



DAS EEG

Wettbewerbswidrig Verfassungswidrig Europarechtswidrig ?

Rechtsanwalt Dr. Trutz Graf Kerksenbrock

unter Mitarbeit von Dipl.-Vw, Dipl. jur. Dagmar Gräfin Kerksenbrock

INHALT

Abkürzungsverzeichnis	4
Vorwort	5
1 Gegenwärtige rechtliche Ausgestaltung der EEG-Umlage	7
1.1 Ausgangslage	7
1.2 Zahlengrundlage	7
1.3 Typisierung der Umlage - Beitrag, Gebühr, Steuer oder Sonderabgabe?	8
1.3.1 Steuer	8
1.3.2 Gebühren und Beiträge	8
1.3.3 Sonderabgaben.....	8
1.3.4 EEG-Umlage	9
1.4 Umlagezweck, Umlagehöhe, Umlagezusammensetzung, Umlagewirkung	9
1.4.1 Umlagezweck.....	9
1.4.2 Umlagehöhe	10
1.4.3 Umlagezusammensetzung	10
1.4.4 Umlagewirkung und Umlagebelastung	11
2 Finanzverfassung Art. 104a ff. GG	14
2.1 Kompetenzen	14
2.2 Sonderabgaben	14
2.3 Kriterien für eine zulässige Sonderabgabe.....	15
2.4 Das Wesen der EEG-Umlage.....	18
2.4.1 Zuordnung zu Abgabenarten durch die gegenwärtige Rechtsprechung.....	18
2.4.2 EEG-Umlage als öffentliche Abgabe	22
2.4.3 Typisierung der EEG-Umlage durch Einordnung als Beihilfe	31
2.4.4 Zwischenergebnis	32
2.5 Ist die EEG-Umlage eine zulässige Sonderabgabe?	33
2.5.1 Kriterium: Abgrenzung der Sonderabgabe EEG-Umlage von einer Steuer	33
2.5.2 Kriterium: Belastung einer homogenen Gruppe	35
2.5.3 Kriterium: Gruppennützige Verwendung	36
2.6 Ergebnis	37
3 Vereinbarkeit der EEG-Umlage mit den Grundrechten der Letztverbraucher	38
3.1 Ist der Schutzbereich der Grundrechte überhaupt betroffen?	38
3.1.1 Mittelbare Drittwirkung – die gesetzliche Ausgestaltung der Privatautonomie.....	39
3.1.2 Mittelbarer Eingriff in die Grundrechte	40
3.1.3 Zwischenergebnis	41

3.2	Grundrechte im Einzelnen:.....	41
3.2.1	Eigentum – Art. 14 GG.....	41
3.2.2	Berufsfreiheit – Art. 12 GG.....	46
3.2.3	Allgemeine Handlungsfreiheit - Art. 2 I GG.....	47
3.2.4	Zwischenergebnis.....	47
3.2.5	Gleichheitsgrundsatz - Art. 3 I GG.....	48
3.2.6	Zulässigkeit der Anwendung der Besonderen Ausgleichsregelung.....	56
3.3	Ergebnis.....	56
4	Vereinbarkeit des EEG mit Art. 107 I AEUV – Verbot einer unzulässigen Beihilfe.....	57
4.1	Ausgangslage.....	57
4.2	Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe nach Art. 107 I AEUV.....	59
4.2.1	Kriterium 1: Staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln.....	59
4.2.2	Kriterium 2: Staatliche Mittel führen zu einer Begünstigung.....	61
4.2.3	Kriterium 3: Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige.....	64
4.2.4	Kriterium 4: Wettbewerbsverfälschung durch staatliche Hilfen.....	66
4.2.5	Kriterium 5: Beeinträchtigung des Binnenmarktes.....	67
4.2.6	Ergebnis:.....	68
4.3	Rechtfertigung einer Beihilfe nach Art. 107 III AEUV.....	69
4.4	Rechtfertigung einer Beihilfe nach Art. 106 II AEUV.....	73
4.5	Zwischenergebnis.....	73
4.6	Notifizierungspflicht Art. 108 III AEUV:.....	74
4.7	Verfahren bei rechtswidriger Beihilfe – EU-Kommission.....	75
4.7.1	Förderung an Anlagenbetreiber von EE.....	76
4.7.2	Verminderte EEG-Umlage.....	77
4.7.3	Verfahren bei rechtswidriger Beihilfe – Rechtsweg:.....	77
4.8	Ergebnis.....	78
5	EEG – Wettbewerbsrecht.....	81
5.1	Ausgangslage.....	81
5.2	Die Besondere Ausgleichsregelung.....	83
5.2.1	Nationale Marktauswirkungen.....	83
5.2.2	Internationale Marktauswirkungen.....	86
5.3	Rechtsfolgen.....	90
6	Zusammenfassende Thesen.....	91
7	Literaturverzeichnis.....	92

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AusglMechV	Ausgleichsmechanismusverordnung
Az	Aktenzeichen
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BEE	Bundesverband Erneuerbare Energien e.V.
Beschl.	Beschluß
BGBI.	Bundesgesetzesblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
d.h.	das heißt
EE	Erneuerbare Energien
EEG	Erneuerbare Energien Gesetz
EltVU	Elektroversorgungsunternehmen
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn	Fußnote
GG	Grundgesetz
GW	Gigawatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung
GWh	Gigawattstunde
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
kW	Kilowatt
NB	Netzbetreiber
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
s.o.	siehe oben
u.a.	unter anderem
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
USt	Umsatzsteuer
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

VORWORT

Das „Gesetz für den Vorrang erneuerbare Energien“, das seit 2008 diesen Titel trägt, tatsächlich aber als Energieeinspeisungsgesetz von der rot/grünen Bundesregierung im Jahre 2002 zunächst konzipiert und in Kraft gesetzt worden ist, ist inzwischen zu einem äußerst umfangreichen und unübersichtlichen Gesetz geworden, dessen Handhabung für Rechtsanwender, seien es Mitarbeiter von Bundesministerien, der europäischen Kommission, aber auch Richtern und Rechtsanwälten in Deutschland und Europa eine Herausforderung darstellt.

Der Gesetzgeber hatte offensichtlich den Ehrgeiz, aus der überstürzt eingeleiteten „Energiewende“ des Jahres 2011 mit Hilfe dieses Gesetzes im Ergebnis die Skeptiker der Energiewende von der Richtigkeit und technischen Möglichkeit derselben zu überzeugen.

Auf dieser Grundlage ist das vorliegende Gesetz nicht nur in der Fassung von 2012, sondern zugleich unter Berücksichtigung der Novellierung vom Juli 2014 sowohl in europarechtlicher, verfassungsrechtlicher als auch wettbewerbsrechtlicher Hinsicht eingehenden Überprüfungen anhand der schon bisher ergangenen Rechtsprechung von EuGH, BVerfG und BGH sowie hierzu veröffentlichter Literatur unterzogen worden. Die geradezu hektischen Aktivitäten der Bundesregierung in den Wochen kurz vor und kurz nach Verabschiedung des EEG 2014 mit dem offenkundigen Ziel, nicht nur ein weiteres neues Beihilfeverfahren der EU-Kommission zu vermeiden, sondern möglichst auch das schon laufende Beihilfeverfahren der EU-Kommission gegen Deutschland zu erledigen, haben aus Sicht des Unterzeichners die Qualität des Gesetzes nicht verbessert und die Risiken weder verfassungs- noch europarechtlich verringert. Die durch das Gesetz aufgeworfenen Unklarheiten und Risiken bedürfen u. E. dringend auch gerichtlicher Überprüfung – sowohl durch deutsche Gerichte wie auch durch europäische.

Für intensive Zuarbeit danke ich nicht nur meiner Frau sehr herzlich, sondern auch Freunden und Mitarbeitern, die am Entstehen des Gutachtens mitgewirkt haben.

Kiel, im Juli 2014

Dr. Trutz Graf Kerssenbrock

Kanzlei Kerssenbrock – Bruck – Goerke

Dr. Trutz Graf Kerssenbrock

Notar und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Holstenbrücke 2
24103 Kiel

Tel: 0431- 997076
Mobil: 0172-7674845

TGK@Fachanwälte-Kiel.de

1 GEGENWÄRTIGE RECHTLICHE AUSGESTALTUNG DER EEG-UMLAGE

1.1 AUSGANGSLAGE

Die EEG-Umlage 2014 beträgt 6,240 Cent pro Kilowattstunde (kWh) Strom.

Rechtsgrundlage ist § 37 II EEG 2012 mit einer Legaldefinition in Satz 1.

Die Übertragungsnetzbetreiber können von den Elektroversorgungsunternehmen eine EEG-Umlage verlangen.

Die durch die EEG-Umlage generierten Finanzmittel werden zwischen juristischen Personen des Privatrechts ausgetauscht, so daß eine unmittelbare Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand nicht erfolgt.

Umsatzsteuer-Relevanz entsteht nur im Rahmen der Überwälzung der Umlage auf den Letztverbraucher, soweit dieser nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist. Zwischen Anspruchsberechtigtem der EEG-Umlage (ÜNB) und Schuldner (Letztverbraucher) besteht kein Rechtsverhältnis.

Die Einnahmen und Ausgaben aus der EEG-Umlage sind in der Ausgleichsmechanismus-Verordnung geregelt, notwendige Anpassungen können durch die Bundesnetzagentur aufgrund einer Verordnungsermächtigung gem. § 11 Nr. 2 AusglMechV vorgenommen werden. Einnahmen und Ausgaben sind ausgeglichen zu bewirtschaften (eine Liquiditätsreserve ist zulässig), Differenzbeträge sind zu verzinsen. Alle Einnahmen und Ausgaben der EEG-Umlage sind gesetzlich fixiert und können nur durch eine Bundesoberbehörde (Bundesnetzagentur) verändert werden. Es gilt der Deckungsgrundsatz aller Einnahmen und Ausgaben.

1.2 ZAHLENGRUNDLAGE

"Die reinen Finanzierungskosten für Erneuerbare-Energien-Anlagen machen an der EEG-Umlage 2014 insgesamt einen Betrag von 2,54 Cent/kWh aus.

Während die reinen Förderkosten für den Ausbau der Erneuerbaren von 2013 auf 2014 nur um 6 % zulegen, steigt die Summe der sonstigen Faktoren um 29 % an."¹

"Allein durch den weiteren Rückgang der Börsenstrompreise erhöht sich die EEG -Umlage für die Verbraucher im nächsten Jahr um 0,37 Cent/kWh. Damit macht dieser Faktor insgesamt 1,47 Cent/kWh innerhalb der EEG-Umlage aus. Das entspricht einer jährlichen Gesamtsumme von rund 5,5 Mrd. Euro."²

"Der Anteil für die gesamte Industrieprivilegierung (Besondere Ausgleichsregelung und Eigenverbrauch) an der EEG-Umlage 2014 beträgt damit insgesamt 1,26 Cent/kWh. Allein durch die komplette oder teilweise Befreiung von der EEG-Umlage werden Unternehmen in Deutschland im kommenden Jahr um voraussichtlich 5,8 Milliarden Euro entlastet."³

Die EEG-Umlage hat eine Finanzierungsfunktion mit Förderungs- und Ausgleichscharakter.

¹ BEE-Hintergrund zur EEG-Umlage 2014, Berlin, Oktober 2013, S.6.

² BEE-Hintergrund zur EEG-Umlage 2014, Berlin, Oktober 2013, S.8.

³ BEE-Hintergrund zur EEG-Umlage 2014, Berlin, Oktober 2013, S.8.

1.3 TYPISIERUNG DER UMLAGE - BEITRAG, GEBÜHR, STEUER ODER SONDERABGABE?

Das Grundgesetz enthält keine ausdrückliche Typisierung zulässiger Abgaben, jedoch wird die Finanzierung staatlicher Aufgaben durch die Steuergesetzgebung, die Steuerertragshoheit und die Steuerverwaltung in Art. 105 ff. GG materiell beschrieben.⁴

1.3.1 Steuer

Das Grundgedanke und Wesen der Steuer:

Alle Staatsbürger
tragen in relativer **Gleichheit**
je nach **Leistungsfähigkeit**
alle die **Gemeinschaft** treffenden Lasten.⁵

Die Steuer ist voraussetzungslos und losgelöst von den sie bedingenden Zusammenhängen, insbesondere von einer staatlichen Gegenleistung.⁶ Gemäß Art. 110 I GG ist sie ausnahmslos in den Haushaltsplan aufzunehmen.

1.3.2 Gebühren und Beiträge

Gebühren und Beiträge sind öffentliche Abgaben, die als sogenannte Vorzugslasten zu qualifizieren sind.

Belastungsgrund für einen Beitrag ist ein staatlich gewährter Vorteil, d.h. eine konkrete Bevorzugung durch eine vom Staat angebotene Leistung, die auszugleichen ist. Der Beitrag fällt dabei unabhängig von einer individuellen Nutzung an. Legitimationsgrund ist das Leistungsangebot selbst, nicht seine konkrete Nutzung.⁷

Die Gebühr schöpft den Vorteil einer individualdienlichen Leistung ab oder überwälzt einen individuell zurechenbaren Aufwand. Legitimationsgrund ist die Nutzung einer staatlichen Leistung, dabei hat die Nutzungsgebühr die Eigenschaft eines Entgelts.⁸

1.3.3 Sonderabgaben

Sonderabgaben sind öffentliche Abgaben, die nicht Steuern und nicht Vorzugslasten sind.

"Mit der Sonderabgabe werden Angehörige bestimmter Gruppen in Anspruch genommen. Die Abgabe dient lediglich der Finanzierung besonderer Aufgaben, zu denen eine Gruppe eine deutlich größere, durch eine objektive Interessenlage geprägte Sachnähe aufweist als die Allgemeinheit und deren Bewältigung in eine herausragende Verantwortung dieser Gruppe fällt.

⁴ Vgl. *Kirchhof*, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 22.

⁵ Vgl. BVerfGE 23, 12 (23).

⁶ Vgl. *Vogel*, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: HStR, Bd. IV, 2. Auflage 1999, § 87.

⁷ Vgl. BVerfGE 82, 159 (178) – Absatzfonds.

⁸ Vgl. *Kirchhof*, Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, S. 37.

Das Grundgesetz versagt es dem Gesetzgeber, Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden."⁹

Sonderabgaben sind ein Auffangtatbestand und nur in Ausnahmesituationen zulässig, wie das Bundesverfassungsgericht im 1. Leitsatz seiner Entscheidung zum Kohlepfennig betont.¹⁰ In seiner Entscheidung zur Berufsbildungsabgabe hat das Gericht konkret die Anforderungen an eine Sonderabgabe beschrieben und erneut den Ausnahmetatbestand hervorgehoben.¹¹

1.3.4 EEG-Umlage

Das Wesen der EEG-Umlage ist bis heute umstritten.

Vom gesetzgeberischen Willen her wurde sie als eine Leistungsbeziehung zwischen Privaten ohne staatlichen Berührungspunkt ausgestaltet – d.h. sie betrifft das Verhältnis von ÜNB und EltVU gem. § 37 II EEG 2012.¹²¹³ Damit fällt würde sie unter keine der oben genannten Abgabenformen des Staates.

Ein Auftragsgutachten von Mansson kommt zu dem Ergebnis, daß Ausgestaltung und Wirkung der EEG-Umlage die Qualifizierung als Sonderabgabe rechtfertigt.¹⁴

Das OLG Hamm stuft in seinem Urteil die EEG-Umlage nicht als Sonderabgabe ein, läßt jedoch mittels Revisionszulassung eine Überprüfung seiner Entscheidung zu. Das Gericht argumentiert, daß es im Fall der EEG-Umlage an einer Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand fehle, d.h. auch an der Fähigkeit die Geldmittel zu steuern. Damit liege keine öffentliche Abgabe vor, damit auch keine Sonderabgabe.¹⁵

Ein Vorlagebeschluß des Landgerichts Karlsruhe vom 29.9.1995, der die Stromabgabe in Verbindung mit der Vergütungspflicht an Anlagenbetreiber aus dem Stromeinspeisegesetz als unzulässige Sonderabgabe ansah, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht angenommen. Die Zulässigkeit scheiterte an den Voraussetzungen des Art. 100 I GG i.V.m. § 80 II S. 1 BVerfGG.

1.4 UMLAGEZWECK, UMLAGEHÖHE, UMLAGEZUSAMMENSETZUNG, UMLAGEWIRKUNG

1.4.1 Umlagezweck

§ 1 EEG 2012/2014

(1) Zweck dieses Gesetzes ist es, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien zu fördern.

⁹ BVerfGE 55, 274 (298).

¹⁰ BVerfGE 91, 186 – Kohlepfennig.

¹¹ BVerfGE 55, 274 – Berufsbildungsabgabe.

¹² Vgl. Vorhaben III, rechtliche und instrumentelle Weiterentwicklung des EEG – Zwischenbericht im Auftrag des BMWi, Februar 2014.

¹³ Ebenso § 60 EEG-2014.

¹⁴ Vgl. Mansson, Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage vom Januar 2012, Regensburg.

¹⁵ OLG Hamm – I-19 U 180/12, Urteil v. 14.5.2013; ZUR 2013, 502; Zur Verfassungswidrigkeit der EEG-Umlage.

Dieses übergeordnete Ziel des EEG ist in Verbindung mit der konkreten Funktion der Umlage als Ausgleichsmechanismus – so auch die Überschrift des 4. Teils des EEG – zu sehen.

§ 37 Vermarktung und EEG-Umlage - EEG 2012

§ 60 EEG-Umlage für Elektroversorgungsunternehmen - EEG 2014

Die Übertragungsnetzbetreiber können von Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher liefern, anteilig zu dem jeweils von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen an ihre Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher gelieferten Strom die Kosten für die erforderlichen Ausgaben nach Abzug der erzielten Einnahmen und nach Maßgabe der Ausgleichsmechanismusverordnung¹⁶ verlangen (EEG-Umlage).

Zur Förderung der Ziele des EEG wird mittels der Umlage die Differenz zwischen Marktpreis und gesetzlich garantiertem Abnahmepreis für Strom für diejenigen ausgeglichen, die zur Abnahme und Vergütung von EE¹⁷ gesetzlich verpflichtet sind. Der regulatorische Eingriff des Staates zur Förderung der EE hat ein Marktversagen zur Folge, das seinerseits eines weiteren regulatorischen Eingriffs bedarf, um eine Wettbewerbsverzerrung auszugleichen. Nicht der Verursacher volkswirtschaftlicher Kosten durch die Internalisierung langfristiger externer Effekte wird zur Finanzierung des gesellschaftspolitischen Interesses an Klima- und Umweltschutz herangezogen, sondern es wird das ökonomische Gemeinlastprinzip angewandt, d.h. eine Belastung aller Bürger als Stromletztverbraucher.

1.4.2 Umlagehöhe

Die Übertragungsnetzbetreiber sind gemäß § 3 Absatz 2 AusglMechV verpflichtet, bis zum 15. Oktober eines Kalenderjahres die EEG-Umlage für das folgende Kalenderjahr zu ermitteln und zu veröffentlichen. Für das Jahr 2014 beträgt die EEG-Umlage für nicht-privilegierte Letztverbraucher 6,240 ct/kWh.

1.4.3 Umlagezusammensetzung

Für das Jahr 2014 setzt sich die EEG-Umlage zusammen aus:

- 2,54 Cent reine Förderkosten
- 1,47 Cent Rückgang des Börsenstrompreises
- 1,26 Cent Industrieprivileg
- 0,56 Cent Defizitausgleich für 2013
- 0,27 Cent Liquiditätsreserve
- 0,13 Cent Marktprämie.¹⁸

Für das Jahr 2013 betrug das Gesamtaufkommen aus der EEG-Umlage 19.326.305.493,02 Euro bei einer EEG-Umlage von 5,277 ct/kWh.¹⁹

Die EEG-Umlage ist Teil der Stromkosten der Letztverbraucher, als Teil der Nettostromkosten wird sie entsprechend mit 19% MWSt im Rahmen der Gesamtveranlagung belastet.

¹⁶ Abkürzung: AusglMechV

¹⁷ Erneuerbare Energien.

¹⁸ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/224067/umfrage/hoehe-der-eeg-umlage-in-deutschland/>

¹⁹ http://www.netztransparenz.de/de/file/2014-01-07_EEG-Konto_finanzieller-HoBA_2013_Dezember_gesamt.pdf.

Die Übertragungsnetzbetreiber sind gemäß § 3 Abs. 3 AusglMechV verpflichtet, bis zum 15. November eines Kalenderjahres die realistische Bandbreite der EEG-Umlage des übernächsten Jahres (d.h. in 2013 für 2015) zu prognostizieren und zu veröffentlichen.

Die prognostizierte Bandbreite für die EEG-Umlage 2015 für nicht privilegierten Letztverbraucher liegt zwischen 5,85 und 6,86 ct/kWh auf Grundlage des EEG 2012.²⁰

1.4.4 Umlagewirkung und Umlagebelastung

Grundsätzlich erhöht die EEG-Umlage die Nettostromkosten der Letztverbraucher.

Die Einnahmen und Ausgabenpositionen der EEG-Umlage sind in § 3 II AusglMechV durch Verordnung der Bundesregierung abschließend festgelegt. Aus der Logik der Absätze 5 und 6 folgt, daß die Einnahmen und Ausgaben zum Ausgleich zu bringen sind. Entsprechend bestimmt die Festlegung der Ausgaben die Höhe der EEG-Umlage, die ihrerseits ein Prognoseelement in Bezug auf den erzielbaren Börsenstrompreis des kommenden Jahres enthält.

Aus der Ausgaben- und Einnahmenstruktur der Umlage in Verbindung mit der Deckungspflicht, lassen sich Rückschlüsse auf die Wirkung der Umlage ziehen, die ihrerseits wieder in Verbindung mit dem Privilegierungstatbestand der Besonderen Ausgleichregelung § 63 ff. EEG 2014²¹ zu sehen ist.

Die Ausgaben bedingen eine feste Einnamengröße, die unabhängig von der Zahl der Umlagepflichtigen zu erbringen ist. Entsprechend führen Umlageprivilegien zu einer Belastungsumverteilung auf alle Umlagepflichtigen ohne Privilegierung. Die EEG-Umlage steigt zwingend, wenn sich die Zahl der Umlagepflichtigen reduziert, da die absolute Einnahmehöhe gleich bleiben muß durch die Fixierung der Ausgaben.

1.4.4.1 Gesamtwirkung der EEG-Umlage

Die EEG-Umlage hat eine Anreizwirkung für die Letztverbraucher zur Reduzierung des Stromverbrauchs, da die Umlage pro verbrauchter kWh Strom berechnet wird. Umgesetzt werden soll das Verursacherprinzip – wer Strom verbraucht, trägt die Kosten für die Internalisierung externer Effekte, den Verbrauch fossiler Energieträger und das Förderziel Erneuerbare Energien – vgl. § 1 EEG.

Ist der Letztverbraucher Verbraucher i.S.v. § 13 BGB, so ist die Umlage grundsätzlich zzgl. 19 % MWSt zu zahlen. Ist der Letztverbraucher Unternehmer i.S.v. § 14 BGB, so ist die Netto-Umlage zu zahlen, soweit kein Privilegierungstatbestand greift.

Das Verursacherprinzip und die Anreizwirkung der EEG-Umlage werden durchbrochen, wenn stromintensive Unternehmen aufgrund ihres Stromverbrauchs aus Wettbewerbsgründen privilegiert werden. Der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG, der mit dem Anknüpfungstatbestand "Letztverbraucher" als Umlageschuldner zum Ausdruck gebracht werden soll, ist aufgehoben.

Die EEG-Umlage führt aufgrund der Zusammensetzung der Umlage zu einer stetigen Erhöhung der Umlage, d.h. die Wirkung der Umlage selbst ist die jährliche Umlageerhöhung.²²

²⁰ Vgl. <http://www.netztransparenz.de/de/Jahres-Mittelfristprognosen.htm> - Stand 26.5.2014.

²¹ § 40 ff. EEG 2012.

²² Vgl. Reshöft/Schäfer, EEG, § 1 EEG, Rn. 28 ff., § 33g EEG, Rn 4.

Entfaltet die EEG-Umlage ihre Anreizwirkung zur Minderung des Stromverbrauchs beim Letztverbraucher, dann sinkt das Aufkommen aus der Umlage mit der Folge, daß die Umlage zur Finanzierung der Vergütungszusagen für die Anlagenbetreiber von EE erhöht werden muß.

1.4.4.2 Wirkung der Bestandteile der EEG-Umlage

Der Anteil der Förderkosten - 2,54 Cent – steigt mit der Zahl der zu fördernden Anlagen in Abhängigkeit garantierter Vergütungszeiträume und degressiv gestalteter Vergütungszahlungen. Die degressiven Komponenten für die Vergütungszahlungen an Anlagenbetreiber müßten die absolute Steigerung der Vergütungszahlungen durch den gewollten Zubau von EE kompensieren oder überkompensieren, um ein Ansteigen der Förderkosten zu verhindern.²³

Der Anteil für den Rückgang des Börsenstrompreises - 1,47 Cent – steigt, je mehr EE abgenommen werden müssen und so die Markträumungsleistung weiter sinkt. Es entsteht ein Überangebot an Strom, infolge sinkt der Preis mit sinkender Nachfrage nach Nicht-EE-Strom. Das Verfahren zur Ermittlung des Markträumungspreises stellt dabei nicht sicher, daß die klimaverträglichste und/oder effizienteste Energieerzeugung nachgefragt wird, da günstiger Strom nicht zwingend den Erfordernissen des Klimaschutzes genügt. Im Gegenteil, gefördert werden Energieträger, die im Zweifel im Gegensatz zur Zielsetzung des § 1 EEG stehen. Die Unterhaltung teurer Energieträger zur Sicherstellung der Grundlast wird ineffizient, unabhängig von Klimaschutzzielen.

Der Anteil des Industrieprivilegs - 1,26 Cent - steigt mit der Zunahme des Stromverbrauchs von Unternehmen, die damit die Grenze zur Privilegierung überschreiten.²⁴

Der Anteil Defizitausgleich - 0,56 Cent - steigt, wenn die Zahlungen aus der EEG-Umlage größer als die prognostizierten Ausgaben sind, z.B. durch Verlängerung von Vergütungszahlungen und/oder -garantien oder stärkerem Ausbau der EE als erwartet.²⁵ Der Defizitausgleich wirkt dabei wie eine jährliche Zahlungsverlagerung, vergleichbar einem fälligen Kredit aus dem Vorjahr, und ist eine Folge der Ausgleichsanforderung aus § 3 VI AusglMechV. Veränderungen des Defizitausgleichs sind die Folge von Prognosefehlern und können entsprechend immer nur Einmaleffekte sein.²⁶

Der Anteil an der Liquiditätsreserve – 0,27 Cent – ist durch § 3 VII i.V.m. § 3 I Nr.1 AusglMechV bestimmt. Er beträgt maximal 10% der prognostizierten Differenz zwischen den Einnahmen gem. § 3 III Nr.1 und 3 und den Ausgaben nach § 3 IV EEG. Damit kann die Liquiditätsreserve steigen, wenn oben bereits beschriebene Wirkungen der Umlage zu einem Ausgabendefizit gegenüber der durch Prognose fixierten jährlichen EEG-Umlage führen.

Die Wirkung der Marktprämie ist nicht eindeutig und in Verbindung mit den reinen Förderkosten zu sehen. Die Marktprämie gleicht für Anlagenbetreiber die Differenz für tatsächlich eingespeisten und abgenommenen Strom zwischen dem durchschnittlichen Börsenpreis und der EEG-Vergütung aus. Die reinen Förderkosten werden sinken, wenn viele Anlagenbetreiber für ihren Strom den Weg der Direktvermarktung wählen, d.h. nicht die gesetzlich festgelegten Vergütungssätze für ihren Strom in

²³ Dies soll u.a. die EEG-Reform 2014 sicherstellen.

²⁴ Vgl. § 40 ff. EEG.

²⁵ " Der Bundesrat stimmte am Freitag der von Schleswig-Holstein beantragten Verschiebung der Stichtagsregelung bei der Reform Gesetzes zu. Erst ab dem 1. Januar 2015 sollen für bis dahin nicht genehmigte Anlagen die niedrigeren neuen Vergütungssätze gelten," aus: Albig froh über Stichtagsregelung bei EEG, Die Welt vom 23.5.2014, http://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/regioline_nt/hamburgschleswig-holstein_nt/article128354382/Albig-froh-ueber-Stichtagsregelung-beim-EEG-Gesetz.html

²⁶ Vgl. Agora, EEG-Umlage kann 2015 leicht sinken, 27.5.2014, <http://www.agora-energielaw.de/themen/die-energielaw/detailansicht/article/eeg-umlage-kann-2015-leicht-sinken/>

Anspruch nehmen. Gleichzeitig kommt es zu einer Verlagerung von Zahlungen aus der Marktprämie, da die EEG-Vergütungen in der Regel höher als der erzielbare Börsenpreis sind und damit ein Ausgleichsanspruch in Form der Marktprämie bei den Anlagenbetreibern entsteht.²⁷ Durch die Wechselwirkung zwischen Marktprämie und Vergütungsmechanismus kommt der Marktprämie keine eigenständige Bedeutung zu, solange der erzielbare Marktpreis für EE unter den Vergütungsgarantien liegt.

²⁷ Vgl. *Reshöft/Schäfer*, EEG, § 33g EEG, Rn 8.

2 FINANZVERFASSUNG ART. 104A FF. GG

Die EEG-Umlage könnte schon unter finanzverfassungsrechtlichen Aspekten unwirksam sein.

"Die Finanzverfassung des Grundgesetzes geht davon aus, daß Gemeinlasten aus Steuern finanziert werden."²⁸

2.1 KOMPETENZEN

Die Finanzverfassung des GG versagt es dem Gesetzgeber, selbst unter Inanspruchnahme von Sachkompetenzen, Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden. Das Steueraufkommen ist gemäß Art. 110 Abs. 1 GG ausnahmslos als Einnahme in den Haushaltsplan einzustellen. Eine Sonderabgabe als Finanzierungsmittel weicht von den grundlegenden Prinzipien der Finanzverfassung ab und greift in die Belastungsgleichheit aller Bürger ein.²⁹ Wenn der BGH in seinem Revisionsurteil vom 25. Juni 2014 schreibt: "Denn dem Gesetzgeber steht ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben zu",³⁰ dann ist dies contra legem und nur mit der Besonderheit des Revisionsverfahrens zu erklären.

2.2 SONDERABGABEN

Eine Sonderabgabe unterscheidet sich grundlegend von Steuern und Vorzugslasten, allein weil im Gegensatz zur Steuer die Belastungsgleichheit aller Bürger aufgegeben wird, und keine Leistungspflicht des Staates - wie bei den Vorzugslasten - besteht.

Die Sonderabgabe weicht dabei von grundsätzlichen Prinzipien der Finanzverfassung gem. Art. 104a bis Art. 108 GG ab:

- Lastengleichheit aller Bürger,
- Grundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans und
- der Gesetzgebungskompetenz nur innerhalb der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit.

"Die relativ gleiche Teilnahme aller Staatsbürger an den die Gemeinschaft treffenden Lasten nach Maßgabe der vom Steuergesetz getroffenen Belastungsentscheidung würde zu einem bloßen Formalprinzip entwertet, wenn nicht zugleich gewährleistet wäre, daß diese Lasten auch tatsächlich aus den von allen gemeinsam aufgebrachtten Steuermitteln getragen werden. In dem Maße, in dem der Staat bestimmte öffentliche Aufgaben nicht aus Steuergeldern finanziert, sondern sie einzelnen Bürgern oder Gruppen neben ihrer Steuerlast und ohne Rücksicht bei dieser aufbürdet, hebt er der Sache nach die Lastengleichheit wieder auf."³¹

Deshalb stellt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich fest: "Doch muß,, die Sonderabgabe engen Grenzen unterliegen; sie muß deshalb eine seltene Ausnahme bleiben."³²

²⁸ BVerfGE 91, 186 (201) – Kohlepfennig.

²⁹ Vgl. BVerfGE 91, 186 (202) – Kohlepfennig.

³⁰ BGH, Urteil vom 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 169/13.

³¹ Friauf in: Festschrift für Jahrreiß, 1974, S. 45 (48).

³² BVerfGE 91, 186 (203).

Das Budgetrecht des Parlaments ist schon dadurch berührt, daß eine Sonderabgabe haushaltsflüchtig ist, da ihr Aufkommen nicht dem Staatshaushalt zugeführt wird. Sonderabgaben fließen regelmäßig nicht in die Staatskasse, gleichgültig, ob es sich um sogenannte Ausgleichsabgaben oder um Sonderabgaben anderer Art handelt. Sie werden mithin auch nicht von den Finanzbehörden verwaltet.³³

Sonderabgaben werden als öffentliche Abgaben zwar nicht im GG erwähnt, jedoch bisher in ständiger Rechtsprechung des BVerfG als verfassungsgemäß angesehen. Sie wurden bisher aus der allgemeinen Sachkompetenz des Bundesgesetzgebers gem. Art. 73 GG abgeleitet.³⁴

"..., daß der Gesetzgeber bei der Einführung von Sonderabgaben Kompetenzschränken zu beachten hat, die seinen Gestaltungsspielraum im Verhältnis zur übrigen Regelungsbefugnis in der jeweiligen Sachmaterie deutlich verengen; es ist dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich versagt, eine öffentliche Aufgabe *nach seiner Wahl* im Wege der Besteuerung oder durch Erhebung einer "parafiskalischen" Sonderabgabe zu finanzieren."³⁵

Wie problematisch dieser Gegenstand ist, wenn der Gesetzgeber – wieder einmal eine Sonderabgabe kreiert, wird schon aus den Worten Friaufs deutlich:

"Schon mit der objektiven Ordnungsfunktion dieser bundesstaatlichen Finanzverfassung verträge es sich nicht, es der Willensentschließung des "einfachen" Gesetzgebers zu überlassen, eine bestimmte öffentliche Aufgabe im Wege der Besteuerung oder - unter Berufung auf eine weit gefaßte Sachgebietszuständigkeit (z. B. das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Nr. 11 GG) - durch Erhebung einer "parafiskalischen" Sonderabgabe zu finanzieren. Denn ein "Wahlrecht" des Gesetzgebers zwischen der Einführung von Steuern oder Sonderabgaben würde "die Regelungen in Art. 105 und 106 GG zwangsläufig zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellen" und "einen der am sorgfältigsten behauenen und in einer Kette von Verfassungsänderungen mehrfach modifizierten Ecksteine aus dem Gefüge der bundesstaatlichen Verfassung" herausbrechen."³⁶

Das BVerfG unterscheidet zur weiteren Eingrenzung zwischen Abgaben **mit** und **ohne** Finanzierungszweck, und bei Vorliegen eines Finanzierungszwecks zwischen **gruppennützigen** und **fremdnützigen** Sonderabgaben.³⁷

2.3 KRITERIEN FÜR EINE ZULÄSSIGE SONDERABGABE

In seinem Urteil zur Berufsbildungsabgabe³⁸ hat das BVerfG die Anforderung an eine zulässige Sonderabgabe konkretisiert und damit gleichzeitig fünf kumulative Kriterien entwickelt, nach denen eine gesetzliche Zahlungsverpflichtung eingeordnet werden kann.

"1. Als außersteuerliche Geldleistungspflicht der Angehörigen einzelner Gruppen stößt die Sonderabgabe auf enge kompetenzrechtliche Grenzen. Sie kann als zusätzliche Belastung einzelner nur erhoben werden, wenn sie sich auf einen besonderen Zurechnungsgrund stützen

³³ Vgl. BVerfGE 18, 315 (328).

³⁴ Vgl. u.a. BVerfGE 8, 274 (317).

³⁵ BVerfGE 55, 274 (300).

³⁶ Friauf in: Festschrift für Haubrichs, 1976, S. 103 (106 f.).

³⁷ Schmidt, Sonderabgaben in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 1991, 36.

³⁸ BVerfGE 55, 274.

*läßt, der vor den Grundsätzen der bundesstaatlichen Finanzverfassung und vor dem Gebot der Gleichheit aller Bürger vor den öffentlichen Lasten Bestand hat.*³⁹

Die Wahrung der Lastengleichheit aller Bürger als Ausprägung des Gleichheitsgebots aus Art. 3 GG erfordert für zusätzliche Belastungen einzelner Bürger eine besondere Begründung, zu der der Gesetzgeber im Lichte der Finanzverfassung keine Alternative hat.

Der Gesetzgeber hat dagegen nicht das Recht, willkürlich oder unverhältnismäßig einzelne Bürger zur Finanzierung einer Aufgabe heranzuziehen, die im Interesse der Allgemeinheit steht. Der Gesetzgeber ist an die verfassungsmäßige Ordnung gem. Art. 20 III GG gebunden, d.h. eine finanzielle Belastung der Bürger ist u.a. auch an Art. 14 GG – der verfassungsimmanenten Schranke der Eigentums-
garantie zu messen, die den Individualschutz zur Entfaltung bringt.

"2. Die Bewahrung der bundesstaatlichen Ordnungsfunktion und Ausgleichsfunktion der Art. 104a bis Art. 108 GG macht es unabdingbar, Steuern und außersteuerliche Abgaben eindeutig voneinander abzugrenzen.

a) Entscheidend für die Qualifizierung einer Abgabe als Sonderabgabe ist ihr materieller Gehalt. Es kommt nicht darauf an, wie das Abgabengesetz selbst eine öffentliche-rechtliche Abgabe klassifiziert.

b) Sonderabgaben dürfen nicht zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben und ihr Aufkommen darf nicht zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben verwendet werden.

*c) Die konkrete haushaltsmäßige Behandlung einer Abgabe durch den Gesetzgeber hat keine konstitutive Bedeutung für ihre verfassungsrechtliche Qualifizierung als Sonderabgabe oder Steuer.*⁴⁰

Sonderabgaben und Steuern haben eine Gemeinsamkeit. Sie werden voraussetzungslos erhoben, d.h. ohne korrespondierende Gegenleistung des Staates. Dieser Gemeinsamkeit wohnt die Gefahr inne, Sonderabgaben ohne finanzverfassungsrechtliche Schranken zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben heranzuziehen, die nach dem Willen der Verfassung ausschließlich der Finanzierung durch Steuern zugewiesen sind.⁴¹

Steuern und Sonderabgaben haben beide eine Finanzierungsfunktion, die Steuer hat darüber hinaus auch eine Ordnungs- und Ausgleichfunktion. Vor diesem Hintergrund ist es dem Gesetzgeber verwehrt, für die Finanzierung einer Staatsaufgabe eine Finanzierungsform zu wählen. Er ist gehalten, die Finanzierung der Funktion und der Aufgabenart – Gemeinlast oder keine Gemeinlast – unterzuordnen.

Sonderabgaben werden nicht von Finanzbehörden verwaltet und sind nicht Gegenstand des Haushaltsplans, sie belasten eine spezifische Gruppe und nicht die Gemeinschaft.⁴² Eine Sonderabgabe muß vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich als Sonderabgabe typisiert worden sein. Die **materielle Ausgestaltung** einer Abgabe entscheidet über ihr Wesen, unabhängig von ihrer organisatorischen Ausgestaltung und formalen Einordnung.

"3. a) Eine gesellschaftliche Gruppe kann nur dann mit einer Sonderabgabe in Anspruch genommen werden, wenn sie durch eine gemeinsame, in der Rechtsordnung oder in der gesell-

³⁹ BVerfGE 55, 274 (274).

⁴⁰ BVerfGE 55, 274 (274)

⁴¹ Vgl. BVerfGE 55, 274 (294).

⁴² Vgl. BVerfGE 18, 315 (328).

*schaftlichen Wirklichkeit vorgegebene Interessenlage oder durch besondere gemeinsame Gegebenheiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar ist, wenn es sich also um eine in diesem Sinne **homogene** Gruppe handelt.*

b) Die Erhebung einer Sonderabgabe setzt eine spezifische Beziehung (Sachnähe) zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck voraus. Die mit der Abgabe belastete Gruppe muß dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck evident näher stehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler. Aus dieser Sachnähe muß eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen.

c) Die außersteuerliche Belastung von Angehörigen einer Gruppe setzt voraus, daß zwischen den Belastungen und den Begünstigungen, die die Sonderabgabe bewirkt, eine sachgerechte Verknüpfung besteht. Das ist der Fall, wenn das Abgabeaufkommen im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen, also "gruppennützig" verwendet wird."⁴³

Eine wesentliche Ausprägung rechtstaatlicher Demokratie ist der fundamentale Grundsatz der Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung öffentlicher Lasten i.S.v. Art. 3 GG.⁴⁴ Steuergerechtigkeit soll die Belastungsgleichheit aller Bürger gewährleisten.

Die Erhebung einer Sonderabgabe steht im Gegensatz zu dem oben genannten Ziel der Belastungsgleichheit, sie wird nicht allen, sondern nur wenigen auferlegt. Aus diesem Grund bedarf es einer besonderen Begründung, warum die Gleichheit aller Bürger in diesem konkreten Belastungsfall aufgehoben werden kann. Es muß ein Abgrenzungskriterium zwischen Belasteten und Nicht-Belasteten geben, eine spezifische Interessenlage, die keine Gemeinschaftsaufgabe aller ist.

Art. 3 GG verbietet dem Gesetzgeber Willkür bei der Definition einer Gruppe. Infolgedessen muß eine belastete Gruppe eine homogene Gruppe sein, die dem Abgabenzweck näher steht als alle anderen, und die eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu allen anderen rechtfertigt.

Die vom Verfassungsgericht geforderte Sachnähe ist nicht in die Beliebigkeit des Gesetzgebers gestellt. Sie ist nach materiell-inhaltlichen Kriterien zu bestimmen und entzieht sich einer Normierung durch den Gesetzgeber aus Anlaß der Einführung einer Abgabe.⁴⁵

Element dieser geforderten Sachnähe ist auch die gruppennützige Verwendung der Abgabe. Fremdnützige Abgaben sind dem Grunde nach unzulässig, das Fehlen der Allgemeinnützigkeit wird nicht durch gruppendienliche Privatnützigkeit aufgefangen.⁴⁶ Gefordert ist die Verwendung der Abgabe im Interesse der Gesamtgruppe der Abgabepflichtigen.

"4. Die Sonderabgabe hat gegenüber der Steuer die seltene Ausnahme zu sein; daraus folgt, daß die Zulässigkeitskriterien strikt auszulegen und anzuwenden sind."⁴⁷

Aus der Anwendung von Art. 3 GG für die Finanzierung staatlicher Aufgaben folgt zwingend, daß eine Sonderabgabe kein alltägliches Instrument des Gesetzgebers ist. Eine Sonderabgabe weicht von den grundlegenden Prinzipien der Finanzverfassung ab. Der Eingriff in die Belastungsgleichheit aller Bürger, möglicherweise auch in Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG erfordert ihren Ausnahmecharakter

⁴³ BVerfGE 55, 274 (274).

⁴⁴ Vgl. Klaus Vogel, Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht, in VDStfG 12, 1989, S. 123(139).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 55, 274 (307).

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 91, 186 (203f.).

⁴⁷ BVerfGE 55, 274 (274).

und eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung im verfassungsrechtlichen Sinne – Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Abgabe.

"5. Der Gesetzgeber ist bei einer auf längere Zeit angelegten Finanzierung einer in die spezifische Verantwortung einer Gruppe fallenden Aufgabe durch Erhebung einer Sonderabgabe von Verfassungswegen gehalten, stets zu überprüfen, ob seine ursprüngliche Entscheidung für den Einsatz des gesetzgeberischen Mittels "Sonderabgabe" aufrecht zu erhalten oder ob sie wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Wegfalls des Finanzierungszwecks oder Zielerreichung zu ändern oder aufzuheben ist."⁴⁸

Der Ausnahmecharakter der Sonderabgabe als ein Instrument neben der Finanzverfassung impliziert, daß sie keinen dauerhaften Charakter haben kann. Der Fortbestand einer homogenen Gruppe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, bedarf einer kontinuierlichen Überprüfung, da sonst der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG verletzt sein könnte. Schon daraus ergibt sich in jedem Fall die a priori vorgegebene zeitliche Begrenztheit der Geltungsdauer dieses Instruments.

2.4 DAS WESEN DER EEG-UMLAGE

2.4.1 Zuordnung zu Abgabenarten durch die gegenwärtige Rechtsprechung

Die zentrale Frage, um die EEG-Umlage ihrem Wesen nach zuordnen zu können ist:

Ist sie eine **öffentliche Abgabe** oder ist sie nur ein Interessensausgleich in einem Privatrechtsverhältnis.

Die Haltung der Gerichte hierzu ist bisher eindeutig. Die EEG-Umlage ist danach **keine öffentliche Abgabe**, deshalb ist sie auch keine Sonderabgabe, auf die die Grundsätze der Finanzverfassung anzuwenden wären.

Die Gerichte setzen sich detailliert mit der Argumentation von Mansson auseinander, der in seinem Gutachten zu einem gegenteiligen Ergebnis kommt und die EEG-Umlage als öffentliche Abgabe einstuft.⁴⁹ So u.a.:

LG Chemnitz, Endurteil vom 22.03.2013 - 1 HK O 1113/12:

"Anders als im Fall des „Kohlepfennigs“ hat der Gesetzgeber keinen öffentlich-rechtlichen Sonderfonds errichtet, über den die Mittel geführt werden. Eine Etatisierung der über die EEG-Umlage bewegten Mittel findet gerade nicht statt. In der Literatur wird durchaus vertreten, dass die zum 01.01.2012 in §§ 35 bis 37 EEG verankerte neue Wälzung der EEG-Umlage die Eigenschaft einer Finanzierungs-sonderabgabe gebe, die gleich dem Kohlepfennig mangels geeigneter Rechtfertigung als verfassungswidrig einzustufen sei.

Die Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand liege darin, dass sich das hoheitliche Gemeinwesen mit der Abgabe die Verfügungsgewalt über Finanzmittel verschaffe, ohne dass die

⁴⁸ BVerfGE 55, 274 (274).

⁴⁹ "Bisher kein Erfolg beschieden ist den Musterklagen gegen die EEG-Umlage. Die damit befassten *Landgerichte Bochum, Stuttgart und Chemnitz* wiesen die Klagen ab. Gegen die das Urteil des *LG Bochum* bestätigende Berufungsentscheidung des *OLG Hamm* legte das betreffende Unternehmen Revision ein. Auf Grund dessen werden das *OLG Stuttgart* und das *OLG Dresden* in der Sache vorerst nicht entscheiden.."; aus: *Scholtka/Baumbach/Pietrowicz*: Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2013, NJW 2014, 898 ,

Abgabe in den Haushalt oder in öffentlich-rechtliches Sondervermögen fließe. Die Quersubventionierung müsse sich der Staat als abgekürzten Zahlungsweg zurechnen lassen, der zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar auf private Mittel zugreife.

Dabei würden Gemeinwohlbelange verfolgt, die außerhalb des im jeweiligen Privatrechtsverhältnis ausgestalteten Interessenausgleichs liegen. Der Preisregelung komme hierdurch die Qualität einer „Als-ob-Sonderabgabe“ zu. Die Voraussetzungen staatlicher Einnahmen (private Belastungswirkung und hoheitlich zurechenbare, öffentliche Aufkommenswirkung) seien bei derartigen Quersubventionierungen gegeben, die zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar auf private Mittel zugreifen, um sie privaten Dritten zuzuwenden. Die Mittelabschöpfung und -vergabe zur Verfolgung von Gemeinwohlzwecke umgehe allein technisch den finanzverfassungsrechtlich angelegten Weg über die haushaltsrechtliche Verbuchung. Der vom Gesetzgeber gewählte Verzicht auf den technischen Zwischenschritt der Verbuchung in eigenständigen Fonds könne ihn nicht von den Maßstäben des Finanzverfassungsrechts entbinden. Die Sicherung einer umweltfreundlichen Stromerzeugung sei eine Gemeinwohlaufgabe, welche über das Finanzierungsinstrument der Steuer zu regeln sei. Der gewählte Weg über eine Quasi Sonderabgabe sei verfassungswidrig (siehe Mansson in Gew.Arch Beilage 04/2012, S.170-187).

Dieser Auffassung wird nicht beigetreten.

Im Ergebnis kann der EEG-Umlagewälzung keine dem Kohlepfennigausgleichsfonds analoge Sonderabgabenregelung entnommen werden, die die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit überschreitet. Die EEG-Umlage stellt sich tatbestandlich noch als statthafte Preisregelung dar. Hieran hat auch die seit 2012 gesetzlich normierte neue Wälzung nichts geändert. Zwar soll nach dem EEG, wie beim Kohlepfennig, der Trägermix in der Stromerzeugung nach politischen Erwägungen verändert werden und die dazu nötigen Lasten von dem Endverbraucher aufgebracht werden. Bei der Ausgestaltung bleibt die EEG-Umlage aber eine komplexe Preisregelung, die den Verfügungsbereich der öffentlichen Hand zu keinem Zeitpunkt erreicht und auch nicht erreichen soll. Allerdings ist der Klägerin zuzustimmen, dass die EEG-Umlage nach neuer Wälzung von staatlicher Seite in einen geschlossenen Finanzkreislauf etabliert wurde, bei dem der Geldfluss auf der Einnahme- und auf der Ausgabeseite vollständig gesetzlich normiert wurde. Jedoch ist weder auf der Erhebungsseite noch auf der Verteilungsseite ein öffentlich-rechtliches Gemeinwesen beteiligt. Alleine die Durchnormierung des Finanzkreislaufes reicht nicht aus, um eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand anzunehmen. Darin unterscheidet sich die EEG-Umlage von dem Kohlepfennig, der in einem von der öffentlichen Hand verwalteten Sonderfonds eingespeist wurde. Hieran fehlt es. Die materiellen Kriterien, die für Sonderabgaben gelten, lassen sich nicht auf die EEG-Vergütungspflicht übertragen, da diese lediglich Finanzbeziehungen zwischen Privaten organisiert, die die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung nicht in Frage stellen (siehe Eric Gawel, Finanzverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab für die EEG-Umlage, Januar 2013, Helmholtz Zentrum für Umweltforschung UFZ)."

OLG Hamm · Urteil vom 14. Mai 2013 · Az. 19 U 180/12:

"Voraussetzung für eine Verfassungswidrigkeit der EEG-Umlage unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die Finanzverfassung des Grundgesetzes ist daher, dass es sich hierbei um eine "Sonderabgabe" handelt. Entgegen der Auffassung der Klägerin und dem von ihr vorge-

legten Rechtsgutachten handelt es sich aber bei der EEG-Umlage nicht um eine solche Sonderabgabe. Zwingende Voraussetzung hierfür wäre, dass es sich um eine **öffentliche** Abgabe handelt, hiermit also eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht wird (vgl. BVerfG in NJW 1997, 573 ff). Der EEG-Umlage nach § 37 II EEG, wie auch dem gesamten Förderungsmechanismus, wie er mit dem Erneuerbare-Energien-Gesetz geregelt und verwirklicht wird, kommt eine solche Aufkommenswirkung nicht zu.

Die Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG, welche die Energieversorgungsunternehmen zu zahlen haben, ist ausschließlich an juristische Personen des privaten Rechts, nämlich an die übergeordneten Netzbetreiber zu entrichten. Gleiches gilt für die Abnahme- und Vergütungsverpflichtung der Netzbetreiber gegenüber den Anlagebetreibern nach den §§ 8, 16 EEG sowie für die in § 34 EEG statuierte Verpflichtung der Netzbetreiber gegenüber den vorgelagerten Übertragungsnetzbetreibern, den EEG-Strom weiterzugeben. Sämtliche Geldmittel, welche durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz geschaffen und gesteuert werden, bewegen sich ausschließlich zwischen juristischen Personen des Privatrechts. Die öffentliche Hand wird hierdurch weder unmittelbar noch mittelbar berührt; ihr fließen keine Gelder zu. All dies wird auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt. Entgegen ihrer Ansicht genügt es aber nicht für eine Aufkommenswirkung, wenn der Geldfluss auf der Einnahmen- und auf der Ausgabenseite durch den Gesetzgeber gesteuert wird und hiermit ein Finanzbedarf für allgemeine öffentliche Zwecke gedeckt wird. Der Senat verkennt nicht, dass es sich bei dem durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz geregelten Förderungsmechanismus nicht um eine bloß punktuell eingreifende Preisregelung handelt, sondern um ein autarkes System, durch welches ein öffentliches Ziel, nämlich die Förderung der erneuerbaren Energien, vollständig durch die Schaffung von Leistungsbeziehungen zwischen Personen des Privatrechts verfolgt und somit von der öffentlichen Hand gewissermaßen "ausgelagert" wird. Verkannt wird auch nicht, dass es für den Stromkunden, welcher zwar nicht gesetzlich, aber aufgrund der vertraglichen "Weitergabe" der EEG-Umlage durch sein Elektrizitätsversorgungsunternehmen faktisch die Kosten für den Ausbau und die Förderung erneuerbarer Energien trägt, keinen signifikanten Unterschied ausmacht, ob die Belastung aufgrund einer Abgabepflicht gegenüber der öffentlichen Hand oder gegenüber juristischen Personen besteht, da auch diese Belastung aufgrund der gesetzlichen Verpflichtungen der Netzbetreiber und der Elektrizitätsunternehmen zur Abnahme und Zahlung der Vergütung an die Anlagenbetreiber beziehungsweise zur Zahlung der EEG-Umlage - zwangsweise - erfolgt. Gleichwohl verbleibt es dabei, dass eine Aufkommenswirkung nur dann vorliegt, wenn Einnahmen der öffentlichen Hand generiert werden oder sie zumindest mittelbar Zugriff auf die Geldmittel erhält. Nur dann erhält die öffentliche Hand nämlich die Verfügungsgewalt über die Geldmittel und kann diese steuern und einsetzen. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH in NJW-RR 2004, 262 ff)⁵⁰ setzt eine Sonderabgabe die Verfügungsgewalt der öffentlichen Hand über die Geldmittel voraus.

⁵⁰ "Bei den von der Klägerin geltend gemachten Aufschlägen für die ihr durch das EEG und das KWK-G entstandenen Mehraufwendungen handelt es sich, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, weder um Steuern im Sinne von § 3 AO noch um (öffentlich-rechtliche) Abgaben, unter denen neben Steuern auch Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben zu verstehen sind. Wie der Bundesgerichtshof für Leistungspflichten nach dem Stromeinspeisungsgesetz vom 7. Dezember 1990 (BGBl. I 1990, 2633) entschieden hat, stellten diese nach ihrem materiellen Gehalt keine Abgabenlasten dar, weil mit der Festlegung des Mindestpreises für den eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien dieser Strom gefördert werden sollte, ohne daß eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht wurde; es handelte sich damit um eine Preisfestsetzung im Rahmen des Austauschverhältnisses der beteiligten Unternehmen. Das gleiche gilt für die Zahlungspflicht der Netzbetreiber nach dem EEG und KWK-G, die nunmehr feste Mindestvergütungen für den eingespeisten Strom sowie eine gesonderte Ausgleichsregelung unter den Netzbetreibern bestimmt haben, da auch hier Zahlungen

Dies ist bei den Geldmitteln, die für die Förderung und den Ausbau erneuerbarer Energien generiert werden, nicht der Fall. Der Gesetzgeber kann lediglich prognostisch Zielvorgaben formulieren und korrigierend und gestaltend eingreifen, und auch dies nicht mit unmittelbarer zeitlicher Wirkung. Unmittelbaren Einfluss durch Steuerung und Lenkung der Geldmittel, wie es bei einer Verfügungsgewalt über die Gelder der Fall wäre, hat die öffentliche Hand nicht."

BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 · Az. VIII ZR 169/13:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Mai 2013 wird zurückgewiesen.⁵¹

Zentrale Aussagen aus dem Urteil:

2. Die geltend gemachten Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage nach § 37 Abs. 2 EEG 2012 sind nicht begründet. Insbesondere liegt ein Verstoß gegen die in Art. 105 ff. GG niedergelegten Grundsätze der Finanzverfassung nicht vor. Die EEG-Umlage stellt keine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion dar. Vielmehr enthält § 37 Abs. 2 EEG 2012 eine gesetzliche Preisregelung. Hierauf sind die für Sonderabgaben entwickelten Maßstäbe nicht - auch nicht entsprechend - anzuwenden. Ein "Formenmissbrauch" des Gesetzgebers ist ebenso wenig ersichtlich wie eine Verletzung von Grundrechten der Netzbetreiber, Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Endkunden.

a) Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei der Verpflichtung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen gemäß § 37 Abs. 2 EEG 2012, den Übertragungsnetzbetreibern mit der EEG-Umlage die Differenz zwischen den Kosten aufgrund der abzunehmenden EEG-Strommengen und den Einnahmen aus der Vermarktung zu erstatten, nicht um eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion, an deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit das Bundesverfassungsgericht strenge Anforderungen stellt (vgl. hierzu zuletzt BVerfG, Urteil vom 28. Januar 2014, NVwZ 2014, 646, 650 ff., zu §§ 66 ff. FFG).

aa) Wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, fehlt es bei der in § 37 Abs. 2 EEG 2012 geregelten EEG-Umlage bereits an der Grundvoraussetzung für eine Sonderabgabe, der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand (ebenso LG Chemnitz, ZNER 2013, 185 f.; LG Stuttgart, ZNER 2013, 417, 418; Sailer/Kantenwein in Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl., Einl. Rn. 126 ff.; Altrock/Oschmann in Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl., Einf. Rn. 50 ff.; Bösch, IR 2013, 180 f.; Dalibor, EnWZ 2013, 419, 420 ff.; Gawel, DVBl. 2013, 409, 411; Brandt, ER 2013, 91, 93 ff.; Bayer, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 2013, 104, 108 f.; aA Manssen, DÖV 2012, 499, 502 f.; Salje, EEG 2012, 6. Aufl., § 37 Rn. 10).

Das Verfolgen unterschiedlicher Ziele innerhalb des EEG 2012 ist aufgrund des politischen und rechtlichen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers verfassungsrechtlich unbedenklich. Am Fehlen einer Aufkommenswirkung der EEG-Umlage zugunsten der öffentlichen Hand ändert die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 EEG 2012 nichts. Sie führt nicht dazu, dass die öffentliche Hand Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage generierten Geldmittel erlangt.

nicht an eine öffentliche Einrichtung, sondern an den Betreiber der Kraftwerke mit Einsatz regenerativer Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung erfolgen."

⁵¹ § 559 ZPO Revision - **Beschränkte Nachprüfung tatsächlicher Feststellungen**

(1) Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Außerdem können nur die in § 551 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b erwähnten Tatsachen berücksichtigt werden.

Auch der Hinweis der Revision auf das beträchtliche finanzielle Volumen dieser Art der Förderung der Anlagenbetreiber einerseits und der stromintensiven Unternehmen andererseits rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Dass die Klägerin durch die Belastung mit der EEG-Umlage in ihren Grundrechten - etwa aus Art. 3 Abs. 1 GG - verletzt wäre, wird von der Revision nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Das gleiche gilt für eine Verletzung von Grundrechten der Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder der Netzbetreiber. Insbesondere liegt eine sachwidrige Ungleichbehandlung der Stromkunden durch die Ausnahmeregelung der §§ 40 ff. EEG 2012 angesichts des in § 40 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012 normierten Gesetzeszwecks nicht vor. Dementsprechend wird in dem von der Klägerin in erster Instanz vorgelegten Rechtsgutachten ein Grundrechtsverstoß mit Recht verneint.

*Ein "Umschlagen" einer zulässigen Preisregelung in eine unzulässige Sonderabgabe liegt auch bei erheblicher Durchnormierung der privatrechtlichen Beziehungen nicht vor (Riedel/Weiss, EnWZ 2013, aaO; vgl. auch BVerfGE 105, 185, 194 f.). **Denn dem Gesetzgeber steht ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben zu.***

2.4.2 EEG-Umlage als öffentliche Abgabe

Ob die EEG-Umlage eine (öffentliche) Sonderabgabe ist, läßt sich anhand der Maßstäbe des BVerfG im Beschluß zum Stromeinspeisegesetz überprüfen.⁵² Alle bisherigen Entscheidungen der Gerichte zur Frage, ob die EEG-Umlage eine Sonderabgabe ist oder nicht, basieren auf den grundsätzlichen Vorüberlegungen des Bundesverfassungsgerichts im damaligen Beschluß:

"Das Landgericht geht zunächst davon aus, daß der Gesetzgeber die beabsichtigte Subventionierung der Erzeuger regenerativer Energiequellen nicht als Sonderabgabe ausgestattet hat. Zur Begründung der seiner verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde gelegten Annahme, daß die Regelung dennoch materiell als gesetzliche Grundlage für die Erhebung einer Sonderabgabe zu qualifizieren sei, verweist das Gericht im wesentlichen darauf, daß die Belastungswirkung für die Verpflichteten und die Förderwirkung für die Begünstigten aufgrund des § 3 Abs. 1 Satz 1 StrEG sich nicht von den Wirkungen unterscheiden, die im Falle einer Subventionierung über einen Sonderfonds eintreten würden. Der Gesetzgeber hätte das mit der gesetzlichen Regelung verfolgte Ziel auch durch eine Sonderabgabe erreichen können.

a) Der Vorlagebeschluß enthält keine hinreichende Auseinandersetzung mit der Frage, ob die beanstandete Regelung überhaupt als Abgabenerhebung qualifiziert werden kann oder muß.

Die Qualifizierung der Vergütungsregelung als gesetzliche Grundlage für die Erhebung einer Sonderabgabe setzt zunächst voraus, daß es sich bei der zu zahlenden Vergütung um eine öffentliche Abgabe handelt. Für die rechtliche Beurteilung hätte es daher, da ein öffentlich-rechtlicher Sonderfonds gerade nicht eingerichtet wurde, u.a. näherer Darlegungen dazu bedurft, in welcher Weise hier eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht wird und die geschuldete Leistung deshalb als öffentliche Abgabe anzusehen ist. Anschließend wäre im Falle der Annahme einer öffentlichen Abgabe zu untersuchen gewesen, ob diese als Sonderabgabe zu qualifizieren ist. Denn die Sonderabgabe stellt keinen abgabenrechtlichen Auffangtatbestand dar, sondern einen Tatbestand mit Warnfunktion, dem bei

⁵² Mitteilung der Pressestelle des Bundesverfassungsgerichts Nr. 3/96, Beschluß vom 9. Januar 1996 - 2 BvL 12/95.

Vorliegen seiner Voraussetzungen rechtfertigende Kraft zukommt. Er wird neben der grundrechtlichen Betroffenheit dadurch geprägt, daß das haushaltsflüchtige Aufkommen dem parlamentarischen Budgetrecht entzogen und durch die Inanspruchnahme einer Sachkompetenz die Erhebung der Abgabe von den Vorgaben der Finanzverfassung gelöst wird (BVerfGE 91, 186 <201 ff.> m.w.N.). Eine Einordnung als Sonderabgabe hätte daher weiterer Erörterungen zur Frage der kompetenzrechtlichen Zugehörigkeit der Abgabenerhebung zu einer Sachmaterie und der Haushaltsflüchtigkeit eines entsprechenden Abgabenaufkommens bedurft.

b) Das Gericht hätte sich auch mit der Möglichkeit, die Regelung als reine Preisfestsetzung ohne abgabenrechtlichen Charakter zu begreifen, schon aufgrund der gesetzgeberischen Gestaltung auseinandersetzen müssen, die die Anwendung der Finanzverfassung auf den ersten Blick durchaus zweifelhaft erscheinen läßt (so auch Arndt, RdE 1995, S. 41 <42>). Zudem ergab sich die entscheidende Bedeutung dieser Frage auch aus dem Vorbringen der Parteien im Ausgangsverfahren, den von diesen vorgelegten Rechtsgutachten sowie dem vom Kläger im Ausgangsverfahren vorgelegten Urteil des Landgerichts Freiburg (Rechtsgutachten von Professor Dr. Karl Heinrich Friauf; Rechtsgutachten von Professor Dr. Rupert Scholz; Arndt, RdE 1995 S. 41 ff.; Urteil des Landgerichts Freiburg vom 7. September 1995 - 12 O 70/95 -). Das Gericht hätte im Rahmen der richterlichen Überzeugungsbildung zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Norm dieses Vorbringen sowie weitere einschlägige Erörterungen (z.B. Hucko, RdE 1995, S. 141) eingehend würdigen müssen.

c) Seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit gründet sich auf eine Prüfung anhand von finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben. Daß dieser Maßstab hier unabhängig von der gesetzlichen Qualifizierung der Regelung anzuwenden ist, hat das vorlegende Gericht ebenfalls nicht hinreichend dargelegt. Denn die Ausführungen des Gerichts verkennen insoweit, daß die rechtliche Beurteilung staatlichen Handelns zunächst die Unterscheidung zwischen dem Mittel und dem Ziel des Handelns voraussetzt. So mögen das Ziel und auch die Belastungswirkung der beiden Handlungsformen identisch sein, ohne daß aber allein deshalb die für das Abgabenrecht geltenden Maßstäbe (Finanzverfassung) unbeschadet auf eine Preisregelung anzuwenden wären (zu den Maßstäben vgl. BVerfGE 70, 1 <25 ff.>; 68, 193 <216 ff.>; zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Steuern und außersteuerlichen Abgaben vgl. BVerfGE 55, 274 <304>).

Eine Preisfestsetzung, welche einen Anbieter "subventioniert", um einen Interessenausgleich zu erreichen, den die Marktbedingungen nicht leisten können, kann zwar im Einzelfall weitgehend die gleichen Wirkungen erzielen wie eine Sonderabgabe. Besonders deutlich mag dies wiederum dann hervortreten, wenn eine bestimmte Leistung nur noch zu einem gesetzlich festgesetzten Preis angeboten wird und zudem bestimmte Abnahmeverpflichtungen hinzukommen. Dies alleine führt aber nicht schon dazu, daß eine entsprechende Anwendung der Art. 104 a ff. GG und ihres Ausschließlichkeitsanspruchs zu rechtfertigen wäre (vgl. hierzu Scholz, in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, S. 600 ff. und insoweit zustimmend Friauf, in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, S. 597 ff.).

Den Darlegungen des Gerichts läßt sich damit lediglich entnehmen, daß grundsätzlich auch die Erhebung einer Sonderabgabe zur Erreichung des hier verfolgten Zweckes in Betracht gezogen werden kann. Es ist aber nicht dargetan, daß es für die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm auf eine konkrete Ausgestaltung als Sonderabgabe deshalb nicht ankäme, weil entweder hiervon unabhängig die rechtlichen Maßstäbe für die Sonderabgabe anzuwenden wären oder aber die Regelung auch als Preisfestsetzung ohne abgabenrechtlichen Charakter aus anderen Gründen verfassungswidrig wäre."

Damit ist zwei Fragestellungen zur Qualifizierung der EEG-Umlage vorab nachzugehen, die das Gericht im letzten Absatz seiner Ausführungen als Mangel des Vorlagebeschlusses rügt, jedoch in der endgültigen Bewertung offen läßt:

2.4.2.1 Ist die EEG-Umlage eine öffentliche Abgabe?

2.4.2.1.1 Öffentliche Abgabe

Der Begriff der **öffentlichen Abgabe** ist konturenlos geworden.⁵³ Die herrschende Meinung versteht darunter eine hoheitlich geltend gemachte Geldforderung, die von allen erhoben wird, einen gesetzlich bestimmten Tatbestand erfüllt und den Finanzbedarf eines Hoheitsträgers zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben deckt.⁵⁴ Die Sonderabgabe, die nicht die klassische Finanzierungsfunktion von Steuern, Beiträgen und Gebühren hat, soll dann eine öffentliche Abgabe i.S.v. § 80 II VwGO sein, wenn die Finanzierungsfunktion eine von mehreren Zwecken darstellt.

Sinn und Zweck der Zuordnung der Sonderabgabe zu den öffentlichen Abgaben ist die Sicherstellung des Mittelflusses für ein schützenswertes Gemeinschaftsgut, das durch die aufschiebende Wirkung von § 80 I VwGO ansonsten gefährdet wäre.

Folgt man diesem Rechtsschutzkonzept des § 80 VwGO für Gemeinschaftsgüter, dann kommt es für die Klassifizierung einer Umlage nicht auf die konkrete Gestaltung des Mittelflusses und seiner Verwaltung an, sondern ausschließlich auf die Kontinuität und Verlässlichkeit des Mittelflusses zur Sicherstellung einer geschuldeten Leistung.

Eine öffentliche Abgabe ist damit ein Mittelfluß, der eine Finanzierungsfunktion hat, der gesetzlich bestimmt ist und eine geordnete Haushaltsführung durch seine Stetigkeit ermöglicht.⁵⁵

Die EEG-Umlage hat eine Finanzierungsfunktion gem. § 37 EEG 2012⁵⁶, sie ist gesetzlich bestimmt über die AusglMechV und die Kompetenzzuweisung an die Bundesnetzagentur. Sie garantiert eine Stetigkeit und Planung des Aufkommens durch die inhaltlichen und zeitlichen Ermittlungspflichten der ÜNB.⁵⁷

Dabei sind die Finanzmittel – wie das LG Chemnitz zutreffend feststellt, in einem geschlossenen Finanzkreislauf fixiert, dessen Einnahmen und Ausgaben durch die Bundesnetzagentur "im Einvernehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium geregelt" werden. Dabei bedeutet geschlossener Finanzkreislauf, daß weder der Staat noch die privaten Verwalter des Umlage-Fonds, abseits der durch die Bundesnetzagentur festgestellten Positionen über die Geldmittel konkret verfügen können. Das Argument, die Umlage sei keine öffentliche Abgabe, weil der Staat nicht darüber verfügen kann, gilt auch umgekehrt. Die privaten Verwalter des EEG-Umlage-Fonds können auch nicht konkret verfügen, sondern sind an die durch Rechtsverordnung gem. § 11 AusglMechV festgestellten Einnahmen und Ausgaben gebunden.

⁵³ Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1989, 1095 (1096).

⁵⁴ Vgl. NVwZ-RR 2005, 679.

⁵⁵ Vgl. Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 2013, VwGO § 80, Rn 130-138.

⁵⁶ § 63 EEG 2014.

⁵⁷ Vgl. <http://www.netztransparenz.de/de/index.htm>, Stand 4.6.2014.

Tatsächlich verfügt der Staat in Gestalt der Bundesnetzagentur jedoch abstrakt über die Umlage, sogar unmittelbar, indem die Bundesnetzagentur als weisungsabhängige Bundesoberbehörde im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium die Zusammensetzung der Einnahmen und Ausgaben regelt, und damit letztendlich ihre absolute Höhe Jahr für Jahr bestimmt.⁵⁸

Dabei kommt der Verordnungsermächtigung an die Bundesnetzagentur eine Flexibilisierungsfunktion zu, die dem Staat den stetigen Zugriff auf die Einnahmehöhe sichert, die anhand von Prognosen und jährlichen Abrechnungen nötig ist, um die Ausgabenverpflichtungen infolge der Förder- und Ausgleichsziele des EEG zu gewährleisten.

Die Feststellung des LG Chemnitz ist insofern unzutreffend, als weder auf der Erhebungsseite noch auf der Verteilungsseite ein öffentlich-rechtliches Gemeinwesen beteiligt ist, weil alles vollständig gesetzlich normiert ist. Es ist die Bundesnetzagentur, die Anreize zur bestmöglichen Vermarktung bestimmt, die die Einnahmen- und Ausgabenpositionen neben dem Zinssatz regelt, die die Anforderungen an die Vermarktung festlegt.

Ebenso unzutreffend ist die Feststellung des OLG Hamm, der Staat hätte keinen unmittelbaren Einfluß durch Steuerung und Lenkung der Geldmittel, könne lediglich prognostische Zielvorgaben formulieren und gestaltend eingreifen und deshalb sei die EEG-Umlage keine öffentliche Abgabe.

Nur der Staat hat - mittelbar durch Gesetz und unmittelbar über die Bundesnetzagentur - die Möglichkeit die EEG-Umlage zu steuern und zu lenken.

Jede öffentliche Abgabe wird aufgrund von Prognosen oder Schätzungen ihrer Höhe nach in Relation zu den erwarteten Ausgaben bestimmt und in der Regel bestenfalls in einem jährlichen Rhythmus korrigiert oder neu ausgestaltet.

Eine freie Verfügungsgewalt des Staates über Gebühren- und Beitragseinnahmen besteht nicht, sie sind zweckgebunden aber dennoch öffentliche Abgaben.

Niemand bezweifelt, daß etwa der Rundfunkbeitrag eine öffentliche Abgabe ist, obwohl gerade bei dieser Abgabe der Staat weder das Recht zur Bestimmung der Beitragshöhe, noch zu der konkreten Verwendung des Finanzmittel zugestanden werden darf und zugestanden wird.⁵⁹

Der variable Strompreis als Basisfaktor für die konkrete Höhe der EEG-Umlage und der tatsächlichen Ausgleichs- und Finanzierungsausgaben ist eine marktwirtschaftliche Komponente, wie sie jeder öffentlichen Abgabe innewohnt, unabhängig ob sie eine Gebühr, ein Beitrag oder eine Steuer ist.

Der Staat verfügt über die Umlage und ihre Höhe, die ÜNB sind dabei nur "Beliehene des Staates" mit Vollzugsfunktion.

2.4.2.1.2 2-Stufen-Theorie und Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange

Der Gesetzgeber versucht, die EEG-Umlage als einen Geldfluß zwischen Privaten ohne staatliche Beteiligung zu qualifizieren. Dies würde - dem Rechtsgedanken der 2-Stufen-Theorie⁶⁰ folgend - zunächst im Rahmen einer Negativabgrenzung voraussetzen, daß es sich nicht um die Finanzierung von

⁵⁸ Die EEG-Umlage wird durch eine privatrechtsgestaltende Verordnung der Bundesnetzagentur in einem gerichtsähnlichen Verfahren (Kammerbeschluß) bestimmt.

⁵⁹ Vgl. etwa statt Vieler: Böck, Der Rundfunkbeitrag, - eine verfassungswidrige Wohnungs- und Betriebsstättenabgabe in: NVwZ 2014, 266 ff.

⁶⁰ Vgl. Stelkens, Bonk, Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 35, Rn 106 ff.

Gemeinwohlbelangen handelt und daß der Staat eine Gemeinwohlaufgabe nicht durch die sogenannte "Flucht ins Privatrecht" löst.

Gemeinwohl ist das Gegenteil von einzel- und gruppenspezifischen Interessen innerhalb einer Gemeinschaft. Dabei ist von einem "verfassungsstaatlichen Gemeinwohlverständnis auszugehen, das sich an den "Gemeinwohlwerten" des Grundgesetzes wie Menschenwürde, Freiheit, Rechtssicherheit, Frieden und Wohlstand und damit an den Grundrechten, dem Rechtsstaat-, Sozialstaats- und Demokratieprinzip festmachen läßt.⁶¹

Aus dem Schutz der Menschenwürde und dem Demokratieprinzip folgt, daß der Staat um des Menschen willen existiert, quasi als Zweckeinrichtung zur Erfüllung von Gemeinwohlbelangen.⁶² Dabei hat der Gesetzgeber bei der Konkretisierung sozialstaatlich fundierter Gemeinwohlbelange einen Gestaltungsspielraum, dessen Grenzen sich erst aus den rechtsstaatlichen Legitimationskriterien des Übermaßverbotes ergeben.⁶³

In § 1 EEG wird als Zweck des Gesetzes insbesondere eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung im Interesse des Klima- und Umweltschutzes angeführt. Als abstrakter Zweck, dem dann konkrete, fördernde Elemente in der Aufzählung folgen, ist dies ein klassisches Gemeinwohlziel einer Gesellschaft. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht schon einmal festgestellt:

*"Das Interesse an einer Stromversorgung ist heute so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot. Die Befriedigung eines solchen Interesses ist eine Gemeinwohlaufgabe des Parlaments, das Finanzierungsinstrument die Gemeinlast der Steuern."*⁶⁴

Mit der EEG-Umlage, als zentrales Finanzierungsinstrument zur Verwirklichung der Ziele des EEG, wird von der Idee und Zweckbestimmung eine klassische Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange umzusetzen versucht.

*"Die Sicherstellung der Strom- oder Energieversorgung aber ist ein Interesse der Allgemeinheit..."*⁶⁵

Nach der 2-Stufen-Theorie soll sich der Staat den Ansprüchen des Bürgers nicht durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform entziehen können, d.h. die Abwehrrechte des Bürgers aus dem Grundgesetz, die Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung sollen nicht unterlaufen werden durch die Auslagerung staatlichen Handelns ins Zivilrecht.⁶⁶ Deshalb unterscheidet die 2-Stufen-Theorie das "Ob" und das "Wie" einer konkreten Maßnahme, dabei bleibt das "Ob" immer auf der Ebene des staatlichen Handelns, um die Rechtsansprüche des Bürgers – z.B. aus Art. 14 GG - zu gewährleisten.

Übertragen auf die EEG-Umlage bedeutet dies, daß die Organisationsform für die Verwaltung der Umlage unbeachtlich ist. Entscheidend ist, ob sie erhoben wird und wer dabei Veranlasser und Verantwortlicher ist. Der Staat ist in Bezug auf den Geldfluß zwischen Privaten mittelbar Beteiligter, da er über das "Ob" hoheitlich entschieden hat. Durch die privatrechtliche Organisationsform kann er sich nicht seiner Verantwortung für die Umlage, der Zuordnung der Umlage zu staatlichem Handeln entziehen. Dies würde gegen Art. 19 IV GG verstoßen und der Gesetzgeber ist an Art. 20 III GG gebunden.

⁶¹ Vgl. von Arnim: *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977, S. 22 ff.

⁶² Julia Brehme, *Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung*, Tübingen 2010, S. 286.

⁶³ Paul Kirchhof/Josef Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 6, S. 230.

⁶⁴ BVerfGE 91, 186 (206).

⁶⁵ BVerfGE 91, 186 (206).

⁶⁶ Vgl. BayVGh, BayVbl. 1999, 50.

Der EEG-Umlage setzt eine Gemeinwohlaufgabe mit einer staatlichen Finanzierungsverantwortung um, und sie bleibt über die staatliche Veranlassung Teil des hoheitlichen Handelns, d.h. eine öffentliche Abgabe.

2.4.2.1.3 Finanzstaatliche Erheblichkeit der Quersubventionierungen

Die EEG-Umlage hat einen quersubventionierenden Charakter. Staatlich veranlaßt findet ein zwangsweise durchsetzbarer Zugriff auf private Mittel statt, um sie privaten Dritten zuzuwenden. Der dabei verfolgte Zweck stellt einen Gemeinwohlbelang dar, der in § 1 EEG definiert ist. Die Überwälzbarkeit der Belastung und die - scheinbare - Wahlmöglichkeit der ÜNB die Umlage überhaupt zu erheben,⁶⁷ ändert - ähnlich wie die Umsatzsteuer - nichts am Charakter der staatlich veranlaßten Belastung Privater.

Daß der Staat das Aufkommen und die Verteilung aus der EEG-Umlage nicht hoheitlich verwaltet, ist ebenfalls unbeachtlich, wie oben bereits dargestellt worden ist. Entscheidend ist nur die Stetigkeit der Mittel, die die Finanzierung der Gemeinwohlbelange garantiert. Materiell umgeht die EEG-Umlage als Quersubventionierung in ihrer Abgaben- und Ausgabenwirkung die Kompetenzordnung der Art. 104a ff. GG. Aber sie bleibt eine öffentliche Abgabe und tangiert mit ihrer Vorteilsgewährung das europäische Beihilferecht, wie man dem Eröffnungsbeschluß gegen Deutschland entnehmen kann.⁶⁸

2.4.2.1.4 EEG-Umlage als wirtschaftslenkende Maßnahme besonderer Art

Die EEG-Umlage hat eine Ausgleichs- und Finanzierungsfunktion gem. § 3 IV Nr.1 – 7 AusglMechV. Ein derartiger Finanzierungsmechanismus wurde lange vor der Rechtsprechung zur Sonderabgabe als wirtschaftslenkende Maßnahme durch das Bundesverfassungsgericht der öffentlichen Abgabe zugeordnet.⁶⁹

*" Die Ausgleichsabgabe ist also ihrer Idee und Funktion nach eine Abgabe besonderer Art, keine Steuer. Dem entspricht ihre rechtliche Ausgestaltung: sie fließt nicht in die Staatskasse und wird nicht von den Finanzbehörden verwaltet, sondern sie wird in besonderen Fonds in den Händen des Bundesernährungsministers und der obersten Landesbehörden für Ernährung und Landwirtschaft angesammelt; das Aufkommen muß in voller Höhe für die Zwecke des Ausgleichs verwendet werden. Der Staat erhebt die Abgabe nicht für sich, er stellt sie deshalb auch nicht als Einnahme in seinen Haushalt ein; er tritt nur als Vermittler der innerhalb dieses geschlossenen Wirtschaftskreises erfolgenden Zahlungen auf. "*⁷⁰

Versucht man die EEG-Umlage unter die oben genannten Kriterien zu subsumieren, dann folgt daraus:

- Die Umlage ist ihrer Idee und Funktion nach keine Steuer, sondern eine Abgabe besonderer Art – erhoben zwischen Privaten.
- Die Umlage fließt nicht in die Staatskasse und wird nicht von Finanzbehörden unmittelbar verwaltet, aber mittelbar durch den Staat in ihrer Höhe bestimmt – mittelbar durch die Bundesnetzagentur gem. § 11 AusglMechV.

⁶⁷ Wenn § 36 EEG aus Gründen des Wettbewerbs und der Belastungsgleichheit eine Ausgleichspflicht zwischen den ÜNB ausdrücklich normiert, dann ist die Wahlmöglichkeit aus § 37 II EEG eine Scheinoption.

⁶⁸ Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, 2014/C 37/07.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 18, 315 – Marktordnung.

⁷⁰ BVerfGE 18, 315 (328).

- Die Umlage wird nicht in einem hoheitlichen Fonds verwaltet.
- Die Umlage muß in voller Höhe für die Finanzierungs- und Ausgleichszwecke verwendet werden gem. § 3 VI AusglMechV.
- Der Staat tritt nur als Vermittler der innerhalb eines geschlossenen Wirtschaftskreises erfolgenden Zahlungen auf.

Damit sind alle Merkmale einer öffentlichen Ausgleichsabgabe – außer der Verwaltung durch einen hoheitlich verwalteten Fonds – für die EEG-Umlage erfüllt.

An die Stelle des hoheitlich verwalteten Fonds tritt das hoheitlich, und durch die Transparenzanforderungen öffentlich, überwachte EEG-Umlage-Konto. Ein quasi-staatlicher Fonds, der in einem völlig geschlossenen und definierten System von Einnahmen und Ausgaben ausgeglichen bewirtschaftet werden muß. Seine Funktion ist die Garantie der gesetzlich normierten Ausgaben durch die Stetigkeit der Finanzmittel. Die organisatorische Verortung des Fonds hat keinen Einfluß auf seine Funktion, seinen Mittelzufluß und Mittelabfluß.

Vergleichbar mit der Ausgleichsabgabe zur Ordnung des Milchmarktes geht es nur um die Sicherstellung eines Merkmals dieses besonderen Fonds, bzw. des EEG-Umlage-Kontos: Er darf nicht Teil des Staatshaushaltes sein und so mit seiner speziellen Zweckbindung der Budgethoheit des Parlaments unterliegen. Der Fonds mußte vom Staatshaushalt abgegrenzt werden, seine organisatorische Anbindung war bei ausreichender Transparenz, Kontrolle und Verlässlichkeit immer egal.

Es ist für eine öffentliche Abgabe völlig unerheblich, wo und von wem sie verwaltet wird, wenn alle Merkmale einer öffentlichen Abgabe vorliegen. Das wo und von wem war immer nur entscheidend für die Zulässigkeit nach 104a ff. GG, d.h. haushaltsrelevant ja oder nein. Welche Anforderungen an eine öffentliche Abgabe zu stellen sind, wenn Art. 104a ff. GG nicht anzuwenden ist, daß hat das Bundesverfassungsgericht für die "Abgabe besonderer Art" – für die Sonderabgabe - in seiner Entscheidung zur Berufsbildungsabgabe definiert.⁷¹

Die EEG-Umlage ist eine öffentliche Abgabe mit wirtschaftslenkender Funktion.

2.4.2.1.5 Das EEG-Umlage-Konto ist ein quasi-staatlichen Fond

§ 8 EnWG normiert ein Trennungsgebot zwischen den Netzbetreibern und der übrigen Energieversorgung. Gleichzeitig verpflichtet § 34 ff. EEG 2012⁷² die ÜNB⁷³ zur Abnahme und Vergütung von EE⁷⁴, sowie zum Ausgleich zwischen den vier ÜNB.

Eine derartige Durchbrechung des Trennungsgebotes läßt sich nur rechtfertigen, wenn die ÜNB keinerlei eigenen Gestaltungsspielraum im Rahmen ihrer durch das EEG zugewiesenen Aufgaben haben, d.h. ihnen jegliche Beeinflussung des Energiemarktes durch selbständige unternehmerische Handlungen i.S.v. § 8 EnWG unmöglich ist.⁷⁵

§ 8 EnWG Eigentumsrechtliche Entflechtung

⁷¹ Vgl. BVerfGE 18, 315 – Marktordnung.

⁷² § 54 ff. EEG 2014.

⁷³ Übertragungsnetzbetreiber – 50hertz, amprion, TransnetBW, Tennet.

⁷⁴ Erneuerbaren Energien.

⁷⁵ Vgl. Reshöft/Schäfer, EEG, Vor §§ 34 ff. EEG, Rn 21.

(1) Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen haben sich nach Maßgabe der folgenden Absätze zu entflechten, soweit sie nicht von einer der in § 9 oder den §§ 10 bis 10e enthaltenen Möglichkeiten Gebrauch machen.

(2) Der Transportnetzbetreiber hat unmittelbar oder vermittelt durch Beteiligungen Eigentümer des Transportnetzes zu sein. Personen, die unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein Unternehmen ausüben, das eine der Funktionen Gewinnung, Erzeugung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnimmt, sind nicht berechtigt, unmittelbar oder mittelbar Kontrolle über einen Betreiber eines Transportnetzes oder ein Transportnetz oder Rechte an einem Betreiber eines Transportnetzes oder einem Transportnetz auszuüben.

Auf die Einnahmen- und Ausgabenkomponenten der EEG-Umlage haben die ÜNB tatsächlich keinen Einfluß, nur der Überwälzungsmechanismus eröffnet einen – auch nur scheinbaren – Spielraum.

§ 37 II EEG 2012⁷⁶ eröffnet den ÜNB eine scheinbare Wahlmöglichkeit bezüglich der Überwälzung der EEG-Umlage auf die EltVU⁷⁷. Die ÜNB **können** die EEG-Umlage verlangen.

Dieses Können steht im Gegensatz zu den gesetzgeberischen Zielen des § 36 EEG 2012⁷⁸, nach denen die ÜNB untereinander zum Ausgleich der Abnahme und Vergütung EE verpflichtet sind. Dabei ist der Zweck des Ausgleichs die gleichmäßige Verteilung aller Lasten auf die Regionen, unabhängig davon, wo die Einspeisung tatsächlich erfolgt.⁷⁹

Im Ergebnis wird damit eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den ÜNB aufgrund unterschiedlicher Abnahme- und Vergütungspflichten verhindert, gleichzeitig aber auch eine Vereinheitlichung des Strompreises für den Letztverbraucher sichergestellt, da sonst ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Fördermechanismen für EE in Bezug auf technologische und regionale Unterschiede drohen würde.

Diese Ziele aus § 36 EEG 2012 würden konterkariert, wenn die ÜNB die EEG-Umlage nicht an der EltVU weitergeben würden. Höhe und Finanzierungsfunktion lassen die Kann-Regel zu einer Muß-Regel werden, wollte man den ÜNB keinen unternehmerischen Selbstmord unterstellen. Sie tragen die Abnahme- und Vergütungslasten aus den EE, denen aufgrund sinkender Strombörsenpreise keine entsprechenden Einnahmen gegenüberstehen – außer der Ausgleich über die EEG-Umlage.

Alle 4 ÜNB sind Gesellschaften mit beschränkter Haftung, d.h. juristische Personen des Privatrechts mit Gewinnerzielungsabsicht und Stammkapitalerhaltungspflichten nach GmbHG. Ein Spielraum für die Anwendung der Kann-Bestimmung in § 37 II EEG 2012 ist nach unternehmerischen Grundsätzen und Pflichten ausgeschlossen und bestenfalls in Einzelfällen als Härtefallregelung denkbar.

Die grundsätzliche Unmöglichkeit für die ÜNB, von der Kann-Bestimmung Gebrauch zu machen, ist gewollt, da ansonsten ein Verstoß gegen das Trennungsgebot aus § 8 EnWG vorliegen würde – die ÜNB würden als Transportnetzbetreiber aktiv in den Energiemarkt eingreifen und contra legem handeln. Im Ergebnis unterstreicht das Trennungsgebot den quasi-staatlichen Fonds-Charakter des EEG-Umlage-Kontos.

Auch die Aufgabenbestimmung der Bundesnetzagentur bringt zum Ausdruck, daß tatsächlich keine Wahlmöglichkeit für die ÜNB bzgl. der EEG-Umlage besteht:

⁷⁶ § 60 I EEG 2014.

⁷⁷ Elektroversorgungsunternehmen

⁷⁸ §§ 57, 58 EEG 2014.

⁷⁹ Vgl. Reshöft/Schäfer, EEG, § 36 EEG, Rn 26.

§ 85 Aufgaben der Bundesnetzagentur

(1) Die Bundesnetzagentur hat vorbehaltlich weiterer Aufgaben, die ihr in Rechtsverordnungen auf Grund dieses Gesetzes übertragen werden, die Aufgabe, zu überwachen, dass...
2. die Übertragungsnetzbetreiber den nach den §§ 19 und 57 finanziell geförderten Strom nach § 59 Absatz 1 in Verbindung mit der Ausgleichsmechanismusverordnung vermarkten, die EEG-Umlage ordnungsgemäß ermitteln, festlegen, veröffentlichen und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen berechnen.....

Das EEG-Umlage Konto ist ein quasi-staatlicher Fonds, die EEG-Umlage eine öffentliche Abgabe.

2.4.2.1.6 Zwischenergebnis

Die EEG-Umlage ist eine öffentliche Abgabe.

Als öffentliche Abgabe, für die nicht die Grundsätze der Finanzverfassung nach Art. 104a ff. GG gilt, ist ihre Zulässigkeit an den Anforderungen an eine Sonderabgabe zu messen.

2.4.2.2 Ist die EEG-Umlage eine zulässige Form der Preisfestsetzung?

Grundsätzlich ist eine Preisfestsetzung jede vertragliche Verpflichtung, mit denen ein Vertragspartner zusichert, eine bestimmte Leistung an Dritte nur zu einem bestimmten Preis zu veräußern.⁸⁰

Die EEG-Umlage würde dabei einem Festpreis – durch VO-Ermächtigung durch die Bundesnetzagentur gem. § 11 AusglMechV bestimmt – entsprechen, der auf den Strompreis aufgeschlagen wird. Damit käme es zu einer Beeinflussung von Angebot und Nachfrage durch die Umlage.

Preisfestsetzungen fallen jedoch unter das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV i.V.m. § 22 GWB.^{81,82} Danach ist die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der Ankaufs- und Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen verboten. Eine Ausnahmeregelung durch eine anwendbare Gruppenfreistellungsverordnung ist ebenfalls ausgeschlossen, da derartige Handelshindernisse unter die sogenannten "Schwarzen Klausel" als absolute Verbote fallen.⁸³

Mit anderen Worten, im Lichte von Art. 20 III GG hat sich der Gesetzgeber an Recht und Gesetz zu halten und ist eine Preisfestsetzung kartellrechtlich unmöglich. Auch mangelt es an der gegenseitigen vertraglichen Verpflichtung i.S.v. § 145 ff. BGB als weiteres Tatbestandmerkmal. Die EEG-Umlage wird hoheitlich veranlaßt und bestimmt.

Eine Preisfestsetzung will mit dem Mittel des Preises auf ein Marktgeschehen Einfluß nehmen. Dies ist aber nicht die primäre Intention der EEG-Umlage. Sie soll einen Ausgleich für die Kosten der ÜNB schaffen, die diesen bei der Vergütungspflicht für EE an die Anlagenbetreiber entstehen. Im Mittelpunkt steht damit nicht das Marktgeschehen, sondern die Finanzierungsfunktion für die Förderziele des EEG gem. § 1 EEG.

Einer Preisfestsetzung liegt eine Leistungsbeziehung zugrunde. Selbst wenn man diese unterstellen würde (anders als oben ausgeführt), müßte die Ermittlung der EEG-Umlage Regeln folgen, wie man sie vergleichbar der Entgeltregulierung im TKG findet. Die Umlage müßte sich in ihrer Höhe an den

⁸⁰ Vgl. Gerhard Pischel, Preisfestsetzung nach Art. 81 EG und Novellierung des GWB, EuZW 2005, 459, 462.

⁸¹ Zuständigkeit der EU bei staatlicher Wettbewerbsbeschränkung: Art. 3 III, 4 II, III EUV i.V.m. Art. 101 f. AEUV.

⁸² Siehe auch § 130 GWB zum Anwendungsbereich des Gesetzes.

⁸³ Vgl. Art. 4 Vertikal-GVO.

Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, wenn sie kein Förder- und Ausgleichsinstrument sein will. D.h. langfristige zusätzliche Kosten der Leistungsbereitstellung, ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals wären zu berücksichtigen. All diese Komponenten fließen in die Bestimmung der Einnahmen- und Ausgabenpositionen durch die Bundesnetzagentur bestenfalls nach politischen Vorgaben (Degression der Fördermittel im Zeitablauf) aus dem EEG und den Beihilfeleitlinien ein. Im Gegenteil, die Vorgabe zur ausgeglichenen Bilanz macht Gewinn als Anreiz- und Wesenselement eines Preises unmöglich.

Mit der Reform des EEG 2014 wird diese Feststellung nachhaltig unterstützt. § 61 EEG 2014 regelt eine EEG-Umlage-Pflicht auch für Eigenversorger, selbst wenn diese keinen Strom von einem EltVU geliefert bekommen. Unabhängig von Umlagehöhe und Ausnahmebestimmungen, wird damit jedes Preis/Kostenverhältnis außer Kraft gesetzt. Die Umlage wird endgültig zu einem Finanzierungsinstrument, Verursacherprinzip und Marktmechanismen werden zugunsten eines kalkulierbaren Umlageaufkommens vernachlässigt. Die Funktion eines Preises, durch Vermeidung von Kosten eine optimale Allokation von Ressourcen zu ermöglichen, ist schlicht nicht gewollt – ja sie würde die Förderziele des EEG gefährden durch sinkende Einnahmen aus der EEG-Umlage bei Energie-Eigenversorgung (unabhängig von der Energieart).

Dabei offenbart die Heranziehung der Eigenversorger einmal mehr den Gemeinwohlcharakter der Umlage, aber Gemeinlasten sind aus Steuern zu finanzieren – wie oben bereits mehrfach erwähnt.

Es handelt sich um einen Formenmißbrauch zur Refinanzierung gesetzlich gewollter Ziele.⁸⁴ Die EEG-Umlage wird nicht zur Preisfestsetzung, nur weil der Gesetzgeber das Etikett Preisfestsetzung auf die EEG-Umlage klebt.

Die EEG-Umlage ist keine Preisfestsetzungsform, sie hat ausschließlich eine Ausgleichs- und Förderungsfunktion ohne die Eigenschaften eines Preises. In diesem Sinne ist die Umlage nicht gerechtfertigt und das LG Chemnitz stellt zu vorschnell fest, es handele sich um eine zulässige Preisfestsetzung.

2.4.3 Typisierung der EEG-Umlage durch Einordnung als Beihilfe

Hilfsweise kann zur Typisierung der EEG-Umlage auch die Verwendung des Mittelaufkommens betrachtet werden. Öffentliche Abgaben, die öffentliche Ausgaben sicherstellen sollen, haben mit der Beihilfe die Schnittmenge der Staatlichkeit. In beiden Fällen handelt es sich um Finanzströme, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln zustande kommen.

Die EU-Kommission stuft die EEG-Umlage gem. Art. 107 AEUV als staatliche Beihilfe ein und hat aus diesem Grund ein formales Beihilfeverfahren gem. Art. 108 AEUV gegen Deutschland eröffnet.

Gestützt wird das Verfahren auf ein Urteil des EuGH zur französischen Einspeisevergütung, in der das Gericht seine Rechtsprechung zu PreussenElektra und Essent in Bezug auf öffentliche Mittel konkretisiert.⁸⁵ Danach sind staatliche Mittel auch Geldbeträge, die nicht dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören, es genügt, daß sie ständig unter staatlicher Kontrolle und den zuständigen Behörden zur Verfügung stehen. Auch Fonds, die nach Rechtsvorschriften gespeist, verwaltet und verteilt werden, sind staatliche Mittel, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut ist.⁸⁶

Entsprechend sieht die EU-Kommission in der EEG-Umlage staatliche Mittel und führt dazu aus:

⁸⁴ Brahms/Maslaton, RegE des EEG 2014, NVwZ 12/2014.

⁸⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2013 – C-262/12.

⁸⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 2.7.1974, Italien/Kommission, 173/73, Rn 35.

*"Vorteile sind nur dann als Beihilfen im Sinne des Artikels 107 AEUV einzustufen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Das bedeutet, dass sowohl Vorteile, die unmittelbar vom Staat gewährt werden, als auch Vorteile, die über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden, unter den Beihilfebegriff nach Artikel 107 Absatz 1 AEUV fallen."*⁸⁷

In diesem Sinne erfaßt Artikel 107 I AEUV alle Geldmittel, auf die die öffentliche Hand zur Unterstützung von Unternehmen tatsächlich zurückgreifen kann, ohne daß es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören.⁸⁸

*"Ferner schließt eine zunächst private Herkunft der Mittel deren Einstufung als staatliche Mittel im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV nicht aus."*⁸⁹

Aus diesen Feststellungen der EU-Kommission für die Verwendung der EEG-Umlage läßt sich ein Rückschluß auf das Wesen der Umlage ziehen. **Die Gelder der EEG-Umlage sind staatliche Mittel, damit ist ihre Erhebung eine öffentliche Abgabe.**

Ist die EEG-Umlage aber eine öffentliche Abgabe, dann erfolgte die Urteilsfindung der Landgerichte und des OLG auf falscher Grundlage, als sie die EEG-Umlage mangels einer Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand nicht als Sonderabgabe klassifizierten.

Betrachtet man ergänzend die Haltung der Bundesregierung im Einigungsprozeß mit der EU-Kommission zum Beihilfecharakter der EEG-Umlage im Rahmen der EEG-Reform 2014, dann kann man feststellen, daß die Bundesregierung die beihilferechtliche Einstufung der EEG-Umlage gesehen und akzeptiert hat. Der Bundeswirtschafts- und Energieminister führte wörtlich aus:

*"Der EEG-Entwurf wurde bereits frühzeitig und parallel zum parlamentarischen Verfahren auf europäischer Ebene intensiv beraten, um seine Vereinbarkeit mit den Beihilferegelungen bei der EU-Kommission sicherzustellen."*⁹⁰

Die Einordnung der EEG-Umlage als Beihilfe führt zu einer Typisierung als Sonderabgabe, da beide den Mittelfluß als einen staatlichen Mittelfluß qualifizieren.

Denn Art. 107 I AEUV definiert eine Beihilfe wie folgt:

*"Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind **staatliche oder aus staatlichen Mitteln** gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen."*

2.4.4 Zwischenergebnis

Wenn die EEG-Umlage keine öffentliche Abgabe wäre und damit auch nicht den Anforderungen an eine Sonderabgabe genügen müßte, dann hätte der Gesetzgeber eine Abgabe sui generis geschaffen,

⁸⁷ Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, 2014/C 37/07, Rn 81.

⁸⁸ Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 30. Mai 2013, Doux Elevage SNC, C-677/11, Rn 34 f.; Urteil des Gerichts vom 27. September 2012, Frankreich/Kommission, T-139/09, Rn 36.

⁸⁹ Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, 2014/C 37/07, Rn 83.

⁹⁰ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-reform.html>.

mit der er willkürlich – unabhängig von Finanzverfassung und Rechtsprechung – Gemeinwohl-aufgaben finanzieren könnte.

Er hätte erfolgreich, aber entgegen der Rechtsprechung des BVerfG, eine formale Eigenschaft – wie die nicht gegebene Haushaltswirksamkeit – zu nutzen versucht, um einen unzulässigen materiellen Spielraum zu gewinnen, der die Belastungsgleichheit aller Bürger in einem Rechtsstaat preisgibt entgegen der Rechtsauffassung des BVerfG.⁹¹

Doch nur, weil das Grundgesetz keinen numerus clausus der Abgabenarten kennt und die Formklarheit der Abgabenarten verlorengegangen zu sein scheint, entsteht keine Wahlmöglichkeit für den Gesetzgeber, öffentliche Aufgabenfinanzierungen zu Quersubventionierungen zwischen Privatrechts-subjekten zu machen. Die Leitlinien der Finanzverfassung mit den Zuständigkeiten zur Gesetzgebung, Ertragsvereinnahmung, und haushaltrechtlichen Mittelverwendung, der Freiheitsrechte als äußerer Rahmen zulässiger Belastung und der Belastungsgleichheit als Ausfluß aus Art. 3 GG gelten für alle staatlich veranlaßten Finanzierungsformen.⁹²

So ordnete auch das Bundesverfassungsgericht schon die Berufsbildungsabgabe in seiner Entscheidung ein: Für die Qualifizierung einer Abgabe als Sonderabgabe ist nur ihr materieller Gehalt entscheidend, nicht die Qualifizierung im Gesetz.⁹³

Übertragen auf die EEG-Umlage ist zu folgern, daß die Bezeichnung und Organisation der EEG-Umlage nichts über ihre Qualifizierung aussagt, sondern allein die materielle Ausgestaltung sie zu einer öffentlich-rechtlichen Abgabe macht.⁹⁴

2.5 IST DIE EEG-UMLAGE EINE ZULÄSSIGE SONDERABGABE?

Die EEG-Umlage ist eine öffentliche Abgabe.

Damit ist zu prüfen, ob die EEG-Umlage den Anforderungen an eine staatliche Finanzierungsfunktion genügt, die nicht den Anforderungen gem. Art 104a ff. GG entspricht.

Entsprechend der oben gemachten Ausführungen zur Zulässigkeit einer Sonderabgabe, ist die EEG-Umlage unter die Kriterien des Bundesverfassungsgerichts zu subsumieren.⁹⁵

2.5.1 Kriterium: Abgrenzung der Sonderabgabe EEG-Umlage von einer Steuer

*" Entscheidend für die Qualifizierung einer Abgabe als Sonderabgabe ist ihr materieller Gehalt. "*⁹⁶

⁹¹ BVerfGE 91, 186 (201): "Die Finanzverfassung versagt es dem Gesetzgeber, selbst unter Inanspruchnahme von Sachkompetenzen, Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden."

⁹² Kube, Palm, Seller: Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange – Zu den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben quersubventionierender Preisinterventionen, NJW 2003, 927ff.

⁹³ Vgl. BVerfGE 55, 274.

⁹⁴ Dabei ist auch auf die Transparenzanforderungen an die ÜNB zu verweisen, die in einem reinen Privatrechtsverhältnis einem unzulässiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Betriebsgeheimnis, Vertrauensschutz, usw. ausgesetzt werden.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 55, 274; Punkt 2.3 oben.

⁹⁶ BVerfGE 55, 274 (274).

Die EEG-Umlage fließt nicht in den Staatshaushalt und hat eine Zweckbindung. Damit ist sie materiell nicht wie eine Steuer ausgestaltet, deren Aufkommen unter das Budgetrecht des Parlaments fällt und entsprechend ohne Zweckbindung in den allgemeinen Staatshaushalt einfließen muß.

*"Sonderabgaben dürfen nicht zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben und ihr Aufkommen darf nicht zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben verwendet werden."*⁹⁷

Die EEG-Umlage hat keine Deckungsfunktion für den allgemeinen Finanzbedarf des öffentlichen Gemeinwesens – allein die Fixierung von Einnahmen und Ausgaben gem. § 3 AusglMechV schließt dies aus. Ob das Aufkommen aber zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben verwendet wird, ist fraglich.

Rechnet man Gemeinwohlbelange zu den allgemeinen Staatsaufgaben - und die Zwecksetzung des EEG in § 1 I EEG lautet:

"Zweck dieses Gesetzes ist es, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern, fossile Energieressourcen zu schonen und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien zu fördern" ; -

dann ist die EEG-Umlage als Ausgleichs- und Finanzierungsinstrument des EEG Gemeinwohlbelangen zuzuordnen.

Nachhaltigkeit der Energieversorgung im Interesse des Klima- und Umweltschutzes bis hin zu abstrakten Förderzielen und volkswirtschaftlichen Kosten, haben keinen individual- oder gruppennützigen Charakter. Volkswirtschaftliche Ziele sind immer auf eine Gemeinschaft bezogen, die eine Volkswirtschaft bildet.

" Die relativ gleiche Teilnahme aller Staatsbürger an den die Gemeinschaft treffenden Lasten nach Maßgabe der vom Steuergesetz getroffenen Belastungsentscheidung würde zu einem bloßen Formalprinzip entwertet, wenn nicht zugleich gewährleistet wäre, daß diese Lasten auch tatsächlich aus den von allen gemeinsam aufgebrauchten Steuermitteln getragen werden. "⁹⁸

Für eine Ausgleichs- und Finanzierungsfunktion spricht auch die Abkehr der EEG-Umlage vom Verursacherprinzip.⁹⁹

§ 61 I EEG: (1) Die Übertragungsnetzbetreiber können von Letztverbrauchern für die Eigenversorgung folgende Anteile der EEG-Umlage nach § 60 Absatz 1 verlangen:....

Nach dem Verursacherprinzip müßte die Umlage verursachergerecht im Verhältnis zum Stromverbrauch erhoben werden. Ist das Verursacherprinzip nicht anwendbar oder nicht gewollt, erfolgt eine Finanzierung nach dem Gemeinlastprinzip, d.h. die Kosten werden auf möglichst viel Schultern zur Reduzierung der Einzelbelastung verteilt. Diesem Prinzip folgt auch die EEG-Umlage, indem grundsätzlich alle Letztverbraucher von Strom belastet werden, selbst wenn sie diesen Strom aus EE in eigenen Anlagen produzieren.

⁹⁷ BVerfGE 55, 274 (274).

⁹⁸ Vgl. Friauf in: Festschrift für Jarreiß, 1974, S. 45 (48).

⁹⁹ "Werden Kosten verursacht, die als Folge eines bestimmten Tuns oder Unterlassens entstehen und lassen sich diese Kosten dem Verursacher zurechnen, dann wird vom sogenannten Verursacherprinzip gesprochen"; aus: <http://www.juraforum.de/lexikon/verursacherprinzip> - Stand 22.6.2014.

Dem Gemeinlastprinzip folgt auch die besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen, so heißt in der Begründung zum Gesetzentwurf zu § 60 ff. EEG-Entwurf 2014:

*"Nur wenn Deutschland ein wettbewerbsfähiger Wirtschafts- und Industriestandort bleibt, kann die Energiewende nachhaltig erfolgreich sein. Dazu sind Sonderregelungen für die stromintensive Industrie, die im internationalen Wettbewerb steht, bei der Beteiligung an den Förderkosten für Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erforderlich."*¹⁰⁰

Es wird die Nichtanwendbarkeit des Verursacherprinzips begründet und das Gemeinlastprinzip auch über die Finanzierung der „Besonderen Ausgleichsregelung“ etabliert. Der Gemeinwohlcharakter volkswirtschaftlicher Ziele wird über die Individual- oder Gruppennützigkeit gestellt.

Die Zwecke des EEG sind als Gemeinwohlbelange durch eine Steuer zu finanzieren. Die EEG-Umlage ist aber keine Steuer sondern eine Sonderabgabe. Somit ist diese Finanzierungsform nicht zulässig.

2.5.2 Kriterium: Belastung einer homogenen Gruppe

In Abgrenzung zur Steuer und unter Beachtung des Gleichheitsgebots aus Art. 3 GG, darf eine Sonderabgabe nicht die Allgemeinheit belasten, sondern nur eine spezifische Gruppe, die eine besondere Sachnähe und Verantwortung für den verfolgten Zweck aufweist.¹⁰¹

§ 37 II EEG 2012¹⁰² bestimmt, daß die ÜNB von den EltVU die EEG-Umlage verlangen können. Die Kann-Bestimmung legt damit vom Wortlaut her nicht zwingend fest, daß eine Sonderabgabe von einer bestimmten Gruppe – hier die Letztverbraucher von geliefertem Strom – erhoben werden muß. Adressat der EEG-Umlageforderung sind die EltVU, die eine homogene Gruppe darstellen und über eine besondere Sachnähe und Verantwortung für eine nachhaltige Stromerzeugung verfügen.

Dieser rein formalen Betrachtungsweise der Anspruchsberechtigten und Anspruchsverpflichteten der EEG-Umlage ist jedoch die Belastungswirkung entgegenzusetzen, die sich in zahlreichen Normen des EEG widerspiegelt.

So findet sich auf der Informationsplattform der deutschen ÜNB im Internet, zu deren Veröffentlichung laut Transparenzanforderungen gem. § 48 EEG 2012¹⁰³ sie verpflichtet sind:

Gemäß § 37 EEG haben die Elektrizitätsversorgungsunternehmen für jede an Letztverbraucher gelieferte Kilowattstunde Strom eine EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber zu entrichten. Mit diesen Zahlungen wird die Differenz aus den Einnahmen und den Ausgaben der Übertragungsnetzbetreiber bei der EEG-Umsetzung nach § 3 Abs. 3 und 4 AusglMechV sowie § 6 AusglMechAV gedeckt werden.

Die Übertragungsnetzbetreiber sind gemäß § 3 Absatz 2 AusglMechV verpflichtet, bis zum 15. Oktober eines Kalenderjahres die EEG-Umlage für das folgende Kalenderjahr zu ermitteln und zu veröffentlichen.

Die EEG-Umlage für nicht privilegierten Letztverbraucherabsatz beträgt für das Jahr 2014 6,240 ct/kWh.

¹⁰⁰ BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014.

¹⁰¹ BVerfGE 55, 274 (306).

¹⁰² § 60 EEG 2014.

¹⁰³ § 70 ff. EEG 2014.

Der gesamte gesetzlich bestimmte Prognose-, Ausgleichs- und Erhebungsmechanismus der EEG-Umlage ist darauf ausgerichtet, daß die Umlage auf den Stromverbrauch aller nichtprivilegierten Letztverbraucher aufgeschlagen wird. Sie wird als fester Bestandteil des Strompreises behandelt und als solcher durch die ÜNB ermittelt. Die Überwälzung ÜNB - EltVU – Letztverbraucher ist dabei wirtschaftlich zwingend und geboten. Der BGH stellt dazu ausdrücklich fest: "Daß der Gesetzgeber selbst von einer Überwälzung der durch das EEG herbeigeführten Mehrkosten auf den Verbraucher ausgeht, ergibt sich aus der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien sowie zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes, in welchem die Erwartung ausgesprochen wird, daß "Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, ... trotz voraussichtlich geringer Erhöhung der Netznutzungsentgelte nicht in nennenswertem Umfang zu erwarten" seien."¹⁰⁴

Die ÜNB sind verpflichtet EE abzunehmen und entlang der Normenkette §§ 8, 16 -33, 34, 35 EEG 2012 zu vergüten. Daß damit die Nicht-Überwälzung der EEG-Umlage eine Scheinoption ist, wurde oben bereits erörtert.¹⁰⁵ Allein das jährliche Volumen der Ausgaben aus der EEG-Umlage schließt aus, daß eine Überwälzung unterbleiben könnte – im Jahr 2013 **19.377.877.036,05 €**.

Hätte mit der EEG-Umlage tatsächlich eine homogene Gruppe im Sinne der Erfordernisse an eine Sonderabgabe belastet werden sollen, dann hätte die Überwälzbarkeit beschränkt werden müssen.

Die Kann-Vorschrift in § 37 II EEG ist eine Scheinoption mit hilfsweisem Auffangcharakter, um im Zweifel die EEG-Umlage einer homogenen Gruppe zuordnen zu können.

Anspruchsverpflichteter ist die Allgemeinheit, die Summe aller Stromletztverbraucher, soweit sie nicht privilegiert wurde. Diese Allgemeinheit ist aber keine abgrenzbare Gruppe i.S.d. der Belastungszulässigkeit durch eine Sonderabgabe.

Ergänzend liefert das EEG 2014 ein weiteres Argument gegen das Vorliegen einer homogenen Gruppe. § 61 EEG 2014 belastet auch die Eigenversorger mit der EEG-Umlage, um die Europarechtskonformität auf Grundlage der Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission herzustellen.¹⁰⁶ Eigenversorger und Letztverbraucher bilden keine homogene Gruppe.

Die EEG-Umlage ist auch mangels Belastung einer homogenen Gruppe nicht zulässig.

2.5.3 Kriterium: Gruppennützige Verwendung

Die Verwendung der EEG-Umlage ist in § 3 IV i.V.m. § 11 AusglMechV geregelt.

Die gruppennützige Verwendung einer Sonderabgabe fordert nicht, das spezifische Interesse einzelner Gruppenmitglieder zu berücksichtigen. Aber:

*" Die außersteuerliche Belastung von Angehörigen einer Gruppe setzt voraus, daß zwischen den Belastungen und den Begünstigungen, die die Sonderabgabe bewirkt, eine sachgerechte Verknüpfung besteht. "*¹⁰⁷

¹⁰⁴ BGH, Urteil des VIII. Zivilsenats vom 22.12.2003 - VIII ZR 310/02 -, Zur Abwälzung erhöhter Kosten durch staatliche Förderung erneuerbarer Energien.

¹⁰⁵ III B 1. E) - e) Das EEG-Umlage-Konto ist ein quasi-staatlicher Fond.

¹⁰⁶ Vgl. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01).

¹⁰⁷ BVerfGE 55, 274 (307).

Unterstellt man die formale Betrachtung des Gesetzes, dann müßten die Anspruchsverpflichteten EltVU Begünstigte der Verwendung der EEG-Umlage sein. Dies sind sie richtigerweise jedoch nicht, da die Umlage für sie nur einen durchlaufenden Posten aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung darstellt.

Unterstellt man die gesetzlich gewollte Belastungswirkung bei Letztverbraucher, dann wird dieser nur über die abstrakten Zielsetzungen aus § 1 EEG zum Begünstigten.

Tatsächlich begünstigt werden die Empfänger der Vergütungs- und Ausgleichzahlungen, d.h. die Anlagenbetreiber von EE und die privilegierten Letztverbraucher durch die anteilige Übernahme ihrer EEG-Umlage durch die nicht-privilegierten Letztverbraucher. **Damit liegt aber eine fremdnützige Sonderabgabe vor, die nur aus triftigen Gründen gerechtfertigt werden könnte. Triftige Gründe können aber nicht vorliegen, da die Rechtfertigung für die EEG-Umlage der Zweckbestimmung aus § 1 EEG folgt und damit eine Gemeinwohlaufgabe ist, die nicht gruppenspezifisch finanziert werden darf.**¹⁰⁸

2.6 ERGEBNIS

Die EEG-Umlage ist als öffentliche Abgabe zur Sicherstellung einer öffentlichen Aufgabenerfüllung eine unzulässige Sonderabgabe und damit verfassungswidrig, daran ändert auch das Urteil des BGH vom 25. Juni 2014¹⁰⁹ zur EEG-Umlage nichts, wenn entsprechend dem Revisionsverfahren die Feststellungen der Tatsacheninstanzen einfach übernommen werden. Die Bemühungen des Gesetzgebers, die Umlage um den Tatbestand der Sonderabgabe herum zu konstruieren, ändern nichts an ihrer Typisierung als Sonderabgabe und den damit verbundenen engen kompetenzrechtlichen Grenzen, die nicht erfüllt sind.

"... es ist dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich versagt, eine öffentliche Aufgabe nach seiner Wahl im Wege der Besteuerung oder durch Erhebung einer "parafiskalischen" Sonderabgabe zu finanzieren."¹¹⁰

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 55, 274 (301ff.).

¹⁰⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 169/13.

¹¹⁰ BVerfGE 55, 274 (300).

3 Vereinbarkeit der EEG-Umlage mit den Grundrechten der LETZTVERBRAUCHER

Die Vereinbarkeit der EEG-Umlage mit den Grundrechten wird gegenwärtig von Rechtsprechung und Gesetzgeber pauschal unterstellt. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint die Zwecksetzung des EEG so überwältigend – Klima- und Umweltschutz, nachhaltige Energieversorgung, Förderung neuer Technologien – daß jeder Eingriff in betroffene Grundrechte scheinbar zu rechtfertigen ist.

So stellt das LG Chemnitz pauschal – und ohne Prüfung im einzelnen - fest:

*"Die Regelungen der §§ 16 ff. EEG verfolgen im Ergebnis legitime Förderziele und belasten in verfassungsrechtlich noch zulässiger Weise die Verursacher der relevanten Umweltbeeinträchtigungen mit verursachungsbezogenen Lasten."*¹¹¹

3.1 IST DER SCHUTZBEREICH DER GRUNDRECHTE ÜBERHAUPT BETROFFEN?

Vor der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Grundrechte steht jedoch die Frage, ob Grundrechte aus Sicht der Letztverbraucher überhaupt betroffen sind? Auf den ersten Blick scheinen das EEG und die Umlagepflicht um eine mögliche Grundrechtsbetroffenheit herum "konstruiert" zu sein. Weder das Umlageverfahren noch das Umlageaufkommen ist dem Staat unmittelbar zuzuordnen. Der klassische Eingriff des Staates in die Grundrechte des Bürgers und des Unternehmers findet nicht statt.

Grundrechte sind überwiegend Abwehr- und Freiheitsrechte. Grundrechtsträger können aufgrund der ihnen durch die Grundrechte eingeräumten Rechtsmacht vom Staat prinzipiell verlangen, daß er Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter unterläßt.¹¹² Grundrechte statuieren als objektive Normen ein Wertesystem, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht.¹¹³

Ein Staat, dessen Verfassung eine Wertordnung in Gestalt der Grundrechte enthält, ist auch zum Schutz dieser Werte – in Gestalt der grundrechtlichen Schutzgüter - verpflichtet.¹¹⁴

Auch wenn die Unmittelbarkeit eines Eingriffs durch den Staat fehlt - der Leistungs-/ Kostenaustausch findet grundsätzlich zwischen Privatrechtssubjekten statt, für die die Grundrechte keine unmittelbare Wirkung entfalten - die Wirkung der Grundrechte als Abwehrrechte und Schutzrechte¹¹⁵ kommt unter zwei Gesichtspunkten zum Tragen: der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und dem mittelbaren Eingriff in Grundrechte.

¹¹¹ LG Chemnitz, Endurteil vom 22.03.2013 - 1 HK O 1113/12.

¹¹² Vgl. Jörn Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 11. Auflage, Rn 91.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 5, 85 (204f.).

¹¹⁴ Vgl. D. Murswiek, WuV 1986, S. 179 ff.

¹¹⁵ Vgl. K. Stern, Staatsrecht III/1, S. 770 f.

3.1.1 Mittelbare Drittwirkung – die gesetzliche Ausgestaltung der Privatautonomie

Auch wenn die EEG-Umlage in einem Privatrechtsverhältnis zwischen Umlageschuldner und Umlagegläubiger (ÜNB/EltVU/Letzterverbraucher) erhoben wird, so kommt den Grundrechten eine Schutzwirkung durch mittelbare Drittwirkung zu. Die "Flucht des Staates ins Privatrecht", bei der der Staat im Sinne der 2-Stufen-Theorie das "Ob" regelt und das "Wie" dem Privatrechtsverhältnis überläßt, darf den Letztverbraucher in Bezug auf die Entrichtungspflicht der EEG-Umlage bei Überwälzung - ÜNB zu EltVU zu Letztverbraucher - nicht rechtlos stellen.¹¹⁶

"Gegen die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten gegenüber natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts spricht, dass die Grundrechte nur gegenüber dem Staat unmittelbar wirken. Auch über Art 1 Abs. 3 GG, d.h. über die Bindung der Rechtsprechung an die Verfassung, oder über Art 19 Abs 3 GG¹¹⁷ erlangen sie keine unmittelbare Wirkung gegenüber Privatpersonen und juristischen Personen des Privatrechts¹¹⁸. Nach inzwischen nahezu einhelliger Meinung enthalten jedoch die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern auch eine objektive Wertordnung."¹¹⁹¹²⁰

Der Gesetzgeber hat mit § 37 I EEG das Privatrechtsverhältnis zwischen ÜNB und Umlagepflichtigen ausgestaltet. Zu fragen ist, ob das Privatrechtsverhältnis, in dessen Rahmen die Umlage-Forderung der ÜNB an die EltVU's mit der Überwälzung auf die Letztverbraucher erfolgt, einen verfassungskonformen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Positionen des Letztverbrauchers darstellt. Dabei soll die "Kann-Bestimmung" in § 37 II EEG die Privatautonomie bei der Erhebung der EEG-Umlage wahren.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Ausgestaltung des Privatrechtsverhältnisses gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht zu halten. Der Letztverbraucher wird dabei durch das Abwehrrecht und die Schutzpflicht geschützt, die der Gesetzgeber bei der Gestaltung zu beachten hat.

Die finanzielle Überwälzung der EEG-Umlage auf den Letztverbraucher wird zur Überwälzung des staatlichen Grundrechtseingriffs – zu einem mittelbaren Eingriff. Der eigentliche Grundrechtseingriff bei den ÜNB wird auf den Letztverbraucher – nach einem gesetzlich (weil wesentlich) im Detail vorgegebenen Verfahren – übertragen, ja überwält.¹²¹

Die vollständige gesetzliche Fixierung der Umlage¹²² und des Überwälzungsmechanismus läßt den Akt der öffentlichen Gewalt ohne Zwischenschritt¹²³ durch die absolute Ausgestaltung des Privatrechtsverhältnisses beim Letztverbraucher ankommen. Für Privatautonomie in dem Privatrechtsverhältnis zwischen ÜNB/EltVU/Letzterverbraucher ist grundsätzlich kein Raum, dafür stehen auch die sonst sinnlos werdenden Ausgleichsvorschriften in §§ 35, 36 EEG 2012 (§§ 56 - 57 EEG 2014). Netzbetreiber

¹¹⁶ Grundsatz aus Art. 103 I GG.

¹¹⁷ so Lücke JZ 1999, 377 ff.

¹¹⁸ zusammenfassend zur Kritik Diederichsen AcP 198 [1998] 171, 224 ff

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205; 24, 251; ebenso BVerfGE 73, 261; BVerfG NJW 2001, 957; NJW 2011, 1201, 1203 f; BGH NJW 1986, 2944; BGHZ 106, 336, 338; BAGE 13, 168, 176 = NJW 1962, 1981, 1982; BAGE 82, 344; vgl. auch Soergel/Hefermehl Rn 7; Sack WRP 1985, 1, 5.

¹²⁰ Maximilian Seibl, Rolf Sack in Staudinger, BGB, BGB § 134 Rn 41, Neubearbeitung 2011.

¹²¹ Vgl. Vanessa Schwichtenberg, Die Verfassungskonformität des EEG, in: Martinez (Hrsg.), Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht Nr. 02/13, S. 16 ff.

¹²² Vgl. AusgIMechV.

¹²³ Rein organisatorisch, d.h. buchhalterisch, werden die Forderungen der ÜNB 1:1 weitergereicht.

und Versorgungsunternehmen werden zum Erfüllungsgehilfen des Staates beim Einziehen und Verteilen der EEG-Umlage, deren stetige Einnahmen¹²⁴ und Ausgabenpflichten gesetzlich bestimmt und zwingend erforderlich sind.¹²⁵ Damit trifft der Akt der öffentlichen Gewalt durch die Gestaltung des Privatrechtsverhältnisses mittelbar den Letztverbraucher, der so in seinen Grundrechten betroffen wird. Umlage und Grundrechtseingriff sind akzessorisch verbunden.

Dem steht die "Scheinoption"¹²⁶¹²⁷ zur Erhebung der EEG-Umlage in Form der "Kann-Bestimmung" nicht entgegen. Getauscht wurde Tatsache "Umlageerhebung" gegen Möglichkeit "Umlageerhebung", aber die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung reicht für die Betroffenheit bei einer Grundrechtsverletzung aus.¹²⁸

Die Frage nach der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis ÜNB/EltVU/ Letztverbraucher ist somit die Frage nach der Rechtmäßigkeit des privatrechtsgestaltenden hoheitlichen Aktes, und damit nach der Anwendbarkeit der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis selbst. Die EEG-Umlage in Form ihres Überwälzungsmechanismus zwischen Privaten müßte ein rechtmäßiger Eingriff in das Eigentum, die Berufsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit durch die EltVU sein, um verfassungsgemäß zu sein. Entsprechend ist zu prüfen, ob die EEG-Umlage ein Grundrechtseingriff ist, der sich in einem Privatrechtsverhältnis entfaltet, da Private - durch Gesetz veranlaßt - in die Grundrechte anderer Privater eingreifen.

Die dabei anzulegenden Maßstäbe sind die gleichen, die auch für einen mittelbaren Eingriff in Grundrechte gelten.

3.1.2 Mittelbarer Eingriff in die Grundrechte

In der Regel wird von einem Eingriff in Grundrechte gesprochen, wenn ein Akt der öffentlichen Gewalt, auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet, unmittelbar in eine grundrechtliche geschützte Position eines Grundrechtsträgers eingreift. Dabei zeichnet sich dieser klassische Eingriffsbegriff durch Finalität, Unmittelbarkeit, Rechtsförmlichkeit und Zwang aus.¹²⁹

Ein derartiger Eingriffsbegriff erfaßt nicht die rechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten und eingriffsgleichen Einwirkungen auf geschützte Rechtspositionen der Grundrechtsträger, und wird um den heute geltenden neuen mittelbaren Eingriffsbegriff ergänzt.

¹²⁴ Dem eigentlichen Ziel der EEG-Umlage, wie oben dargestellt.

¹²⁵ Privatautonomie "bedeutet bzw. beinhaltet, dass dem Einzelnen die Möglichkeit eingeräumt ist, seine Rechtsverhältnisse selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu regeln. In den Art. [GG Artikel 1](#), [GG Artikel 2](#), [GG Artikel 9](#) sowie [GG Artikel 14](#) GG verankert, gewährleistet die Privatautonomie neben der Vereinigungs-, Eigentums- und Testierfreiheit vor allem die von § [BGB § 305](#) BGB vorausgesetzte Vertragsfreiheit, und zwar als Abschlussfreiheit sowie als Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit. Die Rechtssubjekte können - im Grundsatz - frei nach ihrem Willen Verträge schließen, brauchen dies aber nicht zu tun (Abschlussfreiheit); tun sie es, können sie eigenverantwortlich wählen, mit welchen Inhalt sie den Vertrag in welcher Weise gestalten wollen (Gestaltungs- und Inhaltsfreiheit)"; aus: Paulus, Zenker: Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1.

¹²⁶ Vgl. dazu: Vertikaler physikalischer Belastungsausgleich vom Übertragungsnetzbetreiber an die Letztverbraucher versorger, Branchenlösung, http://www.netztransparenz.de/de/file/EEG-Profilwaelzung_Branchenloesung2005-11-02.pdf, Stand 1.7.2014.

¹²⁷ Siehe oben im Kapitel Finanzverfassungsrecht.

¹²⁸ Nach der Möglichkeitstheorie reicht es aus, wenn der Kläger geltend macht, möglicherweise in subjektiven Rechten betroffen zu sein.

¹²⁹ Vgl. H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG Bs. 1, Vorb. Rn 125.

Der Eingriffsbegriff ist von der Tendenz gekennzeichnet, die Grundrechtsrelevanz von der Maßnahme her zu definieren, während sie im Grunde nur von ihren Auswirkungen her begriffen werden kann.¹³⁰

Daher kann in ein Grundrecht auch mittelbar infolge einer anderweitigen Rechtsfolgensetzung eingegriffen werden. Weitere Kausalketten können hinzutreten, auch weil eine Regelung für einen anderen Adressaten bestimmt ist.

Subsumiert man die Anforderungen an einen mittelbaren Grundrechtseingriff in Bezug auf die EEG-Umlage, dann findet faktisch ein Grundrechtseingriff beim Letztverbraucher statt, in dem das Privatverhältnis zwischen ÜNB/EltVU/Letzterverbraucher ausgestaltet wird.

Der Grundrechtseingriff bei Letztverbrauchern wird nicht unmittelbar geregelt, ist aber die zwingende Folge der initiierten Kausalkette. Der Letztverbraucher ist der mittelbar Betroffene, da die unmittelbare Regelung einen anderen Adressaten hat.

Dieses besondere Maß an Kausalität und Finalität der Belastung des Letztverbrauchers ist die beabsichtigte und direkte Folge hoheitlichen Handelns. Die Auswirkungen der EEG-Umlage in Form des Überwälzungsmechanismus werden kalkuliert billigend in Kauf genommen und stehen einer unmittelbaren Beeinträchtigung von Grundrechten nicht entgegen.

Durch die EEG-Umlage erfolgt ein mittelbarer Eingriff in die Grundrechte der Letztverbraucher und wäre zwingend rechtfertigungsbedürftig.

3.1.3 Zwischenergebnis

Durch die mittelbare Wirkung und die Drittwirkung der Grundrechte können Art. 14, 12, 2 I, 3 GG aus Sicht der Letztverbraucher betroffen sein. Ein Eingriff des Staates in diese Grundrechte kann durch Erhebung der EEG-Umlage auf Basis des EEG vorliegen. Wäre ein derartiger Eingriff nicht gerechtfertigt, dann würden die Grundrechte den Letztverbraucher ein Abwehrrecht gegen den Staat sichern.

Vorläufig ausgeblendet bleibt die Tatsache, daß die EEG-Umlage eine Sonderabgabe ist. Der Eingriff des Staates in Grundrechte durch eine unzulässige Sonderabgabe ist immer verfassungswidrig.

3.2 GRUNDRECHTE IM EINZELNEN:

3.2.1 Eigentum – Art. 14 GG

Der Schutzbereich von Art. 14 GG umfaßt das Eigentum als Individualrecht im Sinne jeder vermögenswerten Position mit Ausschlußcharakter. Nicht geschützt ist das Vermögen als solches, oder Chancen und Erwartungen im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Betätigung, Art. 14 GG ist eine Bestandsgarantie.¹³¹ Grundrechtsträger sind natürliche und juristische Personen. Sind Abwehrrechte aus dem GG grundsätzlich natürlichen Personen im Verhältnis zum Staat garantiert, so verschafft Art. 19 III GG auch juristischen Personen ein derartiges Recht. Im Ergebnis fallen alle Letztverbraucher i.S.d. EEG in den Schutzbereich von Art.14 GG.

Die Überwälzung der EEG-Umlage von ÜNB auf EltVU und von diesen auf Letztverbraucher greift mittelbar¹³² in vermögenswerte Rechte des Letztverbrauchers ein. Für derartige Eingriffe bedarf es im-

¹³⁰ Vgl. M. Sachs, in: K.Stern, Staatsrecht III/2, S. 156 ff.

¹³¹ Abgaben- und Steuergesetze sind kein Eingriff in den Schutzbereich, da sie an bestimmte Besteuerungstatbestände unter Wahrung von Art. 3 GG anknüpfen.

¹³² Siehe oben.

mer einer Rechtfertigung, die hier in einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums durch den Gesetzgeber liegen könnte. D.h. der Gesetzgeber möchte unter Wahrung der Eigentumsordnung abstrakt-generell in das Eigentum des Einzelnen eingreifen.¹³³ Die Rechtmäßigkeit eines derartigen Eingriffs in das Eigentum ist nur aufgrund eines Gesetzes zulässig gem. Art.14 I S. 2 GG.

Das EEG ist ein formell verfassungsgemäß erlassenes Gesetz. Durch die EEG-Umlage nimmt das EEG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums des Letztverbrauchers vor, die auch materiell verfassungsgemäß sein muß, d.h. Zweck und Mittel dürfen nicht verfassungswidrig sein und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß gewahrt worden sein.

Im Rahmen der Gewaltenteilung hat der Gesetzgeber eine Zwecksetzungskompetenz, die er mit § 1 I EEG wahrgenommen hat:

Zweck dieses Gesetzes ist es, insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes

- *eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen,*
- *die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern,*
- *fossile Energieressourcen zu schonen*
- *und die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus erneuerbare Energien zu fördern.*

§ 1 EEG stellt offenkundig einen legitimen Zweck dar. Das zentrale Mittel zur Förderung der gesetzlichen Zwecke ist die EEG-Umlage als Finanzierungsgrundlage für gesetzlichen Ansprüche der Anlagenbetreiber.

Abstrahiert man die EEG-Umlage von ihrer konkreten Finanzierungsform¹³⁴, ist zu prüfen, ob die EEG-Umlage geeignet ist, die legitimen Zwecke des Gesetzes aus § 1 I EEG zu fördern und zu erreichen:

- a) Ist die EEG-Umlage geeignet, Interessen des Klima- und Umweltschutzes zu fördern?
- b) Ist die EEG-Umlage geeignet, eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen?
- c) Ist die EEG-Umlage geeignet, die volkswirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung auch durch die Einbeziehung langfristiger externer Effekte zu verringern?
- d) Ist die EEG-Umlage geeignet, fossile Energieressourcen zu schonen?
- e) Ist die EEG-Umlage geeignet, die Weiterentwicklung von Technologien EE zu fördern?

Aus § 2 I und IV EEG kommt noch hinzu:

- f) Ist die EEG-Umlage geeignet, zu einer Transformation des gesamten Energiemarktes beizutragen?
- g) Ist die EEG-Umlage geeignet, das Verursacherprinzip¹³⁵ zu berücksichtigen?

¹³³ Vgl. BVerfGE 58, 300 ff.

¹³⁴ Nach den Ausführungen zum Wesen der EEG-Umlage, fällt bereits an dieser Stelle die Legitimität von Zweck und Mittel auseinander. Die legitime Zwecksetzung im Rahmen der Zwecksetzungskompetenz des Staates wird zur Umsetzung mit einem nicht-legitimen Mittel – einer unzulässigen Sonderabgabe kombiniert. Auf dieser Grundlage ist jede Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums unzulässig.

¹³⁵ " Kosten zur Vermeidung, zur Beseitigung und zum Ausgleich von Umweltbeeinträchtigungen werden dem Verursacher zugerechnet. Wenn der einzelne Verursacher nicht festgestellt werden kann oder die Anwendung

Im Einzelnen:

a) Ob die EEG-Umlage geeignet ist, Klima- und Umweltschutz zu fördern, muß aufgrund der bisherigen Erfahrungen seit 2000 bezweifelt werden.

Im Referentenentwurf zum EEG 2014 heißt es: "Durch den Einsatz erneuerbarer Energien konnte im Jahr 2012 die Emission von insgesamt rund 145 Mio. t CO₂-Äquivalenten vermieden werden. Davon entfielen rund 102 Mio. t auf den Stromsektor. Ein Großteil dieser positiven Wirkungen ist auf das EEG zurückzuführen."¹³⁶

Indem die EEG-Umlage den Betrieb von EE-Anlagen fördert und finanziert, werden CO₂-Emissionen vermieden mit der Folge, daß Zertifikate aus dem europaweiten CO₂-Handel nicht mehr benötigt werden. Das führt zu einem weiteren Verfall der Preise beim Zertifikatehandel und der Möglichkeit, daß Recht zum klimaschädlichen CO₂-Ausstoß kostengünstig erweitern zu können.¹³⁷

b) Vergleichbare Zweifel sind angezeigt, wenn es um die nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung geht.

Der EEG-Entwurf 2014 schreibt statisch fest, welche EE-Anlagen zu fördern sind. Nach § 5 Nr. 1 EEG-Entwurf 2014 sind Anlagen – im Sinne der Förderfähigkeit gem. § 19 ff. EEG-Entwurf 2014 – Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus EE gem. § 1 Nr. 14 EEG-Entwurf 2014. Damit sind Vorprodukte z.B. in Form von Biogas nicht förderbar, da sie nicht unmittelbar zur Stromproduktion führen. Für die Entwicklung und das Angebot derartiger Vorprodukte, die in Stromerzeugungsanlagen umweltverträglichen Strom produzieren könnten, wird durch EEG-Umlage geförderten Strom die Rentabilität abgeschnitten. Zum einen wird die Vermarktung von Biogas durch das Überangebot auf dem Strommarkt schwieriger, der Abnahmepreis sinkt ebenso wie die Fördersätze aus der EEG-Umlage für Stromerzeuger aus Biogas mit der Folge, daß die Erzeuger von Biogas nicht mehr rentabel wirtschaften können.¹³⁸

"Unter Berücksichtigung des zu erwartenden Zubaus der verschiedenen erneuerbaren Energien im Rahmen des verlässlichen Ausbaukorridors mit der Konzentration auf die kostengünstigeren Technologien Photovoltaik und Windenergie an Land sowie der vorgesehenen Absenkungen der Einspeisevergütungen lässt sich die durchschnittliche Förderung von Neuanlagen, die 2015 ans Netz gehen, auf ca. 12 Cent/kWh abschätzen. Dieser gewichtete Durchschnitt ergibt sich aus den Vergütungen für Windenergie auf See (19,4 Cent/kWh), Biomasse (ca. 14 Cent/kWh), Photovoltaik (ca. 10,5 Cent/kWh) und Wind an Land (8,9 Cent/kWh)."¹³⁹

Das EEG setzt keinen technologieneutralen Förderansatz um. Der Versuch, die nachhaltige Energieversorgung sicherzustellen durch die Einschränkung des Anlagenbegriffes führt zu einer Bestandssicherung von Anlagen, nicht jedoch zur Entwicklung neuer Technologien.

des Verursacherprinzips zu schweren wirtschaftlichen Störungen führen würde, muss die Allgemeinheit die Kosten ausnahmsweise nach dem Gemeinlastprinzip tragen"; aus: <http://www.juraforum.de/lexikon/verursacherprinzip> - Stand 22.6.2014.

¹³⁶ BMWi – III B 2, Referentenentwurf, Stand: 31. März 2014.

¹³⁷ "Erst kürzlich hatten Europaparlament und EU-Ministerrat nach schwierigen Verhandlungen beschlossen, in der Periode bis 2020 vorübergehend 900 Millionen Zertifikate aus dem Markt zu nehmen, um den CO₂-Preis höher zu treiben (Fachwort: „Backloading“). Experten erwarten allerdings nicht, dass der Effekt ausreicht. Tatsächlich sind derzeit wegen der Wirtschaftskrise in der EU etwa zwei Milliarden Zertifikate zu viel im Markt. Der CO₂-Preis liegt derzeit bei fünf Euro pro Tonne, um Anreize zum CO₂-Sparen zu geben, müssten es mindestens 15 bis 20 Euro sein"; aus: <http://www.fr-online.de/energie/CO2-handel-neues-konzept-fuer-emissionshandel,1473634,25956236.html>, Stand 23.6.2014.

¹³⁸ Die Biogasbranche sieht den Buhmann in der Politik, FAZ 23.6.2014, S. 21.

¹³⁹ BMWi – III B 2, Referentenentwurf, Stand: 31. März 2014.

c) Das Ziel, mit der EEG-Umlage die externen Kosten der Energieversorgung zu internalisieren, ist unrealistisch. Der wohlklingende Zweck des EEG findet in den Berechnungen zur EEG-Umlage keinen Niederschlag. Bestenfalls läßt diese Zweckbestimmung des EEG einen weiteren Rückschluß auf die Gemeinlastorientierung der EEG-Umlage zu.

d) Ein Instrument zur Schonung fossiler Energieressourcen und zur Reduktion schädlicher Emissionen bei der Verbrennung, ist das CO₂ Zertifikat. Seit 2 Jahre wird auf EU-Ebene gegen den Bedeutungsverlust gekämpft, der Marktpreis ist durch ein Überangebot von CO₂-Zertifikaten verfallen.¹⁴⁰

" Die Industrie kann sich über die Preisentwicklung freuen. Zu den Profiteuren gehören insbesondere die Betreiber von Kohlekraftwerken, die besonders viele Schadstoffe ausstoßen. Im Wettbewerb ist die Kohlekraft derzeit modernen Gaskraftwerken überlegen, die aus ihren vergleichsweise geringen Emissionen kein Kapital schlagen können."¹⁴¹

"In einem Emissionshandelssystem mit einer hinreichend strengen Deckelung haben andere Maßnahmen wie die Subventionierung erneuerbarer Energien keinen weiteren Einfluss auf den gesamten CO₂-Ausstoß."¹⁴²

Darüber hinaus sind EE flüchtige Energieformen. Fossile Energieressourcen würden erst dann geschont, wenn Speichermöglichkeiten für Strom aus EE bestünden. Auf diese Problemstellung gibt das EEG jedoch keine Antwort.

e) Aus der EEG-Umlage werden bestimmte Technologien gefördert, konkretisiert durch die Ausgleichszahlungen an EE-Anlagenbetreiber. Damit wird ein technologischer Ist-Zustand festgeschrieben, der Wettbewerb mit neuen Technologien ausgeschlossen oder mindestens stark unterdrückt (diese müssen ohne Fördermittel am Markt wettbewerbsfähig werden), und die Innovationskraft von Wettbewerb neutralisiert. Die EEG-Umlage ist nicht technologieneutral und damit innovationsfeindlich.¹⁴³

f) Die EEG-Umlage scheint nur für einen einzigen Zweck aus § 2 EEG geeignet, der Transformation des Energiemarktes. Gerade dieser Zweck ist jedoch im Lichte der Zwecksetzung aus § 1 EEG auszulegen, um dem Umwandlungsprozeß eine bewertbare – und damit für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung geeignete – Richtung zuzuordnen. Da die EEG-Umlage für keines der in § 1 EEG formulierte Ziele geeignet ist und oftmals sogar kontraproduktiv wirkt, kann die so veranlaßte Transformation des Energiemarktes nicht mit Gemeinwohlzielen einer Gesellschaft im Einklang stehen.

Auch zur Transformation des Energiemarktes ist die EEG-Umlage nicht geeignet.

g) Die EEG-Umlage führt auch nicht zu einer Umsetzung des Verursacherprinzips. Die Belastung der Eigenstromproduktion und die Besondere Ausgleichsregelung im EEG-Entwurf 2014 richten sich nach dem Gemeinlastprinzip, um das Umlageaufkommen und die Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Unternehmen abzusichern.

Eine klassische Grundrechtsprüfung wäre jetzt mit der Feststellung zu Ende, daß die EEG-Umlage im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kein geeignetes Mittel zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums darstellt.

¹⁴⁰ EU-Parlament stimmt Not-OP am CO₂-Handel zu, aus: <http://www.welt.de/wirtschaft/article117673224/EU-Parlament-stimmt-Not-OP-am-CO2-Handel-zu.html>, Stand 24.6.2014.

¹⁴¹ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/CO2-zertifikate-erfolgreich-und-zum-scheitern-verdammt-der-emissionshandel-12186688.html>, Stand 23.6.2014.

¹⁴² UN-Klimaschutzbericht 2014, IPCC-Arbeitsgruppe III, aus: <http://www.welt.de/wirtschaft/article128124861/Die-dreiste-Berichtsfaelschung-der-Klimatricks.html>, Stand 24.6.2014.

¹⁴³ Vgl. auch: Freiheit durch Dezentralisierung, Roland Vaubel, FAZ vom 28.7.2014, Nr. 172.

Fragt man dennoch weiter, ob die EEG-Umlage erforderlich ist, d.h. ob ein milderes Mittel zur Erreichung der Zwecke aus § 1 EEG existiert, dann kann man mit Mansson z.B. auf eine mögliche Steuerfinanzierung verweisen, auf das Quotenmodell¹⁴⁴ anderer europäischer Staaten oder eine technologie-neutrale Subventionspolitik durch eine unabhängige Regulierungsbehörde.

Der Regierungsentwurf zum EEG 2014 stellt unter C. Alternativen fest, daß es keine Alternativen gebe. Wörtlich in Klammern heißt es:

"Weitergehende Alternativen (z.B. die Einführung eines Quotenmodells oder eine technologie-neutrale Förderung) wurden geprüft, aber gerade im Hinblick auf die Ziele und Grundsätze des Gesetzes (§ 2 EEG 2014) verworfen."

Damit wird die Markt- und Netzintegration aus § 2 EEG 2014 über die Zwecksetzung aus § 1 EEG 2014 gestellt, Umwelt- und Klimaschutz zu einem Ziel zweiter Klasse, das hinter einen funktionierenden Markt zurückzutreten hat. Alternativen wurden nicht in Bezug auf ihre Tauglichkeit zur Zweckerreichung aus § 1 EEG 2014 geprüft. Eine derartige Gewichtung steht dem Gesetzgeber nicht zu und ist nicht verfassungskonform, weil der legitime Zweck für einen Grundrechtseingriff entfällt.

Die Frage nach dem milderen Mittel bleibt damit unbeantwortet. Aber die Möglichkeit, daß ein milderes Mittel als die EEG-Umlage existiert reicht aus, um die Rechtfertigung eines Eigentumseingriffs auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit abzulehnen.

"Die Mehrheit des Rates (Sachverständigenrat für Wirtschaft) plädiert nach wie vor für ein technologie-neutral ausgestaltetes Quotensystem. Sie sieht den Vorteil dieses Modells darin, dass sich damit die mit dem Ausbau der erneuerbaren Energien verbundenen Kosten vermutlich drastisch reduzieren ließen."¹⁴⁵

Schließt man die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit der Frage nach der Angemessenheit der EEG-Umlage in Relation zu den erstrebten Zwecken aus § 1 EEG 2014 ab, dann scheint über allem das umfassende Ziel des Klima- und Umweltschutzes zu stehen.

In der abstrakten Abwägung zwischen Ziel und Mittel wird der Klima- und Umweltschutz immer einen Eingriff in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung in das Eigentum rechtfertigen.

Wird dieses Ziel konkret jedoch nicht erreicht, dann kann es auch kein Rechtfertigungsgrund im Rahmen einer Abwägungsentscheidung sein. Die bisherige Evaluation der EEG-Umlage liefert für eine Auswirkung auf den Klima- und Umweltschutz keinen Beleg. Im Gegenteil, die Abschaltung von Kernkraftwerken, der Verfall der CO²-Zertifikate, die Maßnahmen zur Sicherung der Grundlast gehen alle in eine andere Richtung.

"Nach Berechnungen der AG Energiebilanzen wurden 2013 aus Braunkohle 162 Milliarden Kilowattstunden Strom hergestellt. Es ist der höchste Wert seit der Wiedervereinigung - auch seinetwegen droht Deutschland die eigenen Klimaziele für das Jahr 2020 zu verpassen."¹⁴⁶

Gleichzeitig steigt die EEG-Umlage, d.h. der Eingriff in das Eigentum der Letztverbraucher nimmt so zu, daß sich der Gesetzgeber zu einer Novellierung veranlaßt sieht.

¹⁴⁴ Dafür plädiert u.a. die Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Nr.18.

¹⁴⁵ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/14, Kapitel 10, Rn 817.

¹⁴⁶ Riskante Billigenenergie, Der wahnwitzige Braunkohle-Boom, aus: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/natur/braunkohle-boom-in-der-lausitz-warum-die-billig-energie-riskant-ist-a-970690.html>, Stand 24.6.2014.

*"Zugleich soll diese Novelle die Kostendynamik der vergangenen Jahre beim Ausbau der erneuerbaren Energien durchbrechen und so den Anstieg der Stromkosten für Stromverbraucher begrenzen."*¹⁴⁷

Seit 2000 ist die EEG-Umlage jährlich gestiegen und belastet einen Durchschnittshaushalt im Jahr 2014 mit ca. 218 Euro bei einem Verbrauch von 3.500 kWh/Jahr.¹⁴⁸ Dazu stellt die Monopolkommission ausdrücklich fest:

"Die wesentlichen Probleme und Ineffizienzen des EEG-Fördersystems liegen insbesondere in der fehlenden Zielgenauigkeit hinsichtlich des gesamten Förderumfangs und EE-Anlagenbaus, der massiven Überförderung und der allokativen Ineffizienzen aufgrund der fehlenden Technologieneutralität. Hinzu kommen weitere Probleme wie das Entstehen negativer Börsenpreise, die einen zusätzlichen Kostenfaktor für die Verbraucher darstellen, oder der Anreiz für EE-Anlagenbetreiber zum vermehrten Stromeigenverbrauch."

*Durch Letzteren werden die Kosten auf immer weniger Verbraucher aufgeteilt. Schließlich nimmt auch die Komplexität des Fördersystems immer weiter zu, wodurch hohe Regulierungskosten und Unsicherheiten für die Marktakteure entstehen und die Treffsicherheit der Maßnahmen erschwert wird."*¹⁴⁹

*"Zudem fehlt weiten Teilen der Politik offenbar nach wie vor die Einsicht, dass mit der bisherigen Vorgehensweise erhebliche volkswirtschaftliche Ressourcen verschwendet wurden, die beim Streben nach Wohlfahrt und gesellschaftlichem Fortschritt an anderer Stelle fehlen werden."*¹⁵⁰

Die Angemessenheit des Eingriffs in das Eigentum lässt sich im Abwägungsprozeß nicht feststellen. 218 Euro Durchschnittsbelastung pro Haushalt stehen Absichtserklärungen aus § 1 EEG gegenüber, die nach jahrelanger Erfahrung mit der konkreten Umsetzung realitätsfern sind.¹⁵¹ Die EEG-Umlage stellt mit ihrer Belastung für Letztverbraucher einen unverhältnismäßigen Eingriff in das geschützte Eigentum aus Art. 14 GG dar.

Die EEG-Umlage ist aus Sicht der Letztverbraucher verfassungswidrig.

3.2.2 Berufsfreiheit – Art. 12 GG

Die Berufsfreiheit schützt als Freiheitsgrundrecht die Berufswahl und die Berufsausübung, d.h. jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage. Die Grundrechtsrelevanz bestimmt sich danach, ob die EEG-Umlage objektiv oder subjektiv eine berufsregelnde Tendenz aufweist.

Die EEG-Umlage belastet die Letztverbraucher, führt zu höheren Kosten und beeinflusst die berufliche Tätigkeit. Letztverbraucher ist gem. § 5 Nr. 24 EEG 2014 "jede natürliche oder juristische Person, die

¹⁴⁷ Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts, Vorblatt.

¹⁴⁸ Vgl. Gelsenwasser, Neue Energien, neue Preise, <https://www.gelsenwasser.de/strompreiszusammensetzung.html>, Stand 23.6.2014.

¹⁴⁹ Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Nr.16.

¹⁵⁰ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/14, Kapitel 10, Rn 778.

¹⁵¹ "Ein wesentliches Ziel dieser Gesetzesnovelle ist, die bisherige Kostendynamik des EEG zu durchbrechen. Die EEG-Umlage soll zu diesem Zweck in den nächsten Jahren auf dem heutigen Niveau stabilisiert werden. Dies wird unter anderem erreicht durch den berechenbaren und im Gesetz festgelegten Ausbaukorridor nach § 3 EEG 2014. Dabei wird der Ausbau der erneuerbaren Energien auf die kostengünstigen Technologien konzentriert," aus: Entwurf eines Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, Begründung, 2.a).

Strom verbraucht". Juristische Personen sind gem. Art. 19 III GG in Bezug auf Art. 12 I GG ebenso grundrechtsfähig wie natürliche Personen. Der Schutzbereich von Art. 12 I GG umfaßt somit alle natürlichen und juristischen Personen, die als Letztverbraucher die EEG-Umlage im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit zu entrichten haben. Neben der Berufsfreiheit wird auch die Preis-, Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit sowie die unternehmerische Tätigkeit umfaßt, die durch die Regelungen des EEG betroffen sein könnten.¹⁵²

Geregelt wird das "Wie" der Berufsausübung, nicht das "Ob", d.h. die unterste Stufe der sogenannten "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG¹⁵³ an der sich die Prüfung der Verhältnismäßigkeit orientiert. Wer im Rahmen seiner Berufsausübung als Letztverbraucher Strom benötigt, kann zur EEG-Umlage herangezogen werden.¹⁵⁴ Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist eröffnet, indem mit der EEG-Umlage in die freie Preisgestaltung, die individuelle Wettbewerbsposition und mittelbar in die Vertragsfreiheit, eingegriffen wird.

Berufsausübungsregeln sind grundsätzlich zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls solche Regeln zweckmäßig erscheinen lassen.

Die EEG-Umlage wird aufgrund der Zwecksetzung in § 1 EEG 2014¹⁵⁵ erhoben, d.h. die bereits im Rahmen von Art. 14 GG geprüften Gemeinwohlerwägungen zur Rechtfertigung der Umlage sind erneut im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der ersten Stufe der Berufsregelung heranzuziehen.

Die Feststellung, daß die EEG-Umlage weder geeignet, erforderlich und angemessen ist, um die Ziele aus § 1 EEG 2014 zu erreichen, läßt sich auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Berufsfreiheit übertragen.

Damit liegt ein unzulässiger Eingriff in die Berufsfreiheit der Letztverbraucher vor, deren Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt ist.

3.2.3 Allgemeine Handlungsfreiheit - Art. 2 I GG

Die grundrechtliche Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit ist ein Auffanggrundrecht, wenn speziellere Grundrechte nicht zur Anwendung kommen. Wie oben dargestellt liegt bereits eine Grundrechtsverletzung von Art. 12 und 14 GG vor, so daß Art. 2 I GG subsidiär bleibt.

3.2.4 Zwischenergebnis

Die EEG-Umlage stellt einen unzulässigen Eingriff in das Eigentum – Art. 14 GG und die Berufsfreiheit – Art. 12 GG dar. Die Belastung der Letztverbraucher mit einem finanzverfassungswidrigen Instrument – der Sonderabgabe EEG-Umlage - und einer verfassungswidrigen Finanzierungsanforderung mangels Verhältnismäßigkeit, verstößt gegen die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG.

¹⁵² BVerfGE 50, 290 (363); *Blanke/Peilert*, RdE 1999, 96 (99); Siehe oben unter C. II. 1. b) aa).

¹⁵³ Vgl. BVerfGE 7, 377, 405.

¹⁵⁴ Dabei ist die "Kann-Regelung" – wie oben bereits erörtert – keine echte Option.

¹⁵⁵ So auch § 1 EEG 2012.

3.2.5 Gleichheitsgrundsatz - Art. 3 I GG

Indem die EEG-Umlage als eine privatrechtlich ausgestaltete Finanzierungsform nicht unter die Vorgaben des Finanzverfassungsrechts fallen soll – so der Gesetzgeber – folgt die Umlage auch nicht mehr dem Gebot der Belastungsgleichheit aller Bürger bei der Erhebung öffentlicher Abgaben.

Die Besondere Ausgleichregelung gem. § 63 ff. EEG 2014¹⁵⁶ und die EEG-Umlage auf Eigenstromproduktion gem. § 61 EEG 2014 schaffen Belastungs- und Privilegierungstatbestände, die gerechtfertigt sein müssen vor dem Hintergrund von Art. 3 I GG.

Die Gleichheitsrechte aus Art. 3 GG können verletzt sein, weil die EEG-Umlage als ein mittelbarer Akt der öffentlichen Gewalt zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung der Letztverbraucher führt.

Denkbar sind zwei Richtungen der Ungleichbehandlung. Zum einen der Vergleich zwischen EEG-Umlagen-Pflichtigen zu EEG-Umlagen-Befreiten, d.h. der gesamte Bereich der Privilegierungen im EEG, zum anderen die stärkere Strompreissteigerung bei den EEG-Umlagen-Pflichtigen im Verhältnis zu den EEG-Umlagen-Befreiten durch Anteilsberechnung und Deckelung der absoluten Höhe der zu entrichtenden EEG-Umlage.

Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG ist ein subjektives Grundrecht und ein objektives Gleichheitsgebot. Er sichert die Rechtsanwendungsgleichheit genauso wie die Rechtssetzungsgleichheit bei allen Akten der öffentlichen Gewalt. Gewährt wird ein Recht auf Gleichbehandlung durch den Staat, aber kein Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht, denn der Staat ist an Art. 20 III GG gebunden.¹⁵⁷

Grundsätzlich sind alle Letztverbraucher¹⁵⁸ gleich, d.h. alle natürlichen und juristischen Personen, die Strom verbrauchen – § 5 Nr. 24 EEG 2014 – werden zur Zahlung der EEG-Umlage herangezogen. Diese Vergleichbarkeit der Letztverbraucher ist auch nach dem Verursacherprinzip geboten, das ausdrücklich in § 2 IV EEG 2014 als Grundsatz des EEG genannt wird. Alle Stromendverbraucher sind Verursacher von Klima- und Umweltproblemen und sollen so gemeinsam zur Finanzierung einer verändernden Energiepolitik herangezogen werden. Unterschiede entstehen erst, wenn die Privilegierungs- oder Belastungstatbestände aus § 63 ff. EEG 2014 vorliegen und die Letztverbraucher eine ungleiche EEG-Umlagepflicht trifft.

Die Besondere Ausgleichsregelung nimmt stromintensive Unternehmen von der EEG-Umlage teilweise aus, die Eigenstromproduzenten müssen die EEG-Umlage teilweise entrichten, obwohl sie von den EltVU keinen Strom beziehen. Die zahlreichen Einzelbestimmungen in § 63 ff. EEG 2014 sind für das Verhältnis aller Letztverbraucher untereinander nicht grundsätzlich entscheidend.

§ 61 EEG 2014 Eigenversorger

(1) Die Übertragungsnetzbetreiber können von Letztverbrauchern für die Eigenversorgung folgende Anteile der EEG-Umlage nach § 60 Absatz 1 verlangen:

§ 63 EEG 2014 Grundsatz – Besondere Ausgleichregelung

Auf Antrag begrenzt das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle abnahmestellenbezogen

1. nach Maßgabe des § 64 die EEG-Umlage für Strom, der von stromkostenintensiven Unternehmen

¹⁵⁶ So auch § 40 ff. EEG 2012.

¹⁵⁷ Letzteres ist erheblich, weil die EEG-Umlage eine unzulässige Sonderabgabe ist.

¹⁵⁸ Keine Begriffsbestimmung im EEG 2012, aber Anwendung wie in EEG 2014.

selbst verbraucht wird, um den Beitrag dieser Unternehmen zur EEG-Umlage in einem Maße zu halten, das mit ihrer internationalen Wettbewerbssituation vereinbar ist, und ihre Abwanderung in das Ausland zu verhindern, und
2. nach Maßgabe des § 65 die EEG-Umlage für Strom, der von Schienenbahnen selbst verbraucht wird, um die intermodale Wettbewerbsfähigkeit der Schienenbahnen zu erhalten,
soweit hierdurch jeweils die Ziele des Gesetzes nicht gefährdet werden und die Begrenzung mit dem Interesse der Gesamtheit der Stromverbraucher vereinbar ist.

3.2.5.1 Eigenversorgung – Letztverbraucher mit und ohne Eigenstromversorgung

Die Gleichheitsprüfung basiert auf dem Vergleich von Gruppen, denen die Rechtsordnung unterschiedliche Rechte und Pflichten zugewiesen hat, und die deshalb ungleich behandelt werden.

Fraglich ist jedoch, ob die Letztverbraucher mit und ohne Eigenstromversorgung tatsächlich vergleichbar sind, nur weil beide Gruppen Strom verbrauchen. Die Gesetzesbegründung zur § 61 EEG 2014 liefert eine Differenzierung, die die Vergleichbarkeit aufhebt.

" Allerdings wird der Begriff des Letztverbrauchers im Zusammenhang mit der Eigenversorgung zukünftig nicht mehr verwendet. Da die Definition des Begriffs Letztverbraucher nach § 3 Nummer 25 EnWG ein Kaufverhältnis voraussetzt, passt dieser Begriff nicht in § 61 EEG 2014. Statt dessen wird künftig der Begriff des Eigenversorgers verwendet, der in § 5 Nummer 12 EEG 2014 definiert wird."¹⁵⁹

Der Letztverbraucher ohne Eigenstromversorgung muß am Markt von einem EltVU Strom kaufen. Der Kaufvertrag führt zu einer Überwälzung der EEG-Umlage in Abhängigkeit von der verbrauchten Strommenge.

Dieser Kausalzusammenhang ist beim Letztverbraucher mit Eigenstromversorgung nicht gegeben. Es wird kein Kaufvertrag über die Lieferung von Strom geschlossen, eine entsprechende Überwälzung der EEG-Umlage mit der Kauf des Stromes in Abhängigkeit von der Verbrauchsmenge findet nicht statt. Der Überwälzungsmechanismus ÜNB/EltVU/Letzterverbraucher ist unterbrochen, aus diesem Grund werden Eigenversorger den EltVU gleichgestellt - § 61 I EEG 2014 – so daß die ÜNB auch von den Eigenversorgern die EEG-Umlage verlangen können.

Daraus ergibt sich, daß Letztverbraucher mit und ohne Eigenstromversorgung nicht vergleichbar sind, sich aber wesentlich im Anknüpfungspunkt für die EEG-Umlage unterscheiden. Gemeinsam bleibt jedoch eine Vergleichbarkeit unter dem Gesichtspunkt des Verursacherprinzips infolge des Stromverbrauchs.

Art. 3 I GG soll aber auch die Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte verhindern. Hier werden **Letztverbraucher und Selbstversorger trotz ihrer Unterschiedlichkeit gleich behandelt**, beide werden zur Zahlung der EEG-Umlage verpflichtet.

Entsprechend ist zu fragen, ob es eine Rechtfertigung für die Gleichbehandlung von Selbstversorgern und Letztverbrauchern beim Verbrauch von Strom gibt.

Die Gleichbehandlung von Ungleichen unterliegt dem Verbot der willkürlichen Behandlung.¹⁶⁰ Die Einhaltung des Willkürverbots kann dem Gesetzgeber hier unterstellt werden, unsachliche Gemeinsamkeiten (Differenzierung) liegen nicht vor. Aber weisen beide Gruppen in wesentlichen Punkten so

¹⁵⁹ Entwurf eines Gesetzes

zur grundlegenden Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, Begründung, § 58.

¹⁶⁰ Vgl. BVerfGE 54, 117 (124 f.).

viele Gemeinsamkeiten auf, daß eine Gleichbehandlung – die Belastung mit der EEG-Umlage – zu rechtfertigen wäre? Die Gleichbehandlung muß Verhältnismäßigkeitserfordernissen genügen, d.h. für die vorgesehenen Gemeinsamkeiten müssen Gründe von solcher Art und Gewicht bestehen, daß sie die gleichen Rechtfolgen grundsätzlich rechtfertigen können.¹⁶¹

Um die Gleichbehandlung von Letztverbrauchern und Eigenversorger rechtfertigen zu können, bedarf es zur Begründung der Gemeinsamkeiten beider Gruppen eines Gleichbehandlungszieles. Dies findet sich in § 1 EEG 2014 – "insbesondere im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen". Das Gleichbehandlungsziel ist eine abstrakte Vorstellung in Bezug auf die Sicherung von Klima und Umwelt, zu der beider Gruppen einen Beitrag leisten sollen. Dieser sachliche Grund wiegt auch stärker als das Interesse der Eigenversorger, nicht zur EEG-Umlage herangezogen zu werden.

Das Kriterium für die Gleichbehandlung beider Gruppen ist der Stromverbrauch. Wer Strom verbraucht – unabhängig ob eigenproduziert oder gekauft – soll einen Beitrag zum Klima- und Umweltschutz leisten.

Objektiv ist die Gleichbehandlung geeignet und angemessen, das übergeordnete Ziel Klima- und Umweltschutz zu erreichen. Auch die tatsächlichen Umstände, die ihren Ausdruck in der Konkretisierung der Umlagepflicht in § 61 EEG 2014 finden und der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterliegen - soweit keine Verletzung der Gleichheitsgrundsatzes innerhalb dieser Regelungen stattfindet - rechtfertigen die Gleichbehandlung von Eigenversorgern und Letztverbrauchern.

Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG in Bezug auf Letztverbraucher mit und ohne Eigenstromversorgung liegt deshalb nicht vor.

3.2.5.2 Besondere Ausgleichregelung – Belastung der Letztverbraucher mit der EEG-Umlage

Im Rahmen der „Besonderen Ausgleichregelung“ stehen sich als Gruppen die Letztverbraucher, die die EEG-Umlage in voller Höhe zu zahlen haben und die Letztverbraucher, die die EEG-Umlage nur teilweise zu entrichten haben, gegenüber.

Basierend auf § 63 EEG 2014 und konkretisiert in § 64 ff. EEG-Entwurf 2014 reduziert sich die EEG-Umlage für die betroffenen Unternehmen.

"Die privilegierten Unternehmen zahlen grundsätzlich 15 Prozent der EEG-Umlage; diese Belastung wird jedoch auf 4 Prozent bzw. 0,5 Prozent der Bruttowertschöpfung zu Faktorkosten des jeweiligen Unternehmens begrenzt (sog. „Cap“ und „Super-Cap“ der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien).

*Ungeachtet dessen zahlen alle privilegierten Unternehmen für die erste Gigawattstunde die EEG-Umlage in voller Höhe und für alle darüber hinaus gehenden Kilowattstunden mindestens 0,1 Cent. Diese sog. Mindest-Umlage soll den Grundbeitrag der privilegierten Unternehmen für das EEG-Konto sicherstellen."*¹⁶²

Aber:

*"Zur Vermeidung von wirtschaftlichen Verwerfungen wird die Mindest-Umlage in der Besonderen Ausgleichsregelung für Unternehmen aus der NE-Metall-Branche auf 0,05 Cent/kWh abgesenkt."*¹⁶³

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 88, 87 (97).

¹⁶² BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014, Vorblatt, B. Nr.3 und 4.

¹⁶³ Bundestag - Drucksache 18/1891, S. 4

Beide Gruppen sind Letztverbraucher im Sinne des EEG, sie beziehen Strom von EltVU, d.h. sie kaufen den Strom zu Marktpreisen. Stromverbrauch und Marktbeteiligung beim Einkauf des Stroms machen die beiden Gruppen vergleichbar. Dennoch werden die gleichen Letztverbraucher, zu denen Privathaushalte genauso zählen wie Unternehmen, durch die Privilegierungen in § 63 ff. EEG 2014 ungleich behandelt. Dies bedarf einer Rechtfertigung, damit kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz GG Art. 3 I GG vorliegt.

*"Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen."*¹⁶⁴

Vor diesem Hintergrund ist das Differenzierungsziel und der Differenzierungsgrund zu prüfen.

Das Differenzierungsziel läßt sich der Begründung zur Besonderen Ausgleichsregelung entnehmen, wenn es dort heißt:

*" Nur wenn Deutschland ein wettbewerbsfähiger Wirtschafts- und Industriestandort bleibt, kann die Energiewende nachhaltig erfolgreich sein. Dazu sind Sonderregelungen für die stromintensive Industrie, die im internationalen Wettbewerb steht, bei der Beteiligung an den Förderkosten für Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien erforderlich."*¹⁶⁵

Die Differenzierungskriterien finden sich in § 63 EEG 2014 und betreffen branchenabhängig Unternehmen ab einem jährlichen Verbrauch von 1 Gigawattstunde Strom, mit einer bestimmten Stromkostenintensität und einem zertifizierten Energie- oder Umweltmanagementsystem. Absatz 2 konkretisiert die Begrenzung inhaltlich und legt einen Selbstbehalt fest.¹⁶⁶

Diese Differenzierung im Verhältnis zu nicht-privilegierten Letztverbrauchern darf weder willkürlich noch unverhältnismäßig sein, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Das Differenzierungsziel ist die Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Branchen. Die Auswahl betrifft ca. 2500 Unternehmen in Deutschland und erfolgt auf Grundlage der Vorgaben der Energie- und Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission.¹⁶⁷ Diese legen den Rahmen und die Bedingungen fest, unter denen staatliche Hilfen für EE akzeptabel sein können. Die Akzeptanz von Fördersätzen wird von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig gemacht, deren Bestandteile Hilfestellung für die Beurteilung staatlicher Hilfsmaßnahmen sein soll.

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 99, 367 (388 ff.).

¹⁶⁵ BMWi – IIIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, Vorblatt, A.

¹⁶⁶ 1. Die EEG-Umlage wird für den Stromanteil bis einschließlich 1 Gigawattstunde nicht begrenzt (Selbstbehalt). Dieser Selbstbehalt muss im Begrenzungsjahr zuerst gezahlt werden.

2. Die EEG-Umlage wird für den Stromanteil über 1 Gigawattstunde auf 15 Prozent der nach § 57 Absatz 2 ermittelten EEG-Umlage begrenzt.

3. Die Höhe der nach Nummer 2 zu zahlenden EEG-Umlage wird in Summe aller begrenzten Abnahmestellen des Unternehmens auf höchstens den folgenden Anteil der Bruttowertschöpfung begrenzt, die das Unternehmen im arithmetischen Mittel der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre erzielt hat:

a) 0,5 Prozent der Bruttowertschöpfung, sofern die Stromkostenintensität des Unternehmens mindestens 20 Prozent betragen hat, oder

b) 4,0 Prozent der Bruttowertschöpfung, sofern die Stromkostenintensität des Unternehmens weniger als 20 Prozent betragen hat.

4. Die Begrenzung nach den Nummern 2 und 3 erfolgt nur so weit, dass die von dem Unternehmen zu zahlende EEG-Umlage für den Stromanteil über 1 Gigawattstunde den Wert von 0,1 Cent je Kilowattstunde nicht unterschreitet; der Selbstbehalt nach Nummer 1 bleibt unberührt.

¹⁶⁷ vgl. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_environment/index_en.html

Mit der Sicherstellung des Wettbewerbs für stromintensive Unternehmen, d.h. dem Differenzierungsziel der Ungleichbehandlung, haben die Leitlinien der EU nichts zu tun. Sie geben eine Orientierung für die beihilferechtliche Akzeptanz staatlicher Hilfe gem. Art. 107 ff. AEUV. Sie treffen keine Aussagen über die Zulässigkeit der in § 64 EEG 2014 festgelegten Privilegierungskriterien nach dem Gleichheitsgrundsatz.

Bleibt zu fragen, wie die Differenzierungskriterien ermittelt wurden, um das Differenzierungsziel zu erreichen, oder ob die Kriterien nur den Beihilfeleitlinien folgen, ohne die Wettbewerbssituation der Letztverbraucher berücksichtigt zu haben.

Bevor die internationale Wettbewerbsfähigkeit als Differenzierungsziel bemüht werden kann, ist zu ermitteln, ob Unternehmen überhaupt in einem internationalen Wettbewerb stehen und ob es zu Marktverzerrungen kommen könnte. Das Wettbewerbsrecht nutzt dafür festgelegte Verfahren, an deren Anfang die Definition eines sachlich und räumlich relevanten Marktes steht, der in Bezug auf wettbewerbsbeeinflussende Faktoren analysiert werden kann.

Die Besondere Ausgleichsregelung läßt keinen Rückschluß auf vorangegangene Marktanalysen sichtbar werden; im Gegenteil, die Auflistung der stromintensiven Unternehmen in Anlage 4 folgt nur dem Stromverbrauch in diesen Branchen und unterstellt pauschal eine internationale Wettbewerbssituation, die sich verschlechtern könnte. Die Beziehung zwischen Differenzierungsziel und Differenzierungsgrund wird nicht hergestellt, damit ist das Willkürverbot verletzt und die einzelnen Differenzierungskriterien, wie z.B. die Gigawattstunde Stromverbrauch entbehren jeder sachlichen Begründung.¹⁶⁸

Statt dessen lassen die Erfahrungen mit dem EEG-Mechanismus einen anderen Rückschluß zu: Wenn sich die Wettbewerbssituation von Unternehmen tatsächlich verschlechtern sollte, dann durch staatliche beeinflusste Auflagen und Abgaben in einer ansonsten für deutsche Unternehmen beim internationalen Strompreisvergleich befriedigenden Situation.¹⁶⁹

Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage stellt zum EEG ausdrücklich fest, daß bereits viel gewonnen wäre, wenn sich die deutsche Energiepolitik zu einer Abkehr vom bisherigen Subventionsmechanismus im Rahmen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) entschließen könnte, dessen technologie-spezifische und ausgesprochen marktferne Ausrichtung besonders seit dem Jahr 2009 zur Kostenexplosion bei den Strompreisen beigetragen hat.¹⁷⁰

Dabei setzt sich der Strompreis aus Komponenten zusammen, die der Staat auch ohne eine Besondere Ausgleichsregelung zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen nutzen könnte.¹⁷¹

¹⁶⁸ Im Einzelfall werden Unternehmen, die Energiesparmaßnahmen in den vergangenen Jahren umgesetzt haben bestraft, da ihr abgesenkter Stromverbrauch sie nicht mehr unter die Privilegierungstatbestände fallen läßt.

¹⁶⁹ Vgl. *Christian Matthes*, Aktuelle Stromkosten für die energieintensiven Industrien in Deutschland, Öko-Institut e.V.

¹⁷⁰ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2013/14, Kapitel 10, Rn 779.

¹⁷¹ Der Strompreis setzt sich aus mehreren Kostenbestandteilen zusammen:

* Nettonetzentgelt (19,8 %): Das Netznutzungsentgelt

* Messung, Messstellenbetrieb und Abrechnung (2,4 %): Entgelte für die Kosten der Abrechnung sowie der technisch notwendigen Mess- und Steuereinrichtungen (Zähler, etc.), in der Regel in Euro pro Jahr, sowie das Entgelt für die Ablesung und das Inkasso für z.B. ein Jahr

* Staatliche Abgaben: Konzessionsabgabe (5,7 %), Umlage nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (18 %), Umlage nach dem Kraft- Wärme-Kopplungsgesetz (0,4 %), Umlage nach § 19 der Strom-Netzentgeltverordnung (1,1%) und Umlage für die Offshore-Haftung (0,9%)

* Steuern (23,0 %): Mehrwertsteuer (16 %), Stromsteuer (7 %)

Eine Ausgleichregelung für Umstände zu Lasten aller nicht-privilegierten Letztverbraucher zu schaffen, die der Staat durch eine eigene Abgabenerhebung erst herbeigeführt hat, ist keine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung, sondern ein Handlungsgebot an die eigene Adresse. Die Zusammensetzung des Strompreises (für Unternehmen ohne USt-Belastung) verdeutlicht, daß der Differenzierungsgrund eine reine Lastenverschiebung wäre, wenn tatsächlich ein Wettbewerbsnachteil auszugleichen wäre.

Wäre die Wettbewerbssituation das tatsächliche Differenzierungsziel, dann müßten beispielsweise Überlegungen zum Merit-Order-Effekt¹⁷² in die Marktanalyse mit einfließen.

So legte das Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft (FÖS) im Januar 2013 eine Analyse der Börsenstrompreise im europäischen Vergleich vor, nach der sich die Wettbewerbssituation großer und stromintensiver Unternehmen seit 2007 verbessert hat. Der für Großabnehmer maßgebliche Strompreis an der deutschen Strombörse ist demnach zwischen Januar 2008 und Oktober 2012 um 22 Prozent gesunken. Eine Ursache dafür sei der so genannte Merit-Order-Effekt.¹⁷³

Nach Angaben der KfW-Bankengruppe ist der Strompreis (inklusive aller Steuern und Abgaben) zwischen 2008 und 2012 im EU-weiten Durchschnitt um fünf Prozent gestiegen, während der Strompreis in Deutschland im gleichen Zeitraum für die Industrie um 4,8 Prozent gestiegen ist. Laut KfW habe die deutsche energieintensive Industrie von der Energiewende aufgrund sinkender Börsenstrompreise (Merit-Order-Effekt) profitiert.¹⁷⁴ „Ein Wettbewerbsnachteil im EU-Vergleich scheint deshalb nicht offensichtlich.“, so die KfW.¹⁷⁵

Im Januar 2014 kündigte eine niederländische Aluminiumhütte ihre Schließung an, da sie aufgrund des billigen Industriestroms in Deutschland nicht mehr wettbewerbsfähig sei.¹⁷⁶

Der französische Industrieverband Uniden forderte im März 2014 von der französischen Regierung eine Preisbegrenzung für Atomstrom, da die Stromkosten für große industrielle Abnehmer in Deutschland bald um 35% niedriger lägen als in Frankreich.¹⁷⁷

Das Fraunhofer Institut für System- und Innovationsforschung im Auftrag des BMU kommt zu dem Ergebnis, daß das EEG den **Börsenstrompreis** um etwa 0,6 ct/kWh senkt. Die Studie kommt zu dem Schluß, daß bei stromintensiven Unternehmen die Entlastungswirkung durch den Merit-Order-Effekt die Zusatzkosten durch das EEG übersteigt und somit eine Nettoentlastung erreicht wird.¹⁷⁸

Mangels tatsächlicher Marktdefinition und –analyse zur Beurteilung der Wettbewerbssituation deutscher Unternehmen im internationalen Vergleich ist angesichts dieser Beispiele der Differenzierungsgrund für eine Besondere Ausgleichsregelung willkürlich gegriffen. Es fehlt ein sachlicher Beleg für die in § 63 EEG 2014 unterstellte Gefahr der Wettbewerbsverzerrung, der die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes rechtfertigen könnte. Das im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung die Un-

* Kosten für die Strombeschaffung und für den Vertrieb (28,8 %): Energiebeschaffung (21,3 %), Vertrieb (inkl. Marge) (7,5 %) - Quelle: Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2013, S. 152.

¹⁷² Der Merit-Order-Effekt ist die Verdrängung teuer produzierender Kraftwerke durch den Markteintritt eines Kraftwerks mit geringeren Grenzkosten.

¹⁷³ *Swantje Küchler*, Strompreise in Europa und Wettbewerbsfähigkeit der stromintensiven Industrie, Januar 2013.

¹⁷⁴ In Zeiten hoher EEG-Strom-Einspeisung verdrängt der EEG-Strom den Strom aus den teuersten konventionellen Kraftwerken und senkt so über den Merit-Order-Effekt den Börsenpreis.

¹⁷⁵ Vgl. Steigende Kosten der Stromversorgung und steigende Preise: Wer trägt die Zusatzbelastung? *Volkswirtschaft Kompakt*, Nr. 11 (2013).

¹⁷⁶ Vgl. Deutscher Strom zu billig - Energiewende verrückt, *FAZ* vom 12. Januar 2014.

¹⁷⁷ Vgl. Large German industrial power users will pay 35 percent less for their electricity next year than those in France, *Bloomberg News*, 17. März 2014.

¹⁷⁸ Vgl. *Frank Sensfuß*, Analysen zum Merit-Order Effekt erneuerbarer Energien, Karlsruhe 2011.

gleichbehandlung der Letztverbraucher durch die Besondere Ausgleichsregelung weder geeignet, erforderlich und angemessen ist, impliziert bereits der Verstoß gegen das Willkürverbot bei der Bestimmung des Differenzierungsgrundes "internationale Wettbewerbsfähigkeit".

Die Ungleichbehandlung der Letztverbraucher ist nicht zu rechtfertigen, die internationale Wettbewerbsfähigkeit ist kein sachlicher Rechtfertigungsgrund, der einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG ausschließen könnte.

Art. 3 I GG ist durch § 63 ff. EEG 2014 verletzt¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Dies gilt auch für § 40 ff. EEG 2012.

3.2.5.3 Die Ungleichbehandlung der Letztverbraucher durch die Folgen der Privilegierungen

Der Einnahmebedarf aus der EEG-Umlage wird durch § 3 IV AusglMechV bestimmt.

BERECHNUNG DER EEG-UMLAGE FÜR 2014

Kosten und Erlöse	Angaben in €	Letztverbrauch (LV) Angaben in MWh
Prognostizierte Kosten	21.673.646.738,62 (6)	Privilegierter Letztverbraucher, 106.522.991
EEG-Vergütung (abzgl. vNE) durch ÜNB	21.255.224.957,66	1) davon privilegierter Letztverbrauch, 70.103.729 (1)
Profilserviceaufwand	166.370.604,27	der begrenzte EEG-Umlage von 0,05 ct/kWh zahlt
Kosten für Börsenzulassung und Handelsanbindung	3.504.947,55	2) davon privilegierter Letztverbrauch, 36.419.262
Zinskosten	4.701.419,51	der anteilig an EEG-Umlage beteiligt
EEG-Bonus in 2014 für 2012	4.300.000,00	entspricht voll umlagepflichtigem Anteil (s. Folie 10) 1.657.714 (2)
Effekt Grünstromprivileg [LV (3) abzgl. 2 ct/kWh]	119.544.809,63 (7)	Grünstromprivileg (LV mit reduzierter EEG-Umlage) 5.977.240 (3)
Kosten für Nachrüstung zur Behebung 50,2 Hz	120.000.000,00	Nichtprivilegierter Letztverbrauch 370.260.447 (4)
		Für EEG-Umlage anzulegender Letztverbrauch [(2)+(3)+(4)] 377.895.402 (5)
Prognostizierte Erlöse	-2.227.655.490,33 (8)	
Einnahmen aus Vermarktung	-2.192.603.625,59	
Einnahmen für privilegierten LV [0,05 ct/kWh * (1)]	-35.051.864,74 (9)	
Prognostizierte Deckungslücke 2014 [(6)+(8)]	19.445.991.248,30 (10)	
Liquiditätsreserve [10%-Anteil von (10)-(7)-(9)]	1.936.149.830,34 (11)	
Verrechnung Kontostand 30.09.2013	2.196.925.005,48 (12)	
Umlagebetrag 2014 [(10)+(11)+(12)]	23.579.066.084,12 (13)	
Kernumlage 2014 [(10)/(5)]	51,46 [€/MWh]	
Umlageanteil 2014 aus Liquiditätsreserve [(11)/(5)]	5,12 [€/MWh]	
Umlageanteil 2014 aus Kontostand 30.09.2013 [(12)/(5)]	5,81 [€/MWh]	
EEG-Umlage 2014 (gerundet) [(13)/(5)]	62,40 [€/MWh]	
EEG-Umlage 2014 (gerundet)	6,240 [ct/kWh]	

15.10.2013

Prognose der EEG-Umlage 2014 nach AusglMechV



14

Für das Jahr 2014 wird ein Umlagebetrag von ca. 24,6 Mrd. Euro veranschlagt. Die EEG-Umlage mit 6,24 ct/kWh enthält dabei als Aufschlag auch den Einnahmeausfall, der infolge der Mindereinnahmen durch Privilegierungen im Rahmen der Besonderen Ausgleichsregelung entsteht, aber durch alle nicht-privilegierten Letztverbraucher mit Blick auf das benötigte Gesamtaufkommen aus der Umlage zu entrichten ist.

*"Durch die Besondere Ausgleichsregelung werden die privilegierten Unternehmen im Jahr 2014 eine Entlastungswirkung von voraussichtlich insgesamt rund 5,1 Mrd. Euro erfahren,..."*¹⁸⁰

Diese 5,1 Mrd. Euro werden im wesentlichen auf nicht-privilegierte Letztverbraucher verteilt, die privilegierten Unternehmen werden an der "EEG-Umlage mit Privilegierungsaufschlag" im Verhältnis zu ihrem Privilegierungsstatus beteiligt.

Diese Verteilungswirkung führt erneut zu einer Ungleichbehandlung der Letztverbraucher, die ebenfalls zu rechtfertigen wäre vor dem Hintergrund von Art. 3 I GG.

Aber so, wie die Rechtfertigung der Privilegierung selbst - wie oben dargestellt - scheitert, so wenig ist die Rechtfertigung der Folgewirkungen der Privilegierung möglich. Neben den Zweifeln am Differenzierungsgrund "internationale Wettbewerbsfähigkeit" wäre zu hinterfragen, ob die Gesamtheit der Letztverbraucher eine Gruppenverantwortlichkeit für die Wettbewerbssicherung einzelner Unternehmen hat.

¹⁸⁰ BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Besonderen Ausgleichsregelung für stromkosten- und handelsintensive Unternehmen, Begründung, A.2.

Selbst wenn diese gegeben wäre, müßte sie subsidiär sein in Bezug auf die Handlungsoptionen und -pflichten des Staates bei der Gestaltung der öffentlichen Abgaben auf den Strompreis¹⁸¹, denn die Kosten für die Strombeschaffung und den Vertrieb betragen nur 28,8 % am Gesamtpreis.

Auch die Ungleichbehandlung der Letztverbraucher in Bezug auf die Verteilung der Privilegierungskosten ist nicht mit Art. 3 I GG vereinbar und verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Ergänzend ist festzuhalten, daß die Differenzierungsgründe alle gemeinwohlorientiert sind – dies wird mit dem Abwägungsgebot "Interesse der Gesamtheit der Stromverbraucher" in § 63 EEG 2014 ausdrücklich festgeschrieben. Aber gerade diese Aufgaben sind einer Steuerfinanzierung vorbehalten.

3.2.6 Zulässigkeit der Anwendung der Besonderen Ausgleichsregelung

§ 63 EEG 2014 schließt die Anwendung der Besonderen Ausgleichsregelung selbst aus:

*"... soweit hierdurch jeweils die Ziele des Gesetzes nicht gefährdet werden und die Begrenzung mit dem Interesse der Gesamtheit der Stromverbraucher vereinbar ist."*¹⁸²

Die Ziele des Gesetzes – Klima- und Umweltschutz - werden tatsächlich nicht erreicht, ja, sie werden mit Blick auf den CO²-Zertifikatehandel sogar gefährdet, wie oben mehrfach angesprochen.

Ziele, die nicht erreicht werden und Wettbewerbsnachteile, die nicht belegt sind, können nicht im Finanzierungsinteresse der Gesamtheit aller Stromverbraucher liegen. Das Ergebnis eines Abwägungsprozesses durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle muß die Nicht-Anwendung der Besonderen Ausgleichsregelung sein, sonst würde ein Ermessensfehler vorliegen.

3.3 ERGEBNIS

Die EEG-Umlage ist ein unzulässiger Eingriff die die Grundrechte aus Art. 14, 12, 2 und 3 GG.

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in diese Grundrechte scheitert bereits an der Ziel- und Zweckverfehlung des Eingriffs durch Erhebung und Verteilung der EEG-Umlage. Die pauschale Rechtfertigung der bisher in der Sache tätigen Gerichte ist angesichts der tatsächlichen Sachlage unverständlich.

¹⁸¹ OVG Lüneburg, NVwZ 1989, 1095, 1096

¹⁸² § 60 EEG-Entwurf 2014.

4 VEREINBARKEIT DES EEG MIT ART. 107 I AEUV – VERBOT EINER UNZULÄSSIGEN BEIHILFE

4.1 AUSGANGSLAGE

Im Dezember 2013 faßte die EU-Kommission einen Eröffnungsbeschluß gegen Deutschland wegen der Gewährung und Nichtanmeldung rechtswidriger staatlicher Beihilfen:

*"Mit Schreiben vom 18.12.2013,, hat die Kommission die Bundesrepublik Deutschland von ihrem Beschluss in Kenntnis gesetzt, wegen der genannten Maßnahme das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zu eröffnen."*¹⁸³

Die Bundesrepublik Deutschland hält Förderung und Finanzierung aus dem EEG für europarechtskonform und stuft diese nicht als Beihilfe¹⁸⁴ ein:

*"Zur Wahrung dieser Rechtsposition und aus Gründen der Fristwahrung hat die Bundesregierung am 28. Februar 2014 Klage gegen den Beschluss der EU-Kommission zur Eröffnung eines förmlichen Beihilfeverfahrens erhoben."*¹⁸⁵ (Nichtigkeitsklage beim EUGH gem. Art. 263 AEUV)

Parallel fanden umfangreiche Gespräche zwischen Bundeswirtschaftsministerium und EU-Kommission statt, um die möglichen Folgen eines Beihilfeverfahrens abzumildern. Unter 3.7 der Beihilfeleitlinien wurden deutsche Sonderregeln eingeführt.¹⁸⁶ Gleichzeitig versuchte der Gesetzgeber, mögliche Beihilfe Probleme mit der Ausrichtung des EEG 2014 nach den neuen Leitlinien für Umwelt- und Energiebeihilfen der EU-Kommission zu vermeiden. Die Leitlinien sind am 1. Juli 2014 in Kraft getreten und lösen die derzeit geltenden, veralteten Regeln für Umweltschutzbeihilfen 2009 ab.

Grundlage für das laufende Beihilfeverfahren ist die Regelung im Primärrecht der Europäischen Union, nach der Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Hilfen zu unterbleiben haben.

Artikel 107 AEUV

(1) Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

(3) Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 107 mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die

¹⁸³ Vgl. Staatliche Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen.

¹⁸⁴ "Aus Sicht der Bundesregierung stellen die EEG-Förderung und die Ausnahmeregelungen für stromintensive Unternehmen keine Beihilfen dar und sind mit EU-Recht vereinbar", aus: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energiepolitik/europaeische-energiepolitik,did=627026.html>, Stand. 6.7.2014.

¹⁸⁵ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energiepolitik/europaeische-energiepolitik,did=627026.html>, Stand 29.6.2014.

¹⁸⁶ Vgl. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, (2014/C 200/01).

beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat.

Art. 107 I AEUV legt dabei fest, unter welchen Bedingungen eine Beihilfe tatbestandlich festzustellen ist. Art. 107 III AEUV regelt auf Primärebene die Anforderung der Vorabvorlage einer staatlichen Hilfe und hindert die Mitgliedstaaten der EU an jeglichem Vollzug, bevor die Kommission sich nicht abschließend durch Beschluß damit befaßt hat. Hintergrund dieses Vollzugsverbots ist der Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen durch eine Beihilfe in Absatz 1.

Ob eine – unzulässige - Beihilfe vorliegt, hängt davon ab, daß:

- staatliche Maßnahmen als Beihilfe einzuordnen sind,
- staatliche Maßnahmen nicht ausnahmsweise zulässig sind,
- staatliche Maßnahmen nicht gerechtfertigt sind und
- staatliche Maßnahmen als mögliche Beihilfe der EU-Kommission nicht vorab zur Notifizierung vorgelegt wurden.

Vergleichbar mit der Frage nach dem Wesen der EEG-Umlage – Sonderabgabe ja oder nein -, hat sich der Gesetzgeber bemüht, Finanzierungs- und Fördermechanismus des EEG 2012 als nicht-notifizierungspflichtige Finanzierung für erneuerbare Energien um Entscheidungen wie PreussenElektra (EuGH vom 13.03.2001 - C-379/98) und Essent (EuGH vom 17.07.2008 - C-206/06) herumzubauen.¹⁸⁷

Der Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission zur Einleitung eines Beihilfeverfahrens nimmt Bezug auf das Vergütungssystem des EEG insgesamt – Einspeisevergütung, Flexibilitätsprämie, Marktpremie, das Grünstromprivileg als Element der Umlagereduzierung und die Besondere Ausgleichregelung für stromintensive Unternehmen. Betroffen ist nur das EEG 2012 und damit mögliche Rückforderungen staatlicher Beihilfen für Anlagenbetreiber und privilegierten Unternehmen nach der Beihilfeverfahrensordnung.

Der Beihilfebeschluß der Kommission betrifft tatsächlich gleichzeitig auch das EEG 2014, mit dem der Gesetzgeber Förder- und Finanzierungsmechanismen des EEG 2012 grundsätzlich fortschreibt, die Einordnung von staatlichen Hilfen als Beihilfen begründet und sich damit die Frage nach der Europarechtskonformität auch für das EEG 2014 stellt.

Besonders zu berücksichtigen bei der Beurteilung von staatlichen Hilfen ist das Urteil des EuGH vom 19.12.2013 – C-262/12, das Hinweise zur Einordnung einer Förderung als staatliche Beihilfe gibt.

EuGH vom 19.12.2013 – C-262/12, Leitsatz:

"Art. 107 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein Mechanismus, mit dem die Mehrkosten, die Unternehmen durch eine Abnahmepflicht für Strom aus Windkraftanlagen zu einem Preis über dem Marktpreis entstehen, vollständig ausgeglichen werden und dessen Finanzierung von allen im Inland wohnhaften Stromendverbrauchern getragen wird – so wie der Mechanismus aus dem Gesetz Nr. 2000-108 vom 10. Februar 2000 über die Modernisierung und Weiterentwicklung der öffentlichen Stromversorgung in der durch das Gesetz Nr. 2006-1537 vom 7. Dezember 2006 betreffend den Energiesektor geänderten Fassung – eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel darstellt."

¹⁸⁷ Siehe: EU-Hauptprüfverfahren zum EEG, <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energiepolitik/europaeische-energiepolitik,did=627026.html>, Stand: 6.7.2014.

Im März 2000 teilte die EU-Kommission Deutschland schon einmal mit, daß sie in Bezug auf die Förderung erneuerbarer Energien eine nicht angemeldete Beihilfe annehmen würde.¹⁸⁸

Mit Schreiben vom 22.5.2002 befand die EU-Kommission nach Prüfung und Stellungnahme der Bundesregierung, daß das EEG 2000 nicht zu staatlichen Beihilfen führe und eine Notifizierungspflicht nicht verletzt sei.

Im nun laufenden Beihilfeverfahren¹⁸⁹ stellt die Kommission jedoch fest, daß es seit damals erhebliche Änderungen im EEG 2012 gegeben hätte, die eingeführten Änderungen nicht angemeldet worden seien und eine neue rechtswidrige Beihilfe vorliegen könnte.

4.2 TATBESTANDSMERKMALE EINER BEIHILFE NACH ART. 107 I AEUV

Nach Art. 108 I S. 1 AEUV überprüft die Kommission fortlaufend die Einhaltung der Beihilferegulungen in den Mitgliedstaaten. Art. 107 AEUV konkretisiert dabei, was eine Beihilfe ist und unterscheidet zwischen Beihilfen, die mit dem Binnenmarkt vereinbar und nicht vereinbar sind. Grundsätzlich sind Beihilfen, damit sie überhaupt zulässig sind, der Kommission gem. Art. 108 III AEUV vor ihrer Gewährung anzuzeigen. Die Kommission prüft die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt anhand der Kriterien aus Art. 107 I AEUV.

Für die Anwendung des EU-Beihilfenregimes sind danach 5 Kriterien **kumulativ** zu erfüllen:

- Es müssen staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile sein,
- es muß eine Begünstigung – gleich welcher Art – vorliegen,
- bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige müssen begünstigt werden,
- die Vorteile verfälschen den Wettbewerb oder drohen ihn zu verfälschen,
- die Vorteile beeinträchtigen den Handel im Binnenmarkt.

4.2.1 Kriterium 1: Staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln

In der PreussenElektra Entscheidung des EuGH¹⁹⁰ stellte das Gericht fest, daß das Tatbestandsmerkmal "staatliche oder aus staatlichen Mitteln" eine mittelbare oder unmittelbare Belastung der öffentlichen Haushalte erfordert. Nicht jede staatlich veranlaßte Begünstigung ist automatisch eine Beihilfe, eine "Flucht ins Privatrecht" darf aber nicht zu einer Umgehung der Beihilfevorschriften führen.

Zum Begriff der staatlichen Mittel stellt der EuG fest: "...wenn der Staat voll und ganz in der Lage ist, durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf das genannte Komitee die Verwendung der Mittel dieser Einrichtung zu steuern, um gegebenenfalls besondere Vorteile zugunsten bestimmter Unternehmen zu finanzieren."¹⁹¹

Entscheidend ist, ob die staatliche Verwaltung die tatsächliche Kontrolle über die Finanzmittel ausübt.

¹⁸⁸ Staatliche Beihilfe NN 27/2000 – Deutschland, Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz), seit dem 1. April 2000 in Kraft.

¹⁸⁹ ABl. C 37/74 vom 7.2.2014.

¹⁹⁰ EuGH vom 13.03.2001 - C-379/98.

¹⁹¹ EuG vom 20.9.2007, Rs T-136/05, Rn 140 f.

Die zentrale Verwaltung der EEG-Umlage, Transparenzanforderungen, gesetzlich festgelegte Einnahmen- und Ausgabenströme, Ausgleichsmechanismus und zentrale Überwachung durch die BNetzA als Bundesoberbehörde mit Eingriffs- und Durchsetzungsbefugnis sind u.a. Merkmale einer staatlichen Steuerung,¹⁹² die in Abgrenzung zum regulierten Markt (z.B. auch dem Telekommunikationsmarkt) für die Übertragungsnetzbetreiber keinen Ermessensspielraum beinhaltet – im Gegenteil: Abnahme- und Vergütungspflichten, sowie die Privilegierungen zu reinen Vollzugsaufgaben macht.

In der Entscheidung des EuGH zur französischen Einspeisevergütung wird zum Tatbestandsmerkmal "staatliche Mittel" in Abgrenzung zur PreussenElektra- und Essent-Entscheidung ausgeführt: "Daher waren die fraglichen Gelder nicht als staatliche Mittel anzusehen, weil sie zu keinem Zeitpunkt unter staatlicher Kontrolle standen und kein Mechanismus wie der im Ausgangsverfahren fragliche bestand, der vom Mitgliedstaat zum Ausgleich der sich aus dieser Abnahmepflicht ergebenden Mehrkosten geschaffen und geregelt wurde und mit dem **der Staat** diesen privaten Versorgern die vollständige Deckung ihrer Mehrkosten gewährleistete."¹⁹³

Weiter heißt es in der Schlußfolgerung: " Somit ist Art. 107 Abs. 1 AEUV dahin auszulegen, dass ein Mechanismus, mit dem die Mehrkosten, die Unternehmen durch eine Abnahmepflicht für Strom aus Windkraftanlagen zu einem Preis über dem Marktpreis entstehen, vollständig ausgeglichen werden und dessen Finanzierung von allen im Inland wohnhaften Stromendverbrauchern getragen wird – so wie der Mechanismus aus dem Gesetz Nr. 2000-108 – **eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel** darstellt."¹⁹⁴

Der EUGH bezieht sich in seinem Urteil über die Inanspruchnahme staatlicher Mittel auf die Abnahmepflicht von Strom aus Windkraftanlagen, die grundsätzliche Überlegung läßt sich jedoch offenkundig auch auf die EEG-Umlage und die Privilegierungen im EEG übertragen.

Die EU Kommission bewertet die bisherige Rechtsprechung des EUGH als Entwicklungsprozeß, wenn sie feststellt:

" Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung lässt sich somit schlussfolgern, dass Subventionen, die durch staatlich auferlegte parafiskalische Abgaben oder Beiträge finanziert und gemäß den Bestimmungen des geltenden Rechts verwaltet und verteilt werden, auch dann auf die Übertragung staatlicher Mittel schließen lassen, wenn ihre Verwaltung nicht durch öffentliche Stellen erfolgt."¹⁹⁵

Der EUGH und die EU-Kommission betreiben so eine zulässige und gebotene Rechtsfortbildung, nachdem staatliche Kreativität versucht hat, sich einen statisch erscheinenden Tatbestand – staatliche Mittel – zur Erweiterung eigener Handlungsspielräume nutzbar zu machen: Die EEG-Umlage seien keine staatlichen, sondern privaten Mittel.

Zurückgeführt auf den Kern der Sache ist jedoch allein entscheidend, was staatliche und private Mittel in ihren Merkmalen unterscheidet. Private Mittel sind Mittel, über die nicht-staatliche juristische oder natürliche Personen in irgendeiner Weise verfügen können. Staatliche Mittel sind Mittel, über die staatliche juristische oder natürliche Personen ausschließlich verfügen können. Damit ist nur eine einzige Frage in Bezug auf die EEG-Umlage zu beantworten: Gibt es irgend etwas bei Erhebung und

¹⁹² Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C).

¹⁹³ EuGH vom 19.12.2013 – C-262/12, Rn 36.

¹⁹⁴ EuGH vom 19.12.2013 – C-262/12, Rn 37.

¹⁹⁵ Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 91.

Verteilung der EEG-Umlage, das nicht einen staatlichen Entscheidungsprozeß unterworfen ist und zu einer autonomen privaten Verfügung über die Mittel der EEG-Umlage führt?

Diese Frage muß eindeutig verneint werden. Es gibt überhaupt keinen privaten Entscheidungsspielraum. Die einzigen Elemente der Flexibilisierung sind der BNetzA vorbehalten, die selbst auch nur eine weisungsabhängige Bundesoberbehörde ist, d.h. der Staat. Die Staatlichkeit der Mittel der EEG-Umlage ist die zwingende Folge aus der Negativabgrenzung zur Möglichkeit Privater, eigene Verfügungsgewalt über die EEG-Umlage zu begründen. Die Kontrollbefugnisse der BNetzA und die Transparenzanforderungen runden diese Feststellung nur ab, ebenso wie die Akzeptanz des Gesetzgebers die Umweltbeihilfeleitlinien der EU umsetzen zu müssen.¹⁹⁶

"Der Subventionscharakter einer Vorteilsgewährung entfällt nicht dadurch, daß für die Abwicklung des Vergabeverfahrens auf Private zurückgegriffen wird."¹⁹⁷ Vor allem der Bund bedient sich häufig Privater, weil z.B. der Aufbau einer eigenen Verwaltung unwirtschaftlich ist oder gesellschaftliche Einrichtung bestimmte Aufgaben sachgerechter wahrnehmen können.¹⁹⁸

Die Förderungen und Begünstigungen des EEG im Rahmen der Umlageerhebung erfolgen aus staatlichen Mitteln, weil Privaten jede autonome Entscheidung über die Mittel entzogen ist (Ermessensreduzierung auf Null).

Private werden wie Beliehene zu einer Verwaltungsaufgabe durch das EEG verpflichtet, die bis hin zur getrennten Buchführung und Verzinsung durch staatliche und öffentliche Kontrolle überwacht werden.

Das Fehlen eines Geschäftsgeheimnisses belegt allein die vollständige staatliche Kontrolle und Beherrschung, d.h. die Staatlichkeit der Mittel.

4.2.2 Kriterium 2: Staatliche Mittel führen zu einer Begünstigung

Eine Begünstigung zielt auf die Wirkung einer Maßnahme ab und läßt sich allgemein mit einem geldwerten Vorteil für ein Unternehmen beschreiben. Dieser Vorteil reduziert sich nicht auf einen direkten oder indirekten Kapitaltransfer, sondern umfaßt alle Vorteile, die diesem in Art und Wirkung gleichstehen.¹⁹⁹

Das Vergütungssystem des EEG schafft einen Ausgleich zwischen Marktpreis und garantierter Einspeisevergütung – sei es durch direkte Entgelte oder über die Marktprämie bei Direktvermarktung.

"Demnach wurden im Jahr 2013 an die Anlagenbetreiberinnen und Anlagenbetreiber Vergütungen in Höhe von ca. 22,8 Mrd. Euro gezahlt. Bei einer für 2013 prognostizierten EEG-

¹⁹⁶ "Zugleich werden die Rechtsentwicklungen auf europäischer Ebene berücksichtigt, insbesondere die neuen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, die die Europäische Kommission am 9. April 2014 beschlossen hat", BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014, B.

¹⁹⁷ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn 772.

¹⁹⁸ Vgl. S.o.

¹⁹⁹ Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 930.

Stromeinspeisung von 132,5 TWh (ohne Direktvermarktung im Rahmen des bisherigen Grünstromprivilegs und ohne die sonstige Direktvermarktung) ergibt sich ein durchschnittlicher EEG-Vergütungssatz von ca. 17 Cent/kWh für den Anlagenbestand."²⁰⁰

Mit der Besonderen Ausgleichsregelung wird durch die verminderte EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen eine Begünstigung nach Antragstellung beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ermöglicht.²⁰¹

*"Durch die Besondere Ausgleichsregelung werden die privilegierten Unternehmen im Jahr 2014 eine Entlastungswirkung von voraussichtlich insgesamt rund 5,1 Mrd. Euro erfahren, wobei dieses Entlastungsvolumen in den vergangenen Jahren kontinuierlich gestiegen ist."*²⁰²

An einer Begünstigung i.S.d. Art. 107 I AEUV fehlt es jedoch, wenn sich Leistung und Gegenleistung äquivalent gegenüberstehen. Dies hat der EuGH im AltmarkTrans-Urteil²⁰³ mit 4 Merkmalen umschrieben, die alle **gleichzeitig** gegeben sein müssen, um eine Begünstigung auszuschließen:

- a) Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung,
- b) transparente Parameter,
- c) keine Überkompensation,
- d) Ausgleich in Höhe der Marktüblichkeit.

Konkret für das EEG bedeutet das, daß keine Beihilfe anzunehmen wäre, wenn eine Begünstigung nach den Vorgaben aus dem AltmarkTrans-Urteil ausscheidet.²⁰⁴

4.2.2.1 Zu a - gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung:

Eine Gegenleistung für Fördermittel aus der EEG-Umlage und der Privilegierung bei der Umlagepflicht könnte in der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung liegen. Diese gemeinwirtschaftliche Verpflichtung müßte jedoch hinreichend präzise definiert sein, so daß ein Akt der Betrauung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse vorliegt.

Eine derartige Betrauung mit einer Maßnahme im gemeinwirtschaftlichen Sinne kann in § 1 EEG gesehen werden, der im wesentlichen Klima- und Umweltschutz im Interesse der Allgemeinheit hervorhebt. Dies würde jedoch nur die Förderung der Anlagenbetreiber von EE betreffen, nicht jedoch die Privilegierungen in Form einer abgesenkten EEG-Umlage.²⁰⁵ Letztere dient ausschließlich der internationalen Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Unternehmen²⁰⁶.

Ein Bezug zu einer Gemeinwohlverpflichtung aus § 1 EEG fehlt ebenso.²⁰⁷

²⁰⁰ BMWi – E I 7 Referentenentwurf Stand: 4. März 2014, Begründung A IV 2.b).

²⁰¹ Vgl. § 40 EEG 2014.

²⁰² BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014, Begründung A IV 2.

²⁰³ EuGH vom 24.7.2003, C-280/00 – Altmark Trans.

²⁰⁴ Vgl. Art. 106 II AEUV.

²⁰⁵ Vgl. EuGH C-573/12: Die Förderregelung für EE behindern zwar die Einfuhr von grünem Strom aus anderen EU-Staaten und damit den freien Warenverkehr. Dies sei aber gerechtfertigt durch das Allgemeininteresse, die Nutzung erneuerbarer Energien zu fördern, um die Umwelt zu schützen und den Klimawandel zu bekämpfen.

²⁰⁶ Vgl. § 40 EEG 2014.

²⁰⁷ Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 212.

Die Kriterien für das Fehlen einer Begünstigung als Voraussetzung für die Bejahung einer unzulässigen Beihilfe müssen kumulativ vorliegen. Indem die Besondere Ausgleichsregelung nicht der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen dient, ist sie unabhängig von den übrigen Merkmalen aus der AltmarktTrans-Entscheidung bereits eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 I AEUV.

Anders die Förderung der Anlagenbetreiber, die als nächstes objektiven und transparenten Förderrichtlinien genügen muß.

4.2.2.2 Zu b - transparente Parameter:

Der Gesetzgeber hat das EEG 2014 an die Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission²⁰⁸ angepaßt und mit unzähligen Detailbestimmungen versehen, die der Transparenz entgegenwirken und gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen unmöglich machen. Das EEG 2012 stellt vergleichbar komplexe Fördergrundsätze auf, die in der absoluten Zahl nur geringer ausfallen, aber ebenfalls unübersichtlich sind.²⁰⁹

4.2.2.3 Zu c - keine Überkompensation:

Um eine Begünstigung auszuschließen, darf die Förderung der Anlagenbetreiber zu keiner Überkompensation der tatsächlichen nachgewiesenen Mehrkosten der Stromerzeugung führen. Die EU-Kommission hat die Angaben zur Entgeltberechnung überprüft und stellte dazu im Eröffnungsbeschluß gegen Deutschland fest:

*" Angesichts der oben angeführten Erwägungen, so auch zum vorhandenen Mechanismus für die rechtzeitige Anpassung der mitgeteilten Maßnahme im Hinblick auf die Vermeidung einer Überkompensation, ist die Kommission der Auffassung, dass die mitgeteilte Maßnahme die Voraussetzung des Nichtbestehens einer Überkompensation erfüllt. "*²¹⁰

Vergleichbar wird die Marktprämie bei Direktvermarktung auch der Flexibilitätsprämie ein marktge-rechter Fördersatz unterstellt. Eine Überkompensation der tatsächlich nachweisbaren Mehrkosten findet durch die Ausgleichszahlungen an die Anlagenbetreiber von EE nicht statt. Danach ist davon auszugehen, daß jedenfalls keine Begünstigung im Sinne einer Überkompensation vorliegt.

4.2.2.4 Zu d - Höhe der Marktüblichkeit:

Die Ausgleichszahlungen an die Anlagenbetreiber müssen in einer marktüblichen Höhe erfolgen, d.h. im Sinne eines öffentlichen Vergabeverfahrens ist dem wirtschaftlichsten Angebot der Zuschlag zu erteilen.²¹¹ Die EU-Kommission bescheinigt die Verhältnismäßigkeit der Ausgleichszahlungen zwischen Marktpreis und Produktionskosten²¹² für die Regelungen des EEG 2012, die ja Gegenstand des Beihilfeverfahrens sind.

²⁰⁸ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01),

²⁰⁹ Vgl. Umsetzung der Transparenzanforderungen durch die ÜNB: <http://www.netztransparenz.de/de/index.htm>.

²¹⁰ Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 163.

²¹¹ Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 934.

²¹² Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 196.

4.2.2.5 Zwischenergebnis zu den Kriterien aus dem AltmarkTrans-Urteil des EuGH:

Die Förderungen der Anlagenbetreiber zur Produktion von EE sind keine Begünstigungen im Sinne der Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 107 I AEUV. Ausgleichszahlungen an Anlagenbetreiber von EE sind keine Beihilfen.

Diese (Zwischen-)Feststellung blendet den Gesichtspunkt der Technologieneutralität jedoch aus, da Förderungen spezifischen (im EEG konkret benannten) Anlagenbetreibern zugute kommen.²¹³ Stellt man jedoch auch auf einen Wettbewerb zwischen Anlagenbetreibern von EE ab, müßte möglicherweise auch von einer Begünstigung bestimmter EE gesprochen werden und im Ergebnis von einer Beihilfe.²¹⁴

Die Besondere Ausgleichregelung für stromintensive Unternehmen ist eine Begünstigung. Nach Anwendungen der Kriterien des EuGH aus dem AltmarkTrans-Urteil sind die Entlastungen von Unternehmen, die eine Besondere Ausgleichregelung in Anspruch nehmen, eine staatliche Vorteilsgewährung, so daß bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 107 I AEUV eine Beihilfe gegeben sein könnte.

Im übrigen führt der Merit-Order Effekt²¹⁵ für stromintensive Industrien in Verbindung mit der Besonderen Ausgleichregelung gem. § 40 ff. EEG 2012 zu einer Überkompensation: "Ein Ausgleich des durch Merit-Order Effekt erzielten Vorteils würde einer Anhebung der Mindestumlage auf 0,5-0,9 Ct/kWh entsprechen".²¹⁶ Auch danach wäre eine Begünstigung im Sinne der AltmarkTrans-Kriterien – siehe c. - gegeben.

4.2.3 Kriterium 3: Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige

Indem unter Ausblendung der Technologieneutralität die Förderung von Anlagenbetreibern zur Produktion von EE keine Begünstigung i.S.v. Art. 107 I AEUV darstellt, kann nur noch die Besondere Ausgleichsregelung die weiteren Voraussetzungen für das Vorliegen einer Beihilfe erfüllen.

Aus dem Rechtsgedanken des Art. 18 AEUV – dem allgemeinen Diskriminierungsverbot – ist ableitbar, daß eine Beihilfe nur vorliegen kann, wenn selektiv bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige Begünstigungen erhalten.

Eine spezifische Begünstigung liegt vor, wenn Maßnahmen nur für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gelten,²¹⁷ die mit anderen nichtbegünstigten Sektoren im Wettbewerb stehen.

²¹³ "Die wesentlichen Probleme und Ineffizienzen des EEG-Fördersystems liegen insbesondere in der fehlenden Zielgenauigkeit hinsichtlich des gesamten Förderumfangs und EE-Anlagenzubaues, der massiven Überförderung und der allokativen Ineffizienzen aufgrund der fehlenden Technologieneutralität", Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Rn 16.

²¹⁴ Dies wird hier jedoch nicht näher geprüft.

²¹⁵ Unter dem Merit-Order-Effekt wird die preissenkende Wirkung auf Börsenstrompreise verstanden. Da viele EE variable Kosten von nahe Null haben, verdrängen sie Stromerzeugung aus konventionellen Kraftwerken mit vergleichsweise hohen variablen Kosten aus der Merit-Order, so dass in Stunden mit hoher EE-Einspeisung Kraftwerke mit niedrigeren variablen Kosten preissetzend werden; aus: http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Working_Paper/EWI_WP_12_14_Merit-Order-Effekt-der-Erneuerbaren.pdf, Stand 1.7.2014.

²¹⁶ BMU, Informationen zur Anwendung von § 40 ff EEG für das Jahr 2012, 2012, Rn 102.

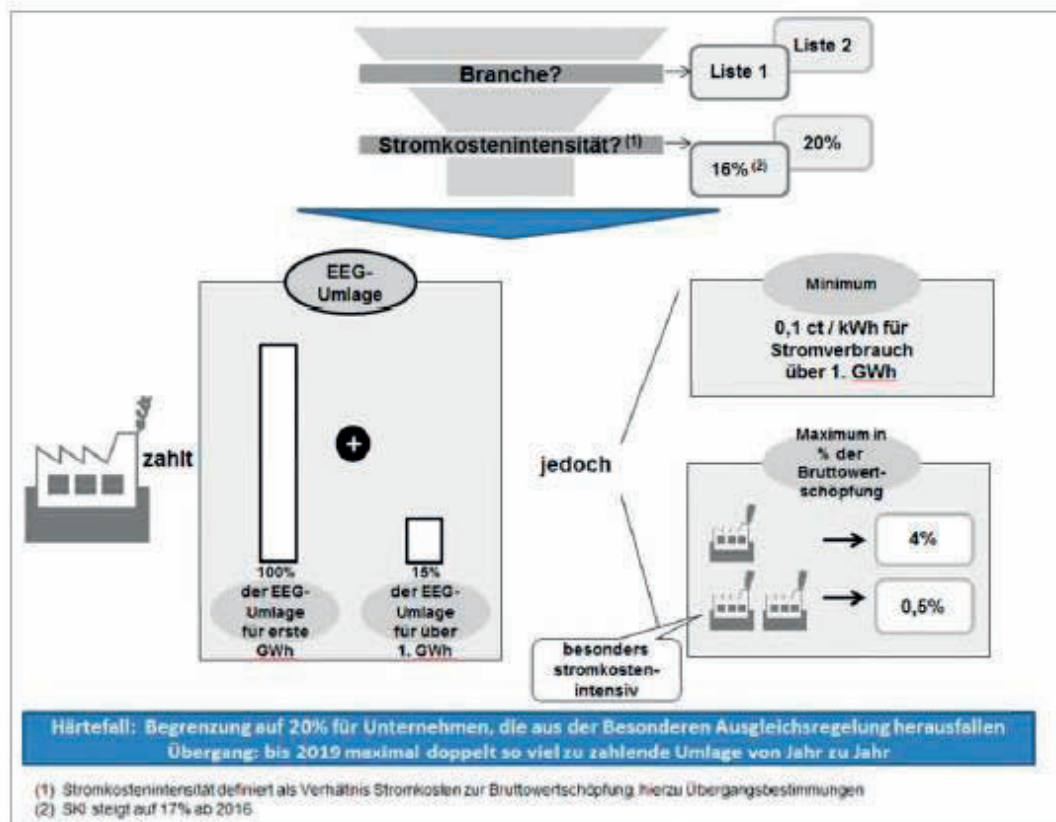
²¹⁷ Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 949.

Der Vorwurf der selektiven Wirkung wird vielfach erhoben und manifestiert sich in den differenzierten Bestimmungen zur Besonderen Ausgleichsregelung genauso, wie in dem Mangel der Technologieutralität bei den Einspeisevergütungssätzen.²¹⁸

Die Besondere Ausgleichsregelung will ausdrücklich stromintensive Unternehmen entlasten, die sich im internationalen Wettbewerb befinden. Neben den zahlreichen Detailbestimmungen der Besonderen Ausgleichsregelung für Unternehmen, die Privilegierungen in Anspruch nehmen können, führen alleine die Merkmale "stromintensiv" und "internationaler Wettbewerb" zur notwendigen Selektion, um eine Beihilfe annehmen zu können.

²¹⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Kurzfassung, Rn 23.

Besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen:



Quelle: BMWi – IIB2 Referentenentwurf Stand: 5. Mai 2014

4.2.4 Kriterium 4: Wettbewerbsverfälschung durch staatliche Hilfen

Werden durch eine Beihilfe die Wettbewerbsbedingungen auf einem relevanten Markt für die Marktteilnehmer verändert, dann geht die EU-Kommission von der Naturgemäßheit der Wettbewerbsverfälschung aus.²¹⁹

Eine Wettbewerbsverfälschung muß nach Art 107 I AEUV drohen, d.h. nicht einmal nachweislich vorliegen. Allein die Kriterien, nach denen eine Privilegierung nach § 40 ff. EEG für stromintensive Unternehmen erfolgt, sind geeignet, eine Wettbewerbsverfälschung zwischen Klein- und Mittelständischen Unternehmen im Verhältnis zu Großunternehmen herbeizuführen.

Die Besondere Ausgleichsregelung führte 2013 zu einer Umverteilung²²⁰ und Entlastung stromintensiver Unternehmen von ca. 5,1 Mrd. € zu Lasten nichtprivilegierter Letztverbraucher²²¹, d.h. auch zu Lasten konkurrierender Unternehmen mit EEG-Umlage-Pflicht.

²¹⁹ Vgl. EUGH vom 24-2-1987, Rs. C-304/85, Rn24.

²²⁰ Da die Ausgaben aus der EEG-Umlage gesetzlich fixiert sind, müssen Mindereinnahmen auf die verbleibenden EEG-Umlage-Pflichtigen verteilt werden, d.h. führen zu einer Erhöhung der EEG-Umlage.

²²¹ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)/BAFA, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung – Antragsverfahren 2013 auf Begrenzung der EEG-Umlage 2014, S. 18.

Dazu aus der Statistik des Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle

- Besondere Ausgleichsregelung EEG:²²²

Im Jahr 2014 profitieren 2.098 Unternehmen bzw. Unternehmensteile (2.026 produzierendes Gewerbe / 72 Schienenbahnen) mit insgesamt 2.779 Abnahmestellen aufgrund ihrer zum 01.07. bzw. 30.09.2013 gestellten Anträge von der Besonderen Ausgleichsregelung [§ 40 ff. EEG]. Die privilegierte [begünstigte] Strommenge lag bei insgesamt 107.101 GWh.

Im Jahr 2013 profitierten 1.716 Unternehmen bzw. Unternehmensteile (1.663 produzierendes Gewerbe / 53 Schienenbahnen) mit insgesamt 2.295 Abnahmestellen aufgrund ihrer zum 30.06.2012 gestellten Anträge von der Besonderen Ausgleichsregelung [§ 40 ff. EEG]. Die privilegierte [begünstigte] Strommenge lag bei insgesamt 95.318 GWh.

Im Jahr 2012 profitierten 734 Unternehmen bzw. Unternehmensteile (683 produzierendes Gewerbe / 51 Schienenbahnen) mit insgesamt 979 Abnahmestellen aufgrund ihrer zum 30.06.2011 gestellten Anträge von der Besonderen Ausgleichsregelung [§ 40 ff. EEG]. Die privilegierte [begünstigte] Strommenge lag bei insgesamt 85.402 GWh.

Im Jahr 2011 profitierten 603 Unternehmen bzw. Unternehmensteile (554 produzierendes Gewerbe / 49 Schienenbahnen) mit insgesamt 818 Abnahmestellen aufgrund ihrer zum 30.06.2010 gestellten Anträge von der Besonderen Ausgleichsregelung [§ 40 ff. EEG]. Die privilegierte [begünstigte] Strommenge lag bei insgesamt 75.974 GWh.

Im Jahr 2010 profitierten 570 Unternehmen bzw. Unternehmensteile (521 produzierendes Gewerbe / 49 Schienenbahnen) mit insgesamt 771 Abnahmestellen aufgrund ihrer zum 30.06.2009 gestellten Anträge von der Besonderen Ausgleichsregelung [§ 40 ff. EEG]. Die privilegierte [begünstigte] Strommenge lag bei insgesamt 86.594 GWh.

Anzurechnen wäre auch der oben beschriebene Merit-Order Effekt zugunsten des Strompreises für energieintensive Industrien. " Der dämpfende Effekt von EE auf den Stromgroßhandelspreis nimmt dabei mittelfristig, einhergehend mit einem steigenden EE-Ausbau, zu."²²³

Mit der EU-Kommission ist festzustellen, daß die Privilegierungen der stromintensiven Unternehmen geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen.²²⁴

4.2.5 Kriterium 5: Beeinträchtigung des Binnenmarktes

Der staatlich gewährte Vorteil müßte Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, d.h. keine regionale Wirtschaftsförderung mit regional begrenzter Wirkung sein.

²²² Vgl. http://www.bafa.de/bafa/de/energie/besondere_ausgleichsregelung_eeg/publikationen/statistische_auswertungen/, Stand: 8.7.2014.

²²³ Fürscha, Malischka, Lindenberger, Der Merit-Order-Effekt der erneuerbaren Energien - Analyse der kurzen und langen Frist, http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Working_Paper/EWI_WP_12_14_Merit-Order-Effekt-der-Erneuerbaren.pdf, Stand 1.7.2014.

²²⁴ Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 79.

Derartige Beeinträchtigungen können immer angenommen werden, wenn Maßnahmen die Marktbedingungen von Wettbewerbern auf dem Binnenmarkt verändern.²²⁵ Dazu zählen die oben dargestellten Möglichkeiten der Wettbewerbsverfälschung ebenso, wie die Auswirkungen aufgrund der Vorrang- und Vermarktungsverpflichtung von EE auf dem Spotmarkt der Strombörse.

Deutschland bietet mehr Strom an, als gebraucht wird (Überangebot auf dem Spot-Markt).

An der deutsch-französischen Strombörse EPEX kam es zwischen Dezember 2012 und Dezember 2013 an 97 Stunden zu negativen Strompreisen - mit der Folge, daß die Stromverbraucher, soweit nicht privilegiert, rund 90 Millionen Euro mehr für die Förderung der Erneuerbaren Energien zahlen mußten.²²⁶

Über den Spotmarkt entstehen Preiseffekte für Frankreich, Österreich und die Schweiz, die auch zu den übrigen Marktteilnehmern auf dem Binnenmarkt in Relation zu setzen sind.²²⁷

"Nominal betrug der Exportüberschuß beim Strom im Jahr 2012 rund 1,4 Mrd Euro und stieg damit gegenüber dem Vorjahr um rund 1 Mrd Euro. Angesichts des hohen Subventionsvolumens kann dies allerdings nicht als Teil eines wirtschaftlichen Erfolgsmodells gewertet werden."²²⁸

Betroffen sind auch die Marktbedingungen von Wettbewerbern mit und ohne Besondere Ausgleichsregelung. Die Privilegierungen sind an Stromverbrauch und Bruttowertschöpfung der Unternehmen gebunden mit der Folge, daß es zu Marktverzerrungen zwischen den Unternehmen kommen muß, die die gesetzlich fixierten Grenzen überschreiten oder nicht. Entsprechend reagieren Mittelständische Betriebe im Verhältnis zu Stromgroßverbrauchern: " Von der EEG-Umlage profitieren nur wenige Mittelständler. Die Stromintensität ihrer Betriebe ist zu gering, die Einbindung in den internationalen Wettbewerb fehlt."²²⁹ Der Binnenmarkt ist beeinträchtigt.

4.2.6 Ergebnis:

Abstrahiert man die Frage der Technologieneutralität bei der Förderung von Anlagen zur Produktion von EE, dann erfüllen die Privilegierungen im EEG für stromintensive Unternehmen den Tatbestand einer Beihilfe nach Art. 107 I AEUV, die Förderung der EE-Anlagenbetreiber jedoch nicht.

Bei der Förderung der EE-Anlagenbetreiber fehlt es an der Begünstigung durch die staatlichen Hilfen in Form von Entgelten, Marktprämie oder Flexibilitätsprämie. Die Besondere Ausgleichsregelung erfüllt dagegen alle Kriterien: Es werden durch staatliche Mittel besondere Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, so daß eine Wettbewerbsverfälschung auf dem Binnenmarkt droht.

Die Besondere Ausgleichsregelung gem. § 40 ff. 2012 und § 60 ff. EEG 2014 ist daher eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 I AEUV.

²²⁵ Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 955.

²²⁶ Vgl. Analyse, Negative Strompreise: Ursachen und Wirkungen, Eine Analyse der aktuellen Entwicklungen – und ein Vorschlag für ein Flexibilitätsgesetz, Agora Energiewende - Rosenstraße 2 - 10178 Berlin.

²²⁷ Vgl. EPEX SPOT SE betreibt die Stromspotmärkte für kurzfristigen Stromhandel in Deutschland/Österreich, Frankreich und der Schweiz, wobei Deutschland und Österreich eine gemeinsame Preiszone bilden, http://www.epexspot.com/en/company-info/about_epex_spot, Stand 1.7.2014.

²²⁸ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Gegen eine rückwärtsge wandte Wirtschaftspolitik, Jahresgutachten 2013/14, Rn 783.

²²⁹ <http://www.marktundmittelstand.de/nachrichten/produktion-technologie/eeg-umlage-mittelstaendler-fallen-durchs-befreiungsraster/>, Stand 7.7.2014.

4.3 RECHTFERTIGUNG EINER BEIHILFE NACH ART. 107 III AEUV

Die Feststellung, daß die Besondere Ausgleichsregelung den Tatbestand einer Beihilfe nach Art. 107 I AEUV erfüllt, macht diese Regelung noch nicht zu einer unzulässigen Beihilfe. Nach Art. 107 II und III AEUV kann eine Beihilfe gerechtfertigt sein, wenn sie unter eine **Legalausnahme** in Abs. 2 oder eine **Ermessensausnahme** in Abs. 3 fällt.

Legalbeihilfen **sind** gem. Art. 107 II AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie:

- a) Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden;*
- b) Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind;*
- c) Beihilfen für die Wirtschaft bestimmter, durch die Teilung Deutschlands betroffener Gebiete der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind. Der Rat kann fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf Vorschlag der Kommission einen Beschluss erlassen, mit dem dieser Buchstabe aufgehoben wird.*

Die Besondere Ausgleichsregelung wird von den Legalbeihilfen nicht erfaßt.

Ermessensausnahmen **können** gem. Art. 107 III AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar sein:

- a) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, sowie der in Artikel 349 genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage;*
- b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;*
- c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*
- d) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*
- e) sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt.*

Alle Ermessensausnahmen haben außer e) ein gemeinsames Tatbestandsmerkmal: Die Beihilfemaßnahme muß einem klar definierten Ziel von gemeinsamem Interesse der EU-Mitgliedstaaten dienen. Im Fall der Besonderen Ausgleichsregelung steht in § 60 Nr. 1 EEG 2014 ausdrücklich, daß die Privilegierungen der Sicherstellung von **deutschen** Unternehmen im internationalen Wettbewerb dienen. Ergänzt um die oben gemachten Ausführungen zu den AltmarkTrans-Kriterien kann vor diesem Hintergrund nur festgehalten werden, daß ein gemeinsames Interesse fehlt.

"..... bezweifelt die Kommission, dass die verringerte EEG-Umlage als Beihilfe zur Förderung der Durchführung eines wichtigen Vorhabens von gemeinsamem europäischen Interesse angesehen werden kann."²³⁰

Damit ist der Ermessensspielraum, eine Beihilfe als zulässige Ausnahme einstufen zu können, nicht eröffnet.

An dieser Stelle hat die Bundesrepublik Deutschland in den Verhandlungen mit der EU-Kommission zu den oben bereits erwähnten Umweltbeihilfeleitlinien²³¹ versucht, eine Sicherungsmaßnahme einzuziehen. Die Umweltbeihilfeleitlinien werden zum Rechtfertigungsmittel für die Besondere Ausgleichsregelung:

Deutschland hält die Besondere Ausgleichsregelung nicht für eine Beihilfe.

Aber:

Sollte trotzdem eine Beihilfe festgestellt werden, sei sie nach Art. 107 III AEUV jedoch gerechtfertigt.

Die Rechtfertigung wird durch die Umweltbeihilfeleitlinien 2014 der EU-Kommission sichergestellt, an die man auch ausdrücklich – wie oben mehrfach erwähnt – das EEG 2014 vorsorglich angepaßt hat.

In den Beihilfeleitlinien wird ausdrücklich formuliert:

" Staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen werden nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar erachtet, wenn die beihilferechtliche Würdigung anhand der in diesem Kapitel dargelegten gemeinsamen Grundsätze ergibt, dass die Beihilfen einen wesentlichen Beitrag zu den Umwelt- oder Energiezielen der Union leisten, ohne dass sie die Handelsbedingungen in einer dem gemeinsamen Interesse zuwider laufenden Weise verändern."²³²

Die Leitlinien der EU-Kommission haben eine Transparenzfunktion und sollen darlegen, nach welchen Kriterien die Kommission Einschätzungen vornimmt und Entscheidungen fällt. Entsprechend ist auch die Rechtsnatur von Leitlinien zu bestimmen, die sich an Art. 288 S. 5 AEUV orientiert:

Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an.

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

Beschlüsse sind in allen ihren Teilen verbindlich. Sind sie an bestimmte Adressaten gerichtet, so sind sie nur für diese verbindlich.

Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht verbindlich.

²³⁰ Eröffnungsbeschuß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 212.

²³¹ Vgl. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01).

²³² Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 23.

Die Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission sind nicht rechtsverbindlich, sie sind eine reine Interpretationshilfe für die Auslegung von Art. 107 III AEUV und zur Einschätzung von Bewertungen der EU-Kommission.

Entsprechend sind die Umweltbeihilfeleitlinien auch zu bewerten, wenn es um die Wirkung der deutschen Sonderregelungen in den Umweltbeihilfeleitlinien unter Punkt 3.7 geht, die nach den Gesprächen zwischen Kommission und Bundeswirtschaftsministerium die Besondere Ausgleichsregelung rückwirkend für deutsche Unternehmen beihilferechtlich absichern soll.

- Die Umweltbeihilfeleitlinien legen nicht das Primärrecht aus.
- Die Umweltbeihilfeleitlinien sind nicht für die Auslegung des Primärrechts – z.B. durch Gerichte – bindend. Sie erläutern nur das ausgeübte Ermessen, das seinerseits überprüfbar bleibt.
- Die Umweltbeihilfeleitlinien können keine Verfahrensfehler heilen – wie z.B. die unterlassene Notifizierung einer Beihilfe.
- Die Umweltbeihilfeleitlinien müssen ihrerseits mit dem Primärrecht vereinbar sein und dürfe nur im Lichte des Primärrechts Orientierungshilfe bei Entscheidungen der EU-Kommission sein.

Der Versuch, mit Hilfe der Umweltbeihilfeleitlinien das Beihilfeverfahren gegen Deutschland – wie oben erwähnt – gegenstandslos werden zu lassen, scheitert an der Unverbindlichkeit der Leitlinien für die Anwendung des Primärrechts. Formulierungen wie nachfolgend, sind nicht europarechtskonform und wollen auf Zuruf der Politik das Primärrecht der EU nationalen Förderregimen unterordnen:

*"Bei der Würdigung staatlicher Beihilfen als Ausgleich für die Finanzierung der Förderung erneuerbarer Energien wird die Kommission **nur** die in diesem Abschnitt erläuterten Kriterien und jene in Abschnitt 3.2.7 zugrunde legen."*

Dies ist der Bezug auf das Beihilfeverfahren gegen Deutschland. Rückwirkend wird mit Wirkung ab 1. Juli 2014 eine Regelung getroffen, die die Besondere Ausgleichsregelung 2012 Kriterien aus 2014 unterzieht. Gerade dies ist nicht der Rechtsgedanke aus Art. 108 III AEUV, der Vorab-Notifizierung einer Beihilfe. Vorab soll festgestellt werden, ob es eine Wettbewerbsverzerrung geben könnte, die es zu verhindern gilt. Es sollen nicht im nachhinein Kriterien kreiert werden, die eine Rechtfertigung sicherstellen bei gleichzeitiger Festschreibung von Fördermechanismen und Fördermodellen.²³³

*"Ferner vertritt die Kommission die Auffassung, dass alle für die Jahre **vor** 2019 gewährten Beihilfen zur Entlastung von Kosten in Verbindung mit der finanziellen Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen als mit dem Binnenmarkt vereinbar betrachtet werden **können**, insofern sie mit dem Anpassungsplan im Einklang stehen."*²³⁴

Dies wäre ein Blankoscheck für staatliche Hilfen – im nachhinein. Eine Kommission, die nach diesem Verfahren Beihilfen beurteilt, verhält sich nach Auffassung der Autoren dieses Gutachtens nicht euro-

²³³ Gerade der Festschreibungseffekt, den die Umweltbeihilfeleitlinien in Bezug auf die deutsche Ausgleichsregelung haben, steht in krassem Widerspruch zur Förderung von marktwirtschaftlichen Prozessen und Wettbewerb.

²³⁴ Eröffnungsbeschluss der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 194.

parechtskonform. Jede staatliche Hilfe wäre durch politische Verhandlungen und einen Anpassungsplan zu rechtfertigen. Eine staatliche Hilfe – ob zulässig oder nicht – wäre nicht mehr zu unterbinden. Diese Position widerspricht dem "effect utile"²³⁵ des Unionsrechts und würde jedes Beihilferegime entwerten.

*"Grundsätzlich und insbesondere wenn die mit der Finanzierung erneuerbarer Energien verbundenen Kosten bei den Energieverbrauchern erhoben werden, sollte nicht zwischen den Energieverbrauchern unterschieden werden. Dennoch könnte es sich als notwendig erweisen, diese Kosten gezielt zu reduzieren, um eine ausreichende Finanzierungsgrundlage für die Förderung erneuerbarer Energien und folglich das Erreichen der auf EU-Ebene gesetzten Ziele für erneuerbare Energien sicherzustellen."*²³⁶

Dieser Rechtfertigungsversuch für die Besondere Ausgleichsregelung blendet das Wettbewerbsrecht völlig aus und macht aus einer Beihilfe eine notwendige Begleiterscheinung zur Finanzierung von EE. Es geht nur noch um das Ziel, eine ausreichende Finanzierung sicherzustellen, ohne Abgleich mit Wettbewerbsproblemen, Anreizwirkungen und tatsächlich erreichbaren Zielen. Damit bescheinigt die EU-Kommission der EEG-Umlage, daß sie eine Sonderabgabe im deutschen Finanzverfassungssystem ist und erkennt völlig, daß staatliche Hilfen unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu prüfen sind.

Die Umweltbeihilfeleitlinien machen aus den Beihilfen des EEG 2012 rückwirkend keine zulässigen Beihilfen, auch wenn dies versucht wird:

*"Die Kriterien für einzeln angemeldete Beihilfen gelten nicht für Steuerbefreiungen, Ermäßigungen von Umweltsteuern und Befreiungen von Abgaben zur Finanzierung der erneuerbaren Energien, die unter Abschnitt 3.7 fallen."*²³⁷

Mit derartigen Sonderregelungen für die deutsche nicht-notifizierte Beihilfe in Form der Besonderen Ausgleichsregelung findet durch die Beihilfeleitlinien eine Beihilfe zur Beihilfe statt. Das ist die Selbstaufgabe der Kommission als Hüterin des Wettbewerbs, das ist nicht mit Art. 108 III AEUV vereinbar.

Ob darüber hinaus die Besondere Ausgleichsregelung mit der Allgemeinen Kriterien für eine zulässige Umweltbeihilfe materiell vereinbar ist, darf ebenfalls unter Verweis auf die oben erfolgte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Grundrechten als fraglich angesehen werden.²³⁸

*"Das allgemeine Ziel von Umweltbeihilfen besteht darin, den Umweltschutz in einem Maße zu verbessern, wie es ohne Beihilfen nicht möglich wäre."*²³⁹

Die Besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen ist nicht nach Art. 107 II und III AEUV gerechtfertigt, es liegt keine Legal- oder Ermessensausnahme vor, da die Umweltbeihilfeleitlinien nicht rechtverbindlich sind und ihrerseits im Lichte der Primärverträge ausgelegt werden müssen. Die nach Art. 107 I AEUV festgestellte Beihilfe für stromintensive Unternehmen ist nicht zulässig.

²³⁵ Michael Potacs, Effect utile als Auslegungsgrundsatz, in: EuR – Heft 4 – 2009, 465.

²³⁶ Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 182.

²³⁷ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 21.

²³⁸ Siehe Punkt 5.2 ff.

²³⁹ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 30.

4.4 RECHTFERTIGUNG EINER BEIHILFE NACH ART. 106 II AEUV

Die EEG-Umlage und ihre Privilegierungen könnten eine gerechtfertigte Beihilfe i.S.v. Art. 106 II AEUV sein. Dabei gelten jedoch wieder die oben angeführten Kriterien des EuGH aus der AltmarkTrans Entscheidung, nach denen für die Besondere Ausgleichsregelung eine Begünstigung vorliegt. Die Rechtfertigung der Beihilfe nach Art. 106 II AEUV scheidet somit aus.

4.5 ZWISCHENERGEBNIS

Die Besondere Ausgleichsregelung im Rahmen der EEG-Umlage ist eine unzulässige Beihilfe. Sie ist weder als Legal- noch als Ermessensausnahme gem. Art. 107 II und III AEUV gerechtfertigt.

Das Vergütungssystem für EE mit Entgeltregelung, Marktprämie, Flexibilitätsprämie und Grünstromprivileg wäre grundsätzlich über das gemeinsame Interesse an Klima- und Umweltschutz in der EU zu rechtfertigen. Das EEG 2014 ist inhaltlich an die Umweltbeihilfeleitlinien der EU angepaßt worden, die keine deutschen Sondervorschriften für die Förderung der Anlagenbetreiber enthalten. Demgegenüber ist die Förderung der Anlagenbetreiber zur Produktion von EE keine Begünstigung und damit keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 I AEUV.²⁴⁰

Vor diesem Hintergrund ist die Haltung des Gesetzgebers zum EEG 2014 einzuordnen, wenn der Bundeswirtschaftsminister feststellt:

*"Ich begrüße dieses Urteil sehr. Der Europäische Gerichtshof gibt ein klares und deutliches Signal für die weitere Förderung erneuerbarer Energien in Europa. Das Urteil schafft Rechtssicherheit für die erforderlichen nationalen Fördersysteme. Das bestätigt auch die Position der Bundesregierung bei den Diskussionen mit der EU-Kommission zur Notifizierung des neuen EEG. Ich gehe davon aus, dass der beihilferechtlichen Genehmigung des EEG jetzt nichts mehr im Wege steht."*²⁴¹

Im Fall Ålands Vindkraft AB Finnland entschied das Gericht, daß eine rein nationale Ökostromförderung zwar den freien Warenverkehr in der EU beeinträchtigt, dies aber gerechtfertigt sei, um erneuerbare Energien und damit den Umwelt- und Klimaschutz zu stärken.²⁴²

Für das deutsche Beihilfeverfahren hat das Urteil des EuGH vom 1.7.2014 keine Bedeutung. Die Förderung der EE – und nur darum geht es in der Rechtssache Ålands Vindkraft AB gegen Schweden – hat die EU-Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluß nicht in Frage gestellt, sondern grundsätzlich gebilligt.²⁴³

Das gilt aber nicht für die Besondere Ausgleichsregelung und für mögliche Wettbewerbsverzerrungen i.V.m. Art. 30 und 110 AEUV. Das Urteil des EuGH bezieht sich nicht auf diese beiden Punkte und hat keine Auswirkungen auf das deutsche Beihilfeverfahren. Der beihilferechtlichen Genehmigung

²⁴⁰ Dies könnte anders sein, wenn die fehlende Technologieneutralität zu einer Begünstigung bestimmter EE-Anlagen führt. Siehe oben zu Wasserkraft und Biogaserzeugung.

²⁴¹ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 1.7.2014: Gabriel begrüßt EuGH-Urteil zur Rechtmäßigkeit nationaler Fördersysteme für erneuerbare Energien.

²⁴² EuGH Rechtssache C-573/12.

²⁴³ Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C), Rn 119.

stehen entgegen der Ansicht des Wirtschaftsministers immer noch dieselben Bedenken im Weg wie vor dem Urteil.

4.6 NOTIFIZIERUNGSPFLICHT ART. 108 III AEUV:

Wenn die EEG-Umlage und ihre Privilegierungen eine Beihilfe sind, dann hat für die Bundesrepublik Deutschland eine Notifizierungspflicht gem. Art. 108 III AEUV bestanden, damit es sich um eine zulässige Beihilfe handelt.

Dieser Pflicht ist Deutschland mit dem EEG 2012 und den darin verankerten Privilegierungen nicht nachgekommen²⁴⁴, entsprechend hat die EU-Kommission ein Beihilfeverfahren gem. Art. 108 II AEUV eröffnet.²⁴⁵ Das EEG 2014 wurde der EU-Kommission nach den verfahrensrechtlichen Vorgaben aus Art. 108 III AEUV zur Genehmigung vorgelegt, d.h. zuerst Vorlage, dann Genehmigung, dann Beihilfegewährung. Das EEG 2014 wurde am 23. Juli 2014 durch die EU-Kommission auf Grundlage der Umweltbeihilfeleitlinien der EU genehmigt.²⁴⁶

Grundlage für eine Beihilfenotifizierung ist die Verfahrensordnung VO 659/99. Danach hat die EU-Kommission drei Entscheidungsoptionen:

- Es liegt keine Beihilfe vor.
- Es liegt eine Beihilfe vor, aber es bestehen keine Einwände.
- Es liegt eine Beihilfe vor, die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt erfordert ein förmliches Prüfverfahren.

Das Prüfverfahren kann durch die Rücknahme der Anmeldung einer Beihilfe, durch die Feststellung des Nichtvorliegens einer Beihilfe oder durch eine Positiv- bzw. Negativentscheidung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt abgeschlossen werden.

Die Entscheidungen der EU-Kommission können mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden und sollten möglichst nach 18 Monaten (ab Eröffnung des Verfahrens) abgeschlossen sein.

Die Notifizierungspflicht ist nicht nachholbar, da gem. Art. 108 III AEUV vor Inkrafttreten einer beihilferechtlichen Regelung die EU-Kommission Gelegenheit zur Stellungnahme haben muß. Satz 3 bestimmt ausdrücklich, daß ein Mitgliedstaat eine beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen darf, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluß gefaßt hat.²⁴⁷ Einer unterlassenen Notifizierung

²⁴⁴ Aus BMWi-Pressemitteilung vom 18.12.2013: " Aus Sicht der Bundesregierung stellen die EEG-Förderung und die Ausnahmeregelungen für stromintensive Unternehmen keine Beihilfen dar und sind mit EU-Recht vereinbar."

²⁴⁵ Vgl. Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C).

²⁴⁶ Vgl. Pressemitteilung des BMWi vom 23.7.2014, Gabriel: Brüssel gibt grünes Licht für das EEG.

²⁴⁷ Vgl. EuGH vom 17.7.2014, Rechtssachen T-457/09, Rn 296: "Im Rahmen ihrer Genehmigungsentscheidung hat die Kommission daher erstens u. a. nachzuweisen, dass die genehmigte Maßnahme tatsächlich als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG einzustufen ist, zweitens zu überprüfen, ob der betreffende Mitgliedstaat nachgewiesen hat, dass für die Beihilfe eine der Ausnahmen des Art. 87 Abs. 3 EG gelten konnte, und drittens festzustellen, dass in Anbetracht sämtlicher Maßnahmen, die in dem Umstrukturierungsplan vorgesehen sind, für den sich der Mitgliedstaat verbürgt hat, angenommen werden kann, dass der Beihilfeempfänger langfristig rentabel sein wird und die durch die Beihilfe hervorgerufenen Wettbewerbsverfälschungen nicht unzumutbar sind."

kommt eine materielle Bedeutung zu, weil das damit verbundene Durchführungsverbot aus Art. 108 III AEUV im Interesse gleicher Wettbewerbsverhältnisse eine verfrühte Beihilfengewährung verhindern soll.²⁴⁸

Deutschland hat für die EEG-Umlage und ihre Privilegierungen nach dem EEG 2012 kein Notifizierungsverfahren eingeleitet. Ob somit die EEG-Umlage und ihre Privilegierungen genehmigungsfähig gewesen wären, spielt für das gegenwärtige Verfahren keine Rolle. Bleibt die EU-Kommission bei ihrer Feststellung, daß die EEG-Umlage und ihre Privilegierungen eine Beihilfe sind, und wird dies noch durch die Rechtsprechung des EuGH getragen oder gar bestätigt, dann liegt eine rechtswidrige Beihilfe mangels Notifizierung vor.

Im Beihilfeverfahren stuft die EU-Kommission auch die Zahlungen an Anlagenbetreiber von EE als Beihilfen ein. Die Prüfung nach den AltmarkTrans-Kriterien des EuGH hat jedoch ergeben, daß Anlagenbetreiber keine Begünstigung durch Fördermittel erhalten, so daß keine Beihilfe in Bezug auf Ausgleichszahlungen vorliegt. Entsprechend waren die Zahlungen der EU-Kommission nicht zur Notifizierung anzuzeigen und können mangels Notifizierung auch keine unzulässige Beihilfe sein.

Die Bereitschaft des Gesetzgebers, für das EEG 2014 die Beihilfeeigenschaft der Ausgleichszahlungen an Anlagenbetreiber zu akzeptieren und die Vergütungsmodalitäten an den Umweltbeihilfeleitlinien ausdrücklich auszurichten²⁴⁹, hat nicht nur Einfluß auf das laufende Beihilfeverfahren, es etabliert auch eine dauerhafte Abstimmungsnotwendigkeit zwischen Deutschland und der EU-Kommission in Bezug auf die Gestaltung der EE Fördermaßnahmen.²⁵⁰ Dem steht auch die Entscheidung des EuGH in der Ålands Vindkraft AB gegen Schweden vom 1.7.2014 nicht entgegen, in der der nationale Spielraum zur Förderung von EE hervorgehoben und bestätigt wird.

4.7 VERFAHREN BEI RECHTSWIDRIGER BEIHILFE – EU-KOMMISSION

Im Fall einer rechtswidrigen Beihilfe, hat die EU-Kommission die Möglichkeit eine Aussetzungsanordnung und/oder Rückforderungsanordnung²⁵¹ zu treffen, die die Mitgliedstaaten durchzusetzen haben.²⁵²

Dabei stellt eine rechtswidrige Beihilfe eine Vertragsverletzung dar, die auch durch spätere positive Entscheidungen der EU-Kommission nicht geheilt werden kann.²⁵³

Für das EEG bedeutet das konkret: Wird die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe festgestellt, dann sind alle gewährten Vorteile durch den Staat von den Empfängern zurückzufordern – das heißt auch für den

²⁴⁸ Vgl. BGH, EuZW 2003, 444, 445.

²⁴⁹ "Der EEG-Entwurf wurde bereits frühzeitig und parallel zum parlamentarischen Verfahren auf europäischer Ebene intensiv beraten, um seine Vereinbarkeit mit den Beihilferegelungen bei der EU-Kommission sicherzustellen", aus: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Erneuerbare-Energien/eeg-reform.html>, Stand 1.7.2014.

²⁵⁰ Vgl. Art. 108 I AEUV.

²⁵¹ Vgl. Art. 11 I und II VO 659/99.

²⁵² In Deutschland richtet sich das Verfahren nach §§ 48, 49a VwVfG, Äquivalenzprinzip.

²⁵³ Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 994.

gesamten Zeitraum der Vorteilsgewährung.²⁵⁴ Eine zeitliche Beschränkung der Wirkung einer Entscheidung der EU-Kommission ist analog zum Urteil des EUGH zur französischen Einspeisevergütung nicht möglich:

*" Der Gerichtshof kann sich nur ganz ausnahmsweise aufgrund des der Unionsrechtsordnung innewohnenden allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit veranlasst sehen, mit Wirkung für alle Betroffenen die Möglichkeit zu beschränken, sich auf die Auslegung, die er einer Bestimmung gegeben hat, zu berufen, um in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse in Frage zu stellen. Für die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung müssen zwei grundlegende Kriterien erfüllt sein, nämlich guter Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen "*²⁵⁵

Für Vorteilsgewährungen auf Grundlage des EEG 2012 bedeutet dies: Gewährte Vorteile müssen zeitlich unbegrenzt (d.h. seit dem 1.1.2012) durch deutsche Behörden in vollem Umfang zurückgefordert werden. Dabei ist das deutsche Verfahrensrecht anzuwenden, soweit dadurch die Vollstreckung der Kommissionsentscheidung möglich ist.²⁵⁶

Die Anwendung des deutschen Rechts (§§ 48, 49a VwVfG) darf dabei die Rückforderung nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz - *effet utile*²⁵⁷). Grundsätzlich ist die Rückforderung auch nicht unverhältnismäßig und eröffnet der widerrufenden Behörde keinen Ermessensspielraum²⁵⁸. Es ist ein rechtmäßiger Zustand wiederherzustellen, der nicht hinter die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens zurücktreten kann.

Regelmäßig ist die Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe nicht unverhältnismäßig, weil die Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung die logische Folge der Feststellung der Rechtswidrigkeit ist.²⁵⁹

Auch ist das Vertrauen des Beihilfeempfängers nur schutzwürdig, wenn dieser sich von der ordnungsgemäßen Notifizierung der Beihilfe überzeugt hat²⁶⁰, das heißt, der Zuwendungsempfänger hat eine Mitwirkungspflicht, um Vertrauensschutz in Anspruch nehmen zu können.

Mangels Vertrauensschutz kann sich ein Zuwendungsempfänger nicht auf die deutschen Verfahrensvorschriften gem. § 48 II und IV, § 49a II VwVfG berufen, d.h. Treu und Glauben, Wegfall der Bereicherung oder Ausschußfrist von einem Jahr.

Gegen die Entscheidung der EU-Kommission, daß eine rechtswidrige Beihilfe vorliegt, kann die Bundesregierung gem. Art. 263 i.V.m. Art. 256 I AEUV eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH einreichen.

4.7.1 Förderung an Anlagenbetreiber von EE

Im Eröffnungsbeschluß des Beihilfeverfahrens gegen Deutschland hat die EU-Kommission mehrfach betont, daß sie die Förderung der Anlagenbetreiber durch Ausgleichszahlungen als gerechtfertigte Beihilfe im gemeinsamen Interesse ansieht.

²⁵⁴ Das Beihilfeverfahren bezieht sich auf das EEG 2012 und damit auf die Begünstigungen seit Inkrafttreten am 1.1.2012.

²⁵⁵ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01),

²⁵⁶ Vgl. EuGH vom 21.9.1983, Rs. 205/82.

²⁵⁷ Siehe Art. 4 III EUV.

²⁵⁸ Ermessensreduzierung auf Null.

²⁵⁹ Vgl. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2011, Rn 1001.

²⁶⁰ EuGH vom 20.3.1997, Rs. C-24/95, Rn 25 ff.

Entgegen der oben getroffenen Feststellung, daß mangels Begünstigung keine Beihilfe vorliege, hat die Bundesregierung für die Ausgleichszahlungen im EEG 2014 weitere Anpassungen an die Umweltbeihilfeleitlinien der EU vorgenommen.

Für das laufende Beihilfeverfahren zum EEG 2012 werden die Ausgleichszahlungen seit 1.1.2012 damit nicht zu einer zulässigen Beihilfe, da keine Vorab-Notifizierung erfolgte und ein Durchführungsverbot bestand. Eine unzulässige Beihilfe ist zurückzuzahlen, die EU-Kommission ist zur Rückforderung verpflichtet – auch wenn die Beihilfe als Fördermaßnahme im gemeinsamen Interesse gerechtfertigt war. Konkret würde dies bedeuten, daß alle Fördermaßnahmen aus der EEG-Umlage seit dem 1.1.2012 durch die Anlagenbetreiber zurückzuzahlen sind. Die Rückwirkungsregelung in den Umweltbeihilfeleitlinien ist kein Schutz da sie, weder rechtsverbindlich noch mit dem Primärrecht vereinbar ist.²⁶¹

Um eine Rückforderung der Zahlungen an Anlagenbetreiber zu vermeiden, muß der EuGH im anhängigen Verfahren gegen das Beihilfeverfahren der EU-Kommission feststellen, daß die Ausgleichszahlungen keine Beihilfe sind.

4.7.2 Verminderte EEG-Umlage

Anders die Besondere Ausgleichsregelung, die als Beihilfe nicht gem. Art. 107 II und III AEUV im gemeinsamen Interesse gerechtfertigt ist, und so von vornherein eine unzulässige Beihilfe – unabhängig von jeglicher Notifizierungspflicht – darstellt. Damit ist die Entlastung von Unternehmen durch die Besondere Ausgleichsregelung in voller Höhe seit dem 1.1.2012 zurückzufordern.

Eine Rückforderung der unzulässigen Beihilfen läßt sich nicht vermeiden durch die Einstufung der Begünstigungen aus der EEG-Umlage als Altbeihilfe.²⁶²

Die Umweltbeihilfeleitlinien sind kein Schutz vor Rückforderungen, wie oben mehrfach dargestellt.

4.7.3 Verfahren bei rechtswidriger Beihilfe – Rechtsweg:

Wendet sich ein Unternehmen als Nichtbegünstigter gegen eine Begünstigung aus § 40 ff. EEG, die ein Konkurrent erhält, steht ihm der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO offen. Nach der Zweistufentheorie handelt es sich um eine Maßnahme des öffentlichen Rechts.

Statthafte Klageart wäre eine negative Konkurrentenklage in Form einer Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO gegen die Beihilfengewährung an einen Konkurrenten.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann dem Konkurrenten eines begünstigten Unternehmens bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot einer Beihilfe vor Notifizierung – Art. 108 III AEUV – ein zivilrechtlicher Anspruch auf Rückforderung der Beihilfe zukommen, da Abs. 3 ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB ist.²⁶³

Auf § 8 i.V.m. §§ 3 und 4 Nr. 11 UWG kann ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gestützt werden.²⁶⁴

²⁶¹ Vgl. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 21.

²⁶² Altbeihilfen wurden vor Inkrafttreten der Primärverträge ordnungsgemäß nach nationalem Recht gewährt und haben damit keine Auswirkungen auf den Wettbewerb des entstandenen Binnenmarkts.

²⁶³ Vgl. *Birnstiel, Bungenberg, Heinrich*, Kommentar, Europäisches Beihilferecht, S. 845 ff.

²⁶⁴ Vgl. BGH vom 10.2.2011, I ZR 136/09.

4.8 ERGEBNIS

Die Besondere Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen ist eine unzulässige Beihilfe gem. Art. 107 I AEUV.

Die Ausgleichszahlungen an die Anlagenbetreiber von EE sind keine unzulässige Beihilfe gem. Art. 108 III AEUV wegen Verletzung der Notifizierungspflicht. Die Ausgleichszahlungen sind nicht notifizierungspflichtig, sie erfüllen das Tatbestandsmerkmal Begünstigung i.S.v. Art. 107 I AEUV nicht und sind allein aus diesem Grund keine Beihilfe.

Der Beschluß der EU-Kommission vom 23. Juli 2014 zum EEG 2014 ändert an diesen Feststellungen nichts. Verfahrensrechtlich liegt mit dem erfolgten Notifizierungsverfahren für das EEG 2014 eine zulässige Beihilfe vor, materiell jedoch nicht. Die Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission als inhaltliche (selbstentworfen) Orientierungshilfe im Notifizierungsverfahren sind politisch, nicht jedoch sachlich und primärrechtskonform geprägt. Entsprechend ist die materielle Seite des EEG 2014 durch die Kommission beurteilt worden und macht aus demselben nicht eine zulässige Beihilfe im Lichte des Primärrechts.

Ergänzend ist festzustellen:

Beihilferechtlich sind die verminderte EEG-Umlage für stromintensive Unternehmen und Eigenversorger nicht vergleichbar.

„Eigenversorgung“ ist der Verbrauch von Strom, den eine natürliche oder juristische Person im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Stromerzeugungsanlage selbst verbraucht, wenn der Strom nicht durch ein Netz durchgeleitet wird und diese Person die Stromerzeugungsanlage selbst betreibt.²⁶⁵

Der Eigenversorger nutzt das öffentliche Stromnetz nicht, insofern steht einer Leistung, die nicht in Anspruch genommen wurde, eine Verminderung von Kosten – verminderte EEG-Umlage – gegenüber. Damit erfüllt die Privilegierung der Eigenversorger in Bezug auf die EEG-Umlage den Tatbestand einer Beihilfe nicht.²⁶⁶

Der Beihilfekompromiß Bundesregierung/ EU-Kommission vom 9.7.2014

Am 9. Juli 2014 einigten sich die Bundesregierung und die EU-Kommission über die Vereinbarkeit der EEG-Reform mit dem europäischen Beihilferecht.

Dazu stellt die Bundesregierung fest²⁶⁷:

"Nach dem mit der EU-Kommission erzielten Kompromiss müssen stromintensive Unternehmen Nachzahlungen der EEG-Umlage von lediglich 30 Millionen Euro für die Jahre 2013 und 2014 leisten."

²⁶⁵ Vgl. § 5 Nr. 12 EEG 2014.

²⁶⁶ Damit ist auch keine Aussage darüber getroffen, ob die EEG-Umlage auf Eigenstrom überhaupt verfassungskonform ist, oder einen unzulässigen Eingriff in Art. 14 GG darstellt.

²⁶⁷ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/energie,did=646128.html>, Stand 14.7.2014.

"...aus dem EU-Ausland importierten Strom nicht von der EEG-Umlage zu befreien. Im EEG 2014 ist geregelt, dass künftig bei Ausschreibungen 5 Prozent der neu zu installierenden Leistung auch für ausländische Projekte geöffnet werden."

"Außerdem akzeptiert die Bundesregierung die Einwände der EU-Kommission gegen das sog. "Grünstromprivileg" im alten EEG 2012 und einigte sich auf eine zweckgebundene Zahlung von 50 Millionen für ein EU-Infrastrukturprojekt."

Dies ist wie folgt einzuordnen:

Die Bundesregierung hat immer erklärt, daß sie die Förderungen aus der EEG-Umlage nicht als Beihilfe ansieht. **Mit der Ausrichtung der EEG-Reform an den Umweltbeihilfeleitlinien akzeptiert der Gesetzgeber – auch entgegen der Ausführungen im Gesetzesentwurf – die Einordnung der Besonderen Ausgleichsregelung, das Eigenstromprivileg und die Ausgleichszahlungen an die Anlagenbetreiber von EE als Beihilfe.** Mit dem gefundenen Kompromiß stellt der Gesetzgeber die Notifizierungsfähigkeit der EEG-Reform sicher – dies müßte er nicht, wenn die Privilegierungen und Förderungen keine Beihilfe wären.

Gleichzeitig wird das Beihilfeverfahren zum EEG 2012 gegen Deutschland bestätigt, da durch die erzielten und umgesetzten Ergebnisse der Verhandlungen mit der EU-Kommission die Beihilfefeststellungen in Bezug auf das EEG 2012 akzeptiert werden. Unternehmen werden zur Rückzahlung von 30 Mio Euro veranlaßt und 50 Mio Euro werden zur Abgeltung des Grünstromprivilegs entrichtet.

Der Kompromiß mit der EU-Kommission basiert auf den neuen Umweltbeihilfeleitlinien, die seit dem 1.7.2014 in Kraft getreten sind. Dabei sind die Leitlinien nur eine Orientierungsgrundlage und entfalten keine Rechtsverbindlichkeit. Der Verstoß des EEG-2012 gegen europäisches Beihilferecht kann nicht durch unverbindliche Leitlinien im nachhinein legalisiert werden, daß fehlende Notifizierungsverfahren für die deutschen Beihilfen ist nicht nachholbar und würde dem Sinn der Notifizierungspflicht – d.h. der Vorabprüfung einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch Staatliche Hilfen widersprechen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist aber die Aufhebung einer rechtswidrigen Beihilfe durch Rückforderung die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit.²⁶⁸

Die materielle Anpassung der EEG-Reform an die neuen Beihilfeleitlinien ändert nichts an den formellen Fehlern der durch das EEG-2012 gewährten Beihilfen. **Diese Beihilfen sind und bleiben rechtswidrig, da die Notifizierung nicht nachholbar ist.**

Nach dem Gebot des "effet utile" ist auch immer von einem gesteigerten öffentlichen Rücknahmeinteresse auszugehen – der Vertrauensschutzgedanke des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts findet auf EU-Ebene gerade keine Anwendung. Auch die Duldung einer jahrelangen Privilegierungspraxis ist kein Argument. Die Zweifel an den deutschen Beihilfemaßnahmen war lange bekannt und die Prüfung der EU-Kommission beschränkt sich auf das EEG-2012, d.h. auf alle seit in Krafttreten am 1.1.2012 – basierend auf EEG-2012 - gewährten Privilegierungen.²⁶⁹

²⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 8.5.2003, Rs. C-328/99, C-399/00, Sig. I 2003.

²⁶⁹ "Im Dezember 2011 reichte der deutsche Bund der Energieverbraucher bei der Kommission eine Beschwerde ein, in der geltend gemacht wird, dass das Erneuerbare-Energien-Gesetz (1) in der ab 1. Januar 2012 geltenden geänderten Fassung („EEG 2012“) und insbesondere die Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen („EIU“) eine rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen," aus: Eröffnungsbeschluß der EU-Kommission, Staatliche Beihilfe, SA. 33995 (2013/C).

Würde das Beihilfeverfahren gegen Deutschland und das EEG 2012 eingestellt, würde sich die EU-Kommission europarechtswidrig verhalten und das Primärrecht brechen. Künftige Beihilfeverfahren wären der Lächerlichkeit preisgegeben, wenn man sie vergleichbaren Bedingungen folgen lassen würde:

- **Hohe staatliche Beihilfen**
- **ohne Meldung an die Kommission**
- **über einen längeren Zeitraum gewähren.**

"Too big to fail" oder Systemrelevanz wären die zentralen Motive zur Umgehung des Beihilferegimes. Vergessen würde nur der Zweck der europäischen Beihilferegulierung, nämlich die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt durch staatliche Hilfen. Eine Einstellung des Beihilfeverfahrens gegen Deutschland aufgrund des jetzt gefundenen Kompromisses für die EEG-Reform würde eine entscheidende Säule des europäischen Wirtschaftsraumes wegsprengen und europaweiter Beihilfewillkür die Tür öffnen.

5 EEG – WETTBEWERBSRECHT

5.1 AUSGANGSLAGE

*"Der Wettbewerb auf den Energiemärkten ist in Zeiten der Energiewende erheblich in Bedrängnis geraten. Problematisch erscheinen für die Wettbewerbsentwicklung vor allem Bereiche, die im Zuge der Energiewende und der massiven Förderung der erneuerbaren Energien geschaffen und ausgebaut wurden. Zukünftig sollte die Energiepolitik stärker auf Wettbewerb, den Preismechanismus und marktliche Anreize setzen."*²⁷⁰

*"Im Strombereich ist die Integration der Märkte bereits weiter fortgeschritten; allerdings bestehen auch hier noch Hindernisse, so dass die Frage zu beantworten ist, ob es sich wettbewerbsökonomisch noch um eigenständige nationale Märkte handelt."*²⁷¹

"Die wesentlichen Probleme und Ineffizienzen des EEG-Fördersystems liegen insbesondere in der fehlenden Zielgenauigkeit hinsichtlich des gesamten Förderumfangs und EE-Anlagenbaus, der massiven Überforderung und der allokativen Ineffizienzen aufgrund der fehlenden Technologieneutralität. Hinzu kommen weitere Probleme wie das Entstehen negativer Börsenpreise, die einen zusätzlichen Kostenfaktor für die Verbraucher darstellen, oder der Anreiz für EE-Anlagenbetreiber zum vermehrten Stromeigenverbrauch.

*Durch Letzteren werden die Kosten auf immer weniger Verbraucher aufgeteilt. Schließlich nimmt auch die Komplexität des Fördersystems immer weiter zu, wodurch hohe Regulierungskosten und Unsicherheiten für die Marktakteure entstehen und die Treffsicherheit der Maßnahmen erschwert wird."*²⁷²

Die Monopolkommission stellt in ihrem Sondergutachten Energie 2013 erhebliche Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Förderung EE fest.

Im Beihilfeverfahren gegen Deutschland werden Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen und Privilegierungen für möglich gehalten.

Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung hält das EEG insgesamt für ein Instrument zur Befriedigung von Partikularinteressen, was per se wettbewerbsverzerrend wäre.

*"Angesichts der die Energiewende begleitenden, sehr umfassenden Informationsprobleme sind marktnähere Verfahren ordnungspolitisch vorzuziehen, da sie verhindern, daß die gesamtwirtschaftlichen Kosten der Energiewende aus dem Ruder laufen. Dies ist beim EEG nachweislich nicht gelungen, da es auf den kostenträchtigeren, von Partikularinteressen dominierten politischen Preisfindungsprozess gesetzt hat."*²⁷³

Die Regulierungsmaßnahmen im EEG berühren den nationalen Markt ebenso wie den Binnenmarkt. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Art. 3 III, Art. 4 II, III EUV i.V.m. Art. 101 f. AEUV anwendbar, wenn den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationales Recht **vorgeschrieben**,

²⁷⁰ Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Rn 1.

²⁷¹ Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Rn 6.

²⁷² Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Kurzfassung, Rn 16.

²⁷³ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Gegen eine rückwärtsge wandte Wirtschaftspolitik, Jahresgutachten 2013/14, Rn 800.

erleichtert oder solches Verhalten verstärkt wird, da die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen dürfen, die die praktische Wirksamkeit von Wettbewerbsregeln aufheben könnten.²⁷⁴

Das EEG fördert spezifische Anlagen zur Produktion erneuerbarer Energien. Die gesetzliche Fixierung der förderfähigen Anlagen führt zu einer Selektion und zu einem Ausschluß von Anlagen, die in einem potentiellen Wettbewerb auf horizontaler oder vertikaler Marktebene stehen, aber gesetzlich nicht normiert wurden. Der Fördermechanismus des EEG ist nicht technologieneutral und damit zwingend wettbewerbsverzerrend und innovationsfeindlich.

Das EEG zwingt zur vorrangigen Abnahme und Vermarktung von EE. Eine erhöhte Einspeisung aus erneuerbaren Energien führt zu einer verminderten Residuallast²⁷⁵ und in Folge dessen auch zu einem verringerten Strompreis, dem Merit Order Effekt.²⁷⁶ Eine derartige Vorrangregelung – aus welchen Gründen auch immer – führt zu einer Wettbewerbsverzerrung. Herkömmliche Kraftwerksbetreiber werden durch Regulierung zu einem Wettbewerber "zweiter Klasse" im Verhältnis zu EE, d.h. durch die Vorrangregelung für EE wird aktiv einseitig in Vermarktungsmechanismen eingegriffen.

Das EEG privilegiert durch die Besondere Ausgleichsregelung stromintensive Unternehmen. Basis für die Privilegierung ist der Stromverbrauch und die Stromkostenintensität. Eine Privilegierung zugunsten "Großer" ist eine Diskriminierung zu Lasten "Kleiner", denn beide können sich auf dem gleichen horizontalen Markt befinden oder Wettbewerber auf einem vertikalen Markt sein.

Das Verhältnis zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht stellt Art. 3 I KartellVO und § 22 I und III GWB klar. Deutsches Wettbewerbsrecht ist nur gemeinsam mit Art. 101, 102 AEUV anwendbar, soweit wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen, d.h. die Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, geeignet sind, den Binnenmarkt zu beeinträchtigen. Die Wirksamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts darf nicht durch weniger strenge nationale Regelungen eingeschränkt werden. Art. 3 II KartellVO gestattet aber strengere nationale Regeln, wenn es um die Ahndung einseitiger Wettbewerbsverstöße handelt.

²⁷⁴ Vgl. EuGH, Sig. 2008, I-1377 = EuZW 2008, 351 Rn 19 f.

²⁷⁵ Rest-Nachfragedeckung durch regelbare Kraftwerke.

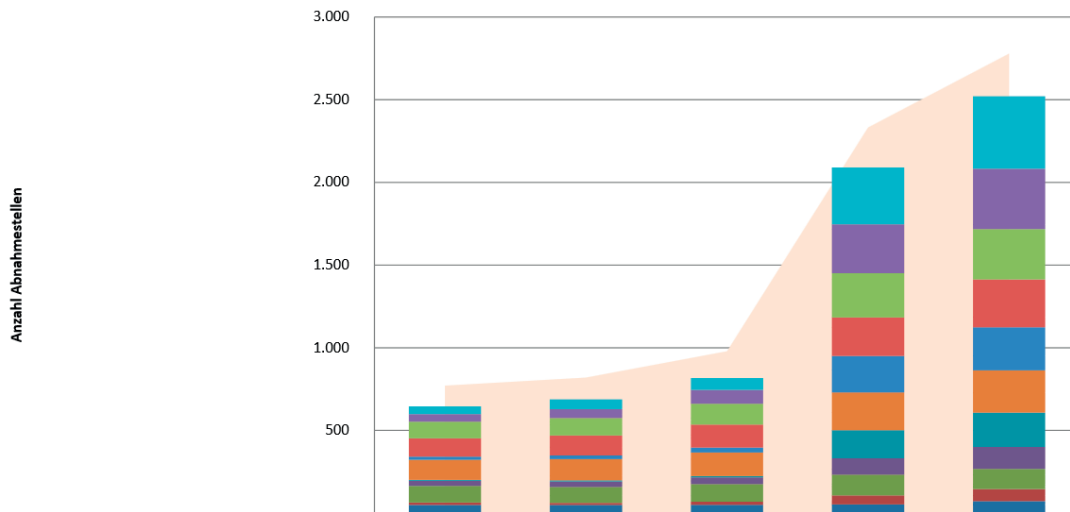
²⁷⁶ Vgl. Roon, Huck, „Merit Order des Kraftwerksparks“, Forschungsstelle für Energiewirtschaft e.V., 2010.

5.2 DIE BESONDERE AUSGLEICHSREGELUNG

5.2.1 Nationale Marktauswirkungen



**Besondere Ausgleichsregelung: Die wichtigsten Branchen nach Zahl der Anträge
[WZ 2008, 2-stellig]**



	2009	2010	2011	2012	2013
privilegierte Abnahmestellen gesamt	771	820	979	2.332	2.779
1000 - Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln	47	58	72	344	439
2200 - Herstellung von Gummi- und Kunststoffwaren	46	55	84	296	364
2300 - Herstellung von Glas und Glaswaren, Keramik, Verarbeitung von Steinen und Erden	100	105	126	267	305
2400 - Metallerzeugung und -bearbeitung	111	121	138	233	289
2500 - Herstellung von Metallerzeugnissen	20	22	30	220	260
2000 - Herstellung von chemischen Erzeugnissen	121	129	143	228	256
0800 - Gewinnung von Steinen und Erden, sonstiger Bergbau	5	7	8	171	208
1600 - Herstellung von Holz-, Flecht-, Korb- und Korkwaren (ohne Möbel)	31	33	41	99	132
1700 - Herstellung von Papier, Pappe und Waren daraus	101	96	106	126	123
1300 - Herstellung von Textilien	15	13	18	53	73
0000 - Schienenbahn	49	49	51	53	72

Quelle: BAFA - Stand: 11. Februar 2014

Die Besondere Ausgleichsregelung soll die internationale Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Unternehmen sicherstellen – so steht es im Gesetz²⁷⁷, in der Gesetzesbegründung zum EEG 2014 und

²⁷⁷ Vgl. § 40 EEG 2012, § 63 EEG 2014.

auch in den Umweltbeihilfeleitlinien der EU-Kommission²⁷⁸. Daß infolge der Privilegierung bestimmter Unternehmen zur Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit eine nationale Wettbewerbsverzerrung entsteht, findet keine Erwähnung.²⁷⁹

*"Je höher die eingeräumte Begünstigung, je stärker die jeweils zur Anwendung kommende Differenzierung und je weniger zielgenau die dabei angestrebte Kompensationswirkung von tatsächlichen Wettbewerbsnachteilen ausfallen, desto stärker treten als Folge der Ausgleichsregelung selbst Wettbewerbsverzerrungen im Inland auf."*²⁸⁰

Wettbewerbsbeschränkungen können bezweckt oder bewirkt werden. Unterstellt man, daß die Besondere Ausgleichsregelung keine Wettbewerbsverzerrungen bezwecken will, dann bleibt die Frage nach der Wirkung. Um die Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung einschätzen zu können, bedarf es einer Marktanalyse für die Unternehmen, die im horizontalen oder vertikalen Wettbewerb stehen und die durch die Privilegierung unterschiedlich behandelt werden. Daß eine Marktanalyse auf nationaler Ebene der Leistung von Stromintensiven Unternehmen im Anhang zur Besonderen Ausgleichsregelung vorangegangen wäre, läßt sich dem Gesetz und seiner Begründung nicht entnehmen. Die Liste wurde nur an die Vorgaben aus den Umweltbeihilfeleitlinien angepaßt oder umgekehrt. Kartellrechtliche Fragen oder die Förderung marktbeherrschender Stellung durch den Eingriff in Preisgestaltung, Produktion und Verteilung spielen bei der Privilegierung stromintensiver Unternehmen keine Rolle. Entscheidend sind ausschließlich der Stromverbrauch und die Stromkostenintensität.

Dabei stellt die EU-Kommission in den Umweltbeihilfeleitlinien selbst fest:

*"Ein potenziell schädigender Effekt von Umwelt- und Energiebeihilfen besteht darin, dass sie die Marktmechanismen daran hindern, selbst effiziente Ergebnisse hervorzubringen, indem sie entweder die effizientesten und innovativsten Hersteller belohnen oder aber Druck auf die am wenigsten effizienten Produzenten ausüben und sie dadurch zu Verbesserungen, Umstrukturierungen oder zum Ausscheiden aus dem Markt bewegen. So können Beihilfen dazu führen, dass Unternehmen, die effizienter oder innovativer sind als die Beihilfeempfänger (z. B. Wettbewerber mit einer anderen und möglicherweise sogar noch saubereren Technologie), am Markteintritt oder einer Expansion gehindert werden. Langfristig könnte ein Eingreifen in ein System, in dem Markteintritte und -austritte von der Wettbewerbsfähigkeit abhängen, Innovation hemmen und branchenweite Produktivitätsverbesserungen verzögern."*²⁸¹

*"Beihilfen können auch durch Stärkung bzw. Wahrung erheblicher Marktmacht des Beihilfeempfängers eine verfälschende Wirkung haben. Selbst wenn Beihilfen eine erhebliche Marktmacht nicht direkt stärken, kann dies indirekt geschehen, indem die Expansion eines Wettbewerbers erschwert, ein Wettbewerber vom Markt verdrängt oder der Markteintritt eines potentiellen neuen Wettbewerbers blockiert wird."*²⁸²

²⁷⁸ Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 27.

²⁷⁹ Vgl. Gawel/Klassert, Wie weiter mit der Besonderen Ausgleichsregelung im EEG, UFZ Discussion Papers Department of Economics, 9/2013.

²⁸⁰ Vgl. Mansson, WiVerw 2012, S. 172.

²⁸¹ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 91.

²⁸² Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 92.

*"Neben Verfälschungen auf den Produktmärkten können Beihilfen auch negative Auswirkungen auf den Handel und die Standortwahl haben."*²⁸³

Diese möglichen Wettbewerbsverzerrungen gelten gleichermaßen für den nationalen Markt wie für den Binnenmarkt.

Freistellung oder Freistellungsvereinbarungen sind für derartige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ausgeschlossen.²⁸⁴ Die Besondere Ausgleichsregelung wirkt wie eine Preisabsprache. Preisabsprachen gehören zu den Kernbeschränkungen des Wettbewerbsrechts, sind immer spürbar und ohne Ausnahme verboten.²⁸⁵ Auch sind die Privilegierungen nicht unerlässlich, um das Ziel Klima- und Umweltschutz zu erreichen oder sichern eine ausreichende Beteiligung der Verbraucher an entstehenden Vorteilen.²⁸⁶ Die EU-Kommission spricht diesen Aspekt in den Umweltbeihilfeleitlinien jenseits des Wettbewerbsrechts an: " Wird ein solcher Ausgleich allerdings zu hoch angesetzt oder einer zu großen Zahl von Stromverbrauchern gewährt, so könnte dies wiederum die Finanzierung der Förderung erneuerbarer Energien insgesamt gefährden, so dass die öffentliche Akzeptanz ebenfalls sinken würde und erhebliche Verzerrungen des Wettbewerbs und Handels zu befürchten wären."²⁸⁷

Stromverbrauch und Stromkostenintensität lassen keinen Rückschluß auf die Wettbewerbssituation von Unternehmen zu. Im Gegenteil, energieