenn und soweit es auf Unionsebene zu keiner Harmonisierung der nationalen Regelungen zur Förderung grünen Strom gekommen ist. Nach den zwingenden Vorgaben der Artt. 34, 36 AEUV, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem für die Förderung grünen Stroms geltenden Sekundärrecht und der ständigen Rechtsprechung des EuGH, steht es folglich den Mitgliedstaaten nicht frei, Regelungen zu schaffen, die nur die in ihrem Hoheitsgebiet stattfindende Erzeugung von grünem Strom fördern.

¹⁸⁰ EuGH vom 01.07.2014, C-573/12 – juris Rn. 94, *Ålands*.

¹⁸¹ Grundlegend EuGH 8/74, EU: C: 1974: 82, Rn. 5, *Dassonville*.

¹⁸² EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 76.

¹⁸³ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 76, unter Hinweis auf EuGH C-524/07, EU: C: 2008: 717, Rn. 54, *Kommission/ Österreich*, m.w.N..

Diesen Grundsatz kann es auch nicht geben, da es die Mitgliedstaaten sonst in der Hand hätten, das Primärrecht der Europäischen Verträge außer Kraft zu setzen. Es würde genügen, nationale Regelungen unterschiedlichster Art auf Unionsebene nicht zu harmonisieren – als Folge hiervon würde der Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit, der in Art. 34 AEUV verbindlich und als unmittelbar geltendes Recht verankert ist, verdrängt sein.

Die Mitgliedstaaten und die Union könnten auf diesem Wege die Grundprinzipien des zwingenden europäischen Vertragsrechtes außer Kraft setzen. Sie könnten den Vertrag unter Hinweis auf notwendige Harmonisierungsmaßnahmen, die sich in nahezu allen Lebensbereichen begründen lassen, praktisch leerlaufen lassen und sich damit in Widerspruch zum selbst formulierten Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 EUV) setzen.

Ein solches widersprüchliches Verhalten ist mit den Grundwerten eines Rechtsstaates nicht zu vereinbaren (*venire contra factum proprium*). Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit und das Prinzip der den europäischen Verträgen immanenten Funktionslogik verbietet es, das Primärrecht von etwaigen Harmonisierungsbemühungen der Mitgliedstaaten abhängig zu machen. An diese Prinzipien ist auch der EuGH gebunden, der nach Art. 267 über die Auslegung der Verträge zu entscheiden hat, aber nicht befugt ist, die Verträge außer Kraft zu setzen. Hierauf hat auch der Generalanwalt *Yves Bot* in seinen Schlussanträgen vom 28.01.2014¹⁸⁴ inzidenter hingewiesen. Nach seiner Meinung würde das Festhalten an Herkunftsnachweisen für erzeugten Grünstrom auf den Versuch hinauslaufen, den Verstoß gegen die Bestimmungen des AEUV über den freien Warenverkehr durch den Erlass einer *unterrangigen Vorschrift* zu rechtfertigen.

b) Kontrolle des Fördersystems: kein Rechtfertigungsgrund

Konsequenterweise kann die Verletzung von Art. 34 AEUV auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, die Mitgliedstaaten benötigten nationale Förderregelungen um ihre Wirkungen und ihre Kosten kontrollieren zu können und zugleich das Vertrauen der Investoren zu erhalten. Beide Argumente können Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit nicht rechtfertigen, da es sich weder um Argumente des Umwelt- und Klimaschutzes, noch um solche des Gesundheitsschutzes (Art. 36 AEUV) handelt. Die geltenden europäischen Grundprinzipien (Binnenmarkt- und Warenverkehrsfreiheit) lassen nur einen, nämlich den entgegengesetzten Schluss zu. Wenn und soweit keine Rechtfertigungsgründe im Sinne des Art. 36 AEUV und keine darüberhinausweisenden zwingenden Allgemeininteressen vorliegen, sind nationale Förderprogramme verboten, weil sie den grenzüberschreitenden Handel beschränken. Territoriale Förderregelungen für grünen Strom erweisen sich unter diesen Umständen als Mittel zur willkürlichen Diskriminierung (Art. 36 AEUV) und zugleich als (verschleierter) Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

¹⁸⁴ Rs. C-573/12, *Ålands*, Rn. 90.

c) Internationale Verpflichtungen: kein Rechtfertigungsgrund

Auch die von der Union eingegangenen, internationalen Umweltverpflichtungen, etwa im Rahmen des Kyoto-Protokolls, stellen keine Rechtfertigungsgründe im Sinne des Art. 36 AEUV oder im Sinne zwingender Allgemeininteressen dar.

Das gleiche gilt für den Energiemix, der in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich ist und den Überlegungen, die den Unionsgesetzgeber veranlasst haben, eine faire und angemessene Aufteilung der Anstrengungen zur Erfüllung der internationalen Verpflichtungen der Union zu realisieren.

Das alles sind ernstzunehmende und auch einzuhaltende Verpflichtungen, sowohl seitens der Mitgliedstaaten als auch seitens der Union, die aber weder zu den Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV noch zu zwingenden Allgemeininteressen im Sinne der *Dassonville-Formel* und der diese ausformenden *Cassis*¹⁸⁵ und *Keck*¹⁸⁶ Rechtsprechung gehören.

Es mag sein, dass die Bürger/innen eines Mitgliedstaates nur schwer davon überzeugt werden könnten, die Erzeugung grünen Stroms im europäischen Nachbarland als Bestandteil des von ihnen zu bezahlenden Strompreises zu fördern. Die Tatsache, dass es sich aber auch in diesem Falle um einen europäischen Mitgliedstaat handelt, dass also Europäer für die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen sorgen, sollte nicht ausgeblendet werden.

Vor allem aber, kann die Verletzung der europaweit garantierten Warenverkehrsfreiheit nicht mit dem Hinweis auf fehlende Harmonisierung nationaler Fördersysteme legitimiert werden, wenn und solange es andere, gleichwertige oder sogar bessere Systeme geben könnte, die die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen der EU im Rahmen von Klima- und Umweltschutzabkommen gewährleisten. Anhaltspunkte dafür, dass die EU ihre internationalen Verpflichtungen nur durch Marktabschottung und national begrenzte Fördersysteme für grünen Strom erfüllen könnte, sind jedenfalls nicht erkennbar und werden auch von der Europäischen Kommission selbst nicht vorgetragen.

d) Europäisches Fördersystem möglich und nötig

Aus der Sicht eines europäischen Binnenmarktes wäre es vernünftig und wohl auch zweckrational ein gesamteuropäisches Fördersystem für erneuerbare Energien zu entwickeln. Dem steht, so wird regelmäßig eingewandt, der Wortlaut von Art. 194 AEUV entgegen, ohne dabei zu erwähnen, dass sich das europäische Fördersystem für grünen Strom als Reflex aus der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) ableiten ließe. Würde man – im Gegensatz zur *Ålands*-Rechtsprechung des EuGH, die Warenverkehrsfreiheit auch auf importieren und exportierten grünen Strom anwenden, so würde das auf eine gegenseitige Anerkennung der jeweils nationalen Fördersysteme für grünen Strom hinauslaufen, d.h. der Binnenmarkt für grünen Strom entstünde automatisch.

¹⁸⁵ EuGH vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, *Cassis*.

¹⁸⁶ EuGH vom 24.11.1993, Rs. C-267 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, *Keck*.

Der in § 2 Abs. 6 EEG 2014 vorgesehene (partielle) Marktöffnungsmechanismus für Ausschreibungen grünen Stroms ab 2017 weist in die gleiche Richtung. Die eigentliche Kernfrage ist aber, wieso Art. 34 AEUV überhaupt eine Einschränkung im Sinne der *Ålands*-Rechtsprechung zulassen soll, obwohl es sich bei den Einschränkungen ersichtlich nicht um Argumente des Umwelt- und Klima- oder Gesundheitsschutzes, sondern **um rein industriepolitische Erwägungen handelt**.

Es mag sein, dass es einem Mitgliedstaat etwas schwerer fällt, den Umbau und die Ausweitung in Richtung grüner Energie, beispielsweise durch ein preisorientiertes System wie es in Deutschland im EEG 2014 konzipiert ist, um- und durchzusetzen.

Daraus folgt aber nicht, dass der Um- und Ausbau erneuerbarer Energien behindert würde, denn ein Mitgliedstaat hat eine Vielzahl von Möglichkeiten energiepolitische Ziele zu erreichen. Man kann z.B. mit Quotensystemen arbeiten. Es liegt nahe den Umbau des Systems der Energieversorgung aus Steuermitteln zu finanzieren und es sind viele weitere Wege denkbar und möglich, die das Ziel der Versorgung mit regenerativen Energien schnell und effizient vorantreibt. Die sehr unterschiedlichen Fördersysteme in der europäischen Union belegen dies.¹⁸⁷ Die Tatsache, dass sich der Umbau eines Energieversorgungssystems auf sehr unterschiedlichen Wegen bewerkstelligen lässt, zeigt, dass es ohne weiteres möglich wäre ein Förderungssystem zu finden und zu praktizieren, dass zugleich mit den Grundsätzen der Warenverkehrsfreiheit kompatibel wäre. Ein Anhaltspunkt dafür, dass dies nicht möglich sein sollte, ist nicht erkennbar, d.h. es gibt keinen Grund zur Anwendung des Rechtsprinzips, wonach Unmögliches nicht verlangt werden darf (*ultra posse, nemo tenetur*).

Bei der Entwicklung eines europaweiten, die Ziele der Warenverkehrsfreiheit zugleich berücksichtigenden Systems muss man sicherlich die physikalischen Eigenschaften von Strom beachten, also realisieren, dass sich Strom seiner Natur nach, innerhalb eines Netzes nach bestimmten Wahrscheinlichkeitsregeln (Kirchhoff'sche-Formel) verbreitet.¹⁸⁸ Die Tatsache, dass der EuGH – wie schon in *PreußenElektra* auf diesen Umstand auch in *Ålands* noch einmal ausdrücklich hinweist¹⁸⁹, lässt aber außer acht, dass dieses Argument für *jeden* Strom gilt, der im europäischen Verbundnetz fließt.¹⁹⁰ Dies bedeutet, dass der in einem Mitgliedstaat (z.B. Deutschland) produzierte Grünstrom zwar in das deutsche Netz eingespeist aber durchaus nicht in Deutschland verbraucht wird.

¹⁸⁷ vertiefend und weiterführend *Himmer*, Europarechtliche Grenzen zulässiger Energiezertifikate, EWeRK-Schriftenreihe, Band 14, 2003, passim, *Pomana*, Förderung Erneuerbarer Energien in Deutschland und im Vereinigten Königreich im Lichte des Europäischen Wirtschaftsrechts, EWeRK-Schriftenreihe, Band 41, 2011, passim.

¹⁸⁸ weiterführend *Hoppe*, Geschichte der Elektrizität, 1884, unveränderter Neudruck 2007, ab S. 498 unter Hinweis auf die wichtigsten Abhandlungen *Kirchhoffs*: „Über die Bewegung der Elektrizität in Drähten“ und „Die Bewegung der Elektrizität in Leitern“ – beides 1857 veröffentlicht.

¹⁸⁹ EuGH, a.a.O., Rn. 96.

¹⁹⁰ weiterführend *Vrana*, Interkonnektoren im Europäischen Binnenmarkt, EWeRK-Schriftenreihe, Band 46, 2012, passim.

So gesehen lässt sich auch im derzeit praktizierten EEG-Umlage-System nicht sagen, ob der in Deutschland erzeugte und von den deutschen Verbrauchern bezahlte Grünstrom tatsächlich bei ihnen angekommen ist. Auf dieses Argument kann es folglich in keinem der Fördersysteme ankommen, einfach deshalb, weil Strom physikalische Eigenschaften hat, die sich nicht mit der Art der Erzeugung verbinden lassen.

Jedes Fördersystem muss also akzeptieren, dass man zwar die Erzeugung grünen Stroms fördern kann, dass aber niemand mit Sicherheit sagen kann, ob der Strom, den er verbraucht, grün oder grau ist.

Die Tatsache, dass Deutschland als Folge von Fukushima schneller als geplant aus der Atomenergie aussteigt, kann aufgrund des europäischen Stromverbundnetzes nicht verhindern, dass jeder Verbraucher, auch derjenige, der einen reinen Grünstromtarif kontrahiert hat, mit Sicherheit auch Atomstrom in seinem Haushalt verbraucht, einfach deshalb, weil es in vielen anderen Regionen Europas auch heute noch üblich ist, Strom nuklear zu erzeugen. Das Argument, wonach man die Erzeugungsart des Stroms innerhalb des Netzes nicht mehr nachverfolgen kann, ist also weder ein Argument für noch gegen die Legitimation eines solchen Systems.

2. Diskriminierung ausländischen Grünstroms

a) Überschreitung der Zielwerte

Mit der Richtlinie 2009/28/IG¹⁹¹ hat die EU verbindliche nationale Ziele für den Gesamtanteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch (Art. 1) festgelegt. Nach Anhang 1 betrug das Gesamtziel für Deutschland im Jahre 2005 5,8% - für das Jahr 2020 beträgt der Zielwert für den Anteil an Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch **18%**. Dieser Zielwert ist bereits im Jahre 2015 nicht nur erreicht, sondern deutlich überschritten worden. Der Anteil der erneuerbaren Energien am Brutto-Inlandsstromverbrauch ist bereits im Jahre 2014 auf knapp 28% gestiegen.¹⁹² Für das Jahr 2015 wird ein Anteil der erneuerbaren Energien am Bruttoendenergieverbrauch in Höhe von 33- bis 34% geschätzt.¹⁹³

In der gesetzlichen Begründung zum EEG 2014 kündigt der Gesetzgeber eine Steigerung des Anteils der erneuerbaren Energien bis 2050 auf mindestens **80%** an. Mit der Novelle des EEG im Jahre 2014 soll der Anteil erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis 2025 auf 40- bis 45% und bis 2035 auf 55- bis 60% gesteigert werden.¹⁹⁴

Das bedeutet, dass die Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2020 das europäisch vorgegebene Ausbauziel (18%) um mehr als das Doppelte übertreffen wird.

¹⁹¹ vom 23.04.2009, ABl. L 140/16 vom 05.06.2009.

¹⁹² bdew Energieinfo vom 11.05.2015, S. 14.

¹⁹³ www.erneuerbareenergie.de.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 18/1304, 88.

Dies ist aus der Perspektive der nationalen Ziele (Energiewende) zu begrüßen. Aus der Perspektive des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist die Überschreitung der europäischen Zielwerte insoweit problematisch, als Importe grünen Stroms aus europäischen Nachbarländern durch den Umlagemechanismus des § 60 EEG 2014 (zuvor § 37 EEG 2012) diskriminiert werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf den der EuGH sowohl im Fall *PreußenElektra* als auch im Fall *Ålands* zur Rechtfertigung gegenüber Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) hinweist, verlangt, dass nationale Maßnahmen *nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des jeweils verfolgten Ziels erforderlich* ist.¹⁹⁵

Der Zielwert für die Bundesrepublik Deutschland beträgt, wie erwähnt, nach der Richtlinie 2009/28/EG für das Jahr 2020 **18%** erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch. Diesen Zielwert hat die Bundesrepublik seit längerem überschritten. Das europäisch gesetzte Ziel ist mit anderen Worten erreicht. Eine darüberhinausgehende mengenmäßige Einfuhrbeschränkung ist somit nach Art. 34 AEUV nicht mehr erforderlich. Insoweit als die Bundesrepublik Deutschland oberhalb des Zielwertes von 18% Grünstrom-Importe aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber inländisch erzeugtem Grünstrom diskriminiert, fehlt es an einer Rechtfertigung. Das derzeit in Deutschland praktizierte EEG-Umlage-System, das den in anderen Mitgliedstaaten erzeugten Grünstrom von der finanziellen Förderung ausschließt, ist somit mit Art. 34 AEUV nicht vereinbar.

Auf diese Zusammenhänge hat bereits im Jahre 2008 *Claudia Erk* in ihrer Monografie über die künftige Vereinbarkeit des EEG mit dem Verfassungs- und Europarecht hingewiesen.¹⁹⁶ Schon damals – der Anteil erneuerbarer Energien am Brutto-Inlandsstromverbrauch betrug im Jahre 2010 17%¹⁹⁷ – zweifelte *Erk* daran, ob der Ausschluss ausländischer Erzeuger grünen Stroms von der damals praktizierten Abnahme- und Vergütungsgarantie im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderlich ist.¹⁹⁸ Sie verwies – ebenso wie bereits der Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen vom 26.10.2000 im Fall *PreußenElektra* – darauf, dass es für die angestrebte Verbesserung von Umwelt und Klima nicht entscheidend sei, ob man den regenerativen Strom im In- oder im Ausland erzeuge.¹⁹⁹ In diesem Sinne argumentierte auch Generalanwalt *Yves Bot* in seinen Schlussanträgen im Fall *Ålands*.²⁰⁰

Schon für Generalanwalt *Jacobs* war im Jahre 2000 „nicht erkennbar, warum in anderen Mitgliedstaaten erzeugter Strom aus erneuerbaren Energien nicht in gleichem Maße zur Verringerung des Abgasausstoßes in Deutschland beitragen würde“.

¹⁹⁵ EuGH, a.a.O., *Ålands*, Rn. 76, unter Hinweis auf EuGH C-524/07, EU: C: 2008: 717, Rn. 54, m.w.N., *Kommission/ Österreich*.

¹⁹⁶ Schriftenreihe Recht, Ökonomie und Umwelt, Band 16, Nomos-Verlag (ISBN 978-3-8329-3512-2).

¹⁹⁷ bdew-Energieinfo (2011), S. 9.

¹⁹⁸ Erk, a.a.O., S. 209.

¹⁹⁹ *Jacobs*, Schlussanträge des Generalanwalts *Francis G. Jacobs* vom 26.10.2000 (1), RSC-379/98, Slg. 2001, I-2103, 2157, Rn. 236.

²⁰⁰ Vom 28.01.2014 (1), Rs. C-573/12, ab Rn. 82 bis Rn. 110.

Auch in diesem Fall werde die inländische Erzeugung von Strom aus herkömmlichen Energien und die damit verbundene Umweltverschmutzung in gleichem Umfang zurückgeführt. Insofern überzeuge die Beschränkung der Förderung auf in Deutschland erzeugten Strom nicht.²⁰¹ Schon damals kam Generalanwalt *Jacobs* zu dem Ergebnis, dass das damalige Stromeinspeisegesetz mit den Grundsätzen der Warenverkehrsfreiheit nicht in Einklang zu bringen und folglich verboten sei.²⁰² Diese Auffassung hat in der deutschen Literatur erhebliche Zustimmung erfahren.²⁰³

b) Diskriminierung konventioneller Erzeuger

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es nicht nur um die Diskriminierung von Grünstromerzeugern in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft geht. Schon *Erk* hat darauf hingewiesen, dass die Bevorzugung inländisch erzeugten EEG-Stroms auch konventionell erzeugten Graustrom verdränge.²⁰⁴ Vor allem aber bewirke der EEG-Mechanismus, dass es trotz der Marktöffnung im Jahre 1998 jedenfalls bei Strom aus erneuerbaren Energien zu keinem *Wettbewerb* im Binnenmarkt kommen könne.²⁰⁵ Zugleich verdränge der Strom aus erneuerbaren Energien Strom, der aus anderen Energiequellen erzeugt werde und verzerre als Folge hiervon den Wettbewerb auch auf dem *Graustrommarkt*. Diese Aussagen, die *Erk* im Jahre 2008, zu einer Zeit machte, als der Anteil erneuerbarer Energien am Bruttoendverbrauch bei etwa 14% lag, sind im Jahre 2015 noch viel gravierender und ernster zu nehmen als damals, da sich inzwischen der Anteil der erneuerbaren Energien auf mehr als 28% gegenüber 2008 verdoppelt hat.

Eine nationale Politik, die dazu führt, dass europäisch verbindlich gesetzte Ziele zulasten des Wettbewerbs in den europäischen Nachbarstaaten konterkariert werden, verstößt gegen Art. 36 AEUV. Zumindest oberhalb der mit der Richtlinie 2009/28/EG für Deutschland gesetzten Zielwerte erweist sich die Diskriminierung ausländisch erzeugten Grünstroms als ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und zur Verschleierung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Dies wird vom EuGH im Fall *Ålands* nicht einmal in Erwägung gezogen – auch die Kommission spart diesen Gesichtspunkt im Rahmen ihrer Freistellungsentscheidung zum EEG 2014 aus.

²⁰¹ Schlussanträge GA *Jacobs*, a.a.O., Rn. 236.

²⁰² Schlussanträge GA *Jacobs*, a.a.O., Rn. 238.

²⁰³ *Frenz*, NuR, 2002, 204, 215; *Dederer*, Zum gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts, BayVBl., 2001, 366, 367; *Witthohn/Smeddinck*, Die EuGH-Rechtsprechung zum Stromeinspeisungsgesetz – ein Beitrag zum Umweltschutz?, ET 2001, 466, 469; *Iro*, Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RdE, 1998, 11, 19; *Salie*, EEG-Komm., 3. Aufl., 2005, § 2, Rn. 66; *Erk*, a.a.O., S. 209.

²⁰⁴ *Erk*, a.a.O., S. 209, m.w.N..

²⁰⁵ *Erk*, a.a.O., S. 212.

3. Amortisationsklausel

In gleicher Weise wird weder vom EuGH noch von der Kommission im Freistellungsbeschluss zum EEG 2014 auch nur ein einziges Wort zu der Frage verloren, ob die Verletzung der europäischen Warenverkehrsfreiheit möglicherweise dann nicht mehr gerechtfertigt ist, wenn das nationale Recht erneuerbare Energien auch dann noch fördert, obwohl die Investition in die Erzeugungsanlagen *amortisiert* ist. Eine Förderung bereits amortisierter Anlagen löst – wie oben schon im einzelnen dargestellt wurde – keinerlei Anreizeffekte für die Installation weiterer Anlagen für erneuerbare Energien aus, sondern beschränkt sich auf schlichte *Mitnahmeeffekte*. Solche Mitnahmeeffekte (windfall-profits) sind aus der Perspektive der europäischen Warenverkehrsfreiheit verboten, denn sie schränken diese Freiheit ohne jeden erkennbaren Sachgrund übermäßig ein. Eine Förderung bereits *amortisierter* Erzeugungsanlagen erweist sich als unverhältnismäßig, nämlich als weder erforderlich, noch geeignet, noch angemessen. Ein Gesetz – das wie das deutsche EEG 2014 – keine Amortisationsklausel und damit auch keinen Förderungsdeckel, der Mitnahmeeffekte verhindert, enthält, erweist sich somit nicht nur als verfassungs- sondern auch als europarechtswidrig. Auch aus diesem Grunde verstößt das EEG 2014 gegen Art. 36 AEUV.

4. Marktfähigkeitsklausel

Ähnlich, aber nicht gleich, ist das ebenfalls oben bereits entwickelte Argument, wonach eine Förderung, jedenfalls dann nicht mehr erfolgen darf, wenn die Erzeugung inzwischen *marktfähig* möglich ist. Marktfähig ist die Erzeugung grünen Stroms immer dann, wenn die *Grenzkosten* für die Vermarktung grünen Stroms die Investition, einschließlich eines angemessenen Gewinns, in einer angemessenen Zeitspanne (15 bis 20 Jahre) refinanziert. Zahlen, die im Jahre 2015 zu Eigenkapitalrenditen bei PV-Anlagen veröffentlicht wurden, legen die Vermutung nahe, dass es bei diesen Anlagen schon in den Jahren 2009 bis 2011 möglich war, marktfähig zu produzieren. Jedenfalls lagen in diesem Zeitraum die Eigenkapitalrenditen zwischen 30- und 50% und überstiegen damit die durchschnittlichen Eigenkapitalrenditen auf Wettbewerbsmärkten um 15- bis 35%.²⁰⁶

Die Förderung einer bereits marktfähigen Erzeugungsart verstößt nicht nur gegen das europäische Verhältnismäßigkeitsprinzip sondern auch gegen den Grundsatz des freien, unverfälschten und effektiven Wettbewerb im Binnenmarkt (Artt. 119, 120 AEUV). Ein nationales Gesetz, wie das EEG 2014, muss folglich eine Klausel enthalten, die die Förderung grünen Stroms jedenfalls in dem Augenblick beendet, in dem sich herausstellt, dass der grüne Strom innerhalb einer bestimmten Erzeugungsart *marktfähig* erzeugt werden kann.

Mit Blick auf *Bestandsanlagen* wird man in diesen Fällen differenzieren müssen. Es wird Bestandsanlagen geben, die, weil sie auf alter Technik beruhen, noch nicht amortisiert sind, während neue Anlagen inzwischen marktfähig agieren können.

²⁰⁶ Andor/ Frondel/ Sandler, a.a.O., ZEnergyWirtsch (2015), 39: 253 – 259.

Wenn und soweit dies der Fall ist, wird man eine Weiterförderung der Bestandsanlagen bis zur *Amortisation* aus der Perspektive des Verhältnismäßigkeitsprinzips rechtlich akzeptieren können und müssen. Für neue Anlagen darf es jedoch keine Förderung mehr geben.

Ein Gesetz, das, wie das deutsche EEG 2014, diese Zusammenhänge nicht aufarbeitet und berücksichtigt, erweist sich als mit den Prinzipien der europäischen Warenverkehrsfreiheit nicht vereinbar. Das Gesetz müsste einen Mechanismus enthalten, der den Begriff *Marktfähigkeit* definiert und eine Methodik vorsehen, die es erlaubt, die Marktfähigkeit in bestimmten Zeiträumen zu untersuchen und damit die Weiterförderung der Erzeugungsart zu legitimieren. Eine solche *Marktfähigkeitsklausel* enthält das EEG 2014 nicht. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass bestimmte Arten von erneuerbarer Energien längst marktfähig produzieren, nach dem EEG 2014 aber immer noch gefördert werden.

Darüber hinaus gebietet das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* eine Antwort auf die Frage, ob ein nationaler Gesetzgeber auch dann noch berechtigt ist, die Erzeugung grünen Stroms zu fördern, wenn sich mindestens eine Erzeugungsart für grünen Strom als *marktfähig* erweisen sollte. In einem solchen Falle ist das Ziel, grünen Strom im freien Wettbewerb zu erzeugen, erreicht. Es bedarf keiner weiteren Förderung mehr.

Angebot und Nachfrage nach grünem Strom würden sich im Wettbewerb ohne jede staatliche Reglementierung von allein ausgleichen. In einer solchen Situation müsste die Förderung anderer Erzeugungstechniken eingestellt werden, und zwar auch dann, wenn diese sich noch als *marktfähig* nicht erweisen sollten. Die Weiterförderung anderer, noch nicht marktfähiger Erzeugungsarten für grünen Strom wäre nunmehr eine nicht mehr rechtfertigungsfähige Beihilfe.

5. EEG-Fördersystem vs. Emissionshandelssystem

Der EuGH hat im Fall *Ålands* nicht darüber nachgedacht, ob ein nationales Fördersystem für territorial erzeugten grünen Strom mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch dann noch zu vereinbaren ist, wenn es ein europäisches System gibt, mit dessen Hilfe sich die den Mitgliedstaaten auferlegten Grünstromziele ohne weiteres erreichen ließen. Auf diese Frage ist auch die europäische Kommission in ihrer Freistellungsentscheidung zum EEG 2014 nicht eingegangen – auch die Leitlinien der Kommission für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014 - 2020²⁰⁷ befassen sich zwar theoretisch mit der Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen²⁰⁸, stellen aber den Zusammenhang zum europäischen Emissionshandelssystem nicht her.

In der Literatur wird demgegenüber auf die Wechselwirkungen zwischen dem EEG 2014 und dem Emission-Trading-System (ETS) vielfach hingewiesen. Die rechtliche Basis für das ETS bildet die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG.²⁰⁹

²⁰⁷ 2014/ C 200/01.

²⁰⁸ Ab 3.2.2.

²⁰⁹ vom 13.10.2003, Abl. EU, Nr. L 275 vom 25.10.2003, S. 32.

Diese Richtlinie wurde in Deutschland durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)²¹⁰ umgesetzt. Mit Hilfe des ETS sollen im gesamten europäischen Wirtschaftsraum Treibhausgasemissionen eingespart werden.

Die Treibhausgas emittierende Industrie muss zwischen einer Verschmutzung (CO²-Emission) und dem dafür notwendigen Zertifikatepreis und dem Preis für die Vermeidung der CO²-Emission abwägen. Ist der Preis für das Verschmutzungszertifikat höher als der Preis für die Umrüstung von Anlagen, mit dem Ziel, den Strom CO²-frei/ -arm zu erzeugen, so sorgt das ETS für die Einsparung von CO²-Emissionen. Sorgt nun der Gesetzgeber für ein EEG-Fördersystem im Sinne der EEG-Umlage 2014, so werden durch dieses Förderinstrument die definierten Einsparziele für die CO²-Reduktion nicht nur für Deutschland, sondern auch für Europa übererfüllt. Die Folge davon sind sinkende Preise für CO²-Zertifikate, da die CO² verursachende Industrie keinerlei Anlass mehr hat, CO² einzusparen – die Einsparungen sind bereits durch den EEG-Förderungsmechanismus erfolgt.

Das Zusammenspiel zwischen dem EEG-Fördersystem einerseits und dem ETS bewirkt, dass sich beide Systeme gegenseitig tendenziell aufheben. Die Monopolkommission hat im Sondergutachten Energie 2013²¹¹ vom 05.09.2013 auf diese Zusammenhänge eingehend hingewiesen.²¹²

Vor dem Hintergrund des europäischen Zertifikatehandels, so die Monopolkommission, sind die bestehenden deutschen Initiativen für das Ziel der Einsparung von Treibhausgasen *redundant*. Konkret bedeutet dies, dass die Klima- und Umweltschutzziele, die das EEG verfolgt, *leerlaufen*. Das regionale Klimaschutzinstrument Deutschlands, das EEG 2014, setzt CO²-Zertifikate frei. Der Marktpreis für die Zertifikate sinkt genau so weit, „bis für einen Dritten die Emission günstiger wird, als die Vermeidung (höhere Emissionen) ... Theoretisch wird deshalb immer genau soviel CO² in der EU ausgestoßen, wie es die Obergrenze des EU-Zertifikatehandels vorgibt und zwar unabhängig davon, ob irgendwo zusätzlich versucht wird, CO² einzusparen“.²¹³ Statt einer Klimaschutzwirkung werden durch das EEG 2014, „hohe Kosten für die deutsche Volkswirtschaft verursacht, während gleichzeitig Länder innerhalb der EU, die keine vergleichbare Förderung haben, indirekt durch die deutsche Förderpolitik entlastet werden“²¹⁴

²¹⁰ Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen vom 21.07.2011, BGB I. I S 1475.

²¹¹ BT-Drucks. 17/14742.

²¹² BT-Drucks. 17/14742, S. 74ff. unter 3.3.1 – ab Rn. 177.

²¹³ Monopolkommission, a.a.O., S. 78, Rn. 195.

²¹⁴ Monopolkommission, a.a.O., S. 79, Rn. 195 unter Hinweis auf eine abweichende Meinung von *Peter Bofinger*, Mitglied des Sachverständigenrates, der auf mittelfristig nicht ausschließbare, positive Klimawirkungen hinweist: Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2012/13, Wiesbaden 2012, TZ 517.

Das Ergebnis ist ernüchternd, denn auf den europäischen Gesamtausstoß von Treibhausgasen hat das EEG keine Auswirkungen.²¹⁵ Damit verfehlt es das erklärte Ziel, im Sinne des Klimaschutzes wirksam zu sein.²¹⁶

Rechtlich ist diese Zielverfehlung deshalb von besonderer Bedeutung, weil damit die Rechtfertigung für die Verletzung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) wegfällt. Wenn das EEG, wegen des Zusammenwirkens mit dem ETS, seine Umwelt- und Klimaschutzziele nicht erreichen kann, wenn es wie von der Monopolkommission festgestellt *redundant* ist, so bedeutet dies, dass eine Förderung durch das EEG aus der Perspektive des europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *nicht erforderlich* ist. Wenn und soweit das EEG-Fördersystem 2014 für die Erreichung der Umwelt- und Klimaschutzziele nicht erforderlich ist, fehlt es notwendigerweise an der Rechtfertigungsgrundlage für die Einschränkung der europäischen Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV). Zugleich fehlt es aber auch an der Legitimation für eine Umwelt- und Klimabeihilfe, da das EEG 2014 ohnehin keine CO²-Einsparung bewirkt.

Aus der Perspektive des europäischen Rechtes ließe sich ein EEG-Fördersystem dann und nur dann legitimieren, wenn die CO²-Einsparungsziele durch das europaweit installierte ETS verfehlt würden und die Mitgliedstaaten im europäischen Rat nicht bereit wären, die Ziele für die CO²-Absenkung im ETS zu korrigieren. In einem solchen Fall könnten ergänzende nationale Fördermechanismen im Sinne des EEG 2014 erwogen werden, so wie es auch die Monopolkommission im Sondergutachten Energie 2013²¹⁷ diskutiert.

Die Monopolkommission weist zunächst allerdings daraufhin, dass nationale Alleingänge bei der CO²-Einsparung möglicherweise völlig wirkungslos sind, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die CO²-Einsparung eines Staates durch eine CO²-Mehremission eines anderen Staates aufgehoben wird.²¹⁸ Selbst wenn man diesen Effekt außer Acht lässt und an die Sinnhaftigkeit einer europaweiten Klimaschutzpolitik glaubt, so müssten jedenfalls die nationalen Fördersysteme mit dem Emissionsrechtehandel verknüpft und miteinander in Einklang gebracht werden.²¹⁹

²¹⁵ *Ausfelder/ Wagner*, Wechselwirkungen im Energiesystem: Das EEG und das europäische Emissionshandelssystem, ET 2015, 41, 44.

²¹⁶ *Ausfelder/ Wagner*, a.a.O., ET 2015, 41, 44.

²¹⁷ a.a.O., S. 79, ab Rn. 197.

²¹⁸ Sondergutachten, a.a.O., S. 77, ab Rn. 189.

²¹⁹ Sondergutachten, a.a.O., S. 80, Rn. 197/198.

Eine solche Abstimmung der nationalen Fördersysteme (EEG 2014/KWK) mit dem ETS hat bisher (2015/16) nicht stattgefunden. Dies bedeutet, die mit dem EEG 2014 verbundenen Umwelt- und Klimaschutzziele treten durch das EEG 2014 nicht ein – der Fördermechanismus des EEG 2014 erweist sich als redundant, also leerlaufend. Ein redundanter Fördermechanismus ist für eine CO²-Absenkung weder erforderlich noch geeignet. Die Konsequenz daraus liegt auf der Hand: wenn und soweit die Bundesrepublik Deutschland an diesem redundanten Fördermechanismus festhalten will, so ist das ihre Entscheidung, die sie gegenüber den Bürgern/innen rechtfertigen muss.

Eine Rechtfertigung zur Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit enthält aus dieser Perspektive das EEG 2014 jedoch nicht mehr, d.h. das gesamte Fördersystem des EEG 2014 ist hier nach nicht erforderlich und nicht geeignet, also unverhältnismäßig und somit europarechtlich wirkungslos. Daraus folgt, dass ausländische Unternehmen, die grünen Strom erzeugen, Anspruch auf die EEG-Umlage genauso wie inländische Erzeuger haben.

Aus der Perspektive des europäischen Beihilferechtes würde dies bedeuten, dass die Notifizierung des EEG 2014 durch die Kommission zugleich die Erzeuger grünen Stroms in anderen europäischen Mitgliedstaaten erfasst.

VI. Resümee

Die Analyse zeigt, dass das EEG 2014 sowohl aus verfassungs- als auch aus europarechtlicher Perspektive Funktionsdefizite und zwar in der Modellierung (Gesetzesarchitektur) aufweist. **Verfassungsrechtlich** handelt es sich beim EEG-Fördersystem nicht um eine Preisregulierung, wie der BGH annimmt, sondern um eine (verdeckte) Steuer.

Darüberhinaus fehlt in der Gesetzesarchitektur sowohl eine Amortisations- als auch eine Marktfähigkeitsklausel.

Europarechtlich handelt es sich bei der EEG-Umlage um eine Abgabe im Sinne der Artt. 30, 110 AEUV für die es keinerlei Rechtfertigung innerhalb des Vertrages gibt. Deshalb ist auch die Freistellungsentscheidung durch die Kommission für das EEG 2014 nicht haltbar. Das Argument des EuGH in Sachen *Ålands*, wonach eine fehlende Harmonisierung im Bereich der europäischen Fördersysteme für grünen Strom die primärrechtlich garantierte Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) partiell verdrängt, ist mit dem geltenden Europarecht nicht zu vereinbaren.

Vielmehr ist zu beachten, dass sich die Europäisierung des Energierechtes und damit auch der Fördersysteme für erneuerbare Energien, aus der konsequenten Anwendung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) automatisch ergibt. Bei alledem ist zu beachten, dass das europäisch gesetzte Ziel, im Jahr 2020 18% der Bruttoendenergie aus grünem Strom zu gewinnen, in Deutschland längst erreicht ist.

Ein nationales System, das ausländische Grünstromerzeuger benachteiligt, ist oberhalb dieser europäisch gesetzten Grenze nicht mehr rechtfertigungsfähig. Das gilt darüberhinaus für das gesamte EEG-Fördersystem, da es im Verhältnis zum europäischen **Emissionhandelssystem** *redundant* ist, folglich leerläuft. Eine Klima- und Umweltschutzwirkung kann das EEG-System nicht erreichen.

Das EEG-Fördersystem ist somit für das Erreichen der europäischen Klimaschutzziele weder erforderlich noch geeignet, sondern stattdessen unverhältnismäßig. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Erzeuger grünen Stroms in anderen Mitgliedstaaten Anspruch auf die EEG-Umlage ebenso wie inländische Erzeuger haben.

Dies ist eine unmittelbare Wirkung aus der Anwendung des Art. 34 AEUV, auf die sich jeder Grünstromerzeuger im europäischen Ausland vor nationalen Gerichten berufen und Vorabentscheidung durch den EuGH (Art. 267 AEUV) verlangen kann. Zugleich bedeutet dies, dass die beihilferechtliche Freistellung, die die Kommission dem EEG 2014 gewährt hat, sich auch auf Erzeuger grünen Stroms in anderen europäischen Mitgliedstaaten erstreckt.

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Handels-, Wirtschafts-
und Europarecht

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V. (EWeRK)

Humboldt-Universität zu Berlin
Unter den Linden 6
10099 Berlin

Telefon +49 [30] 2093-3313
Telefax +49 [30] 2093-3412

sekretariat.schwintowski@rewi.hu-berlin.de

www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt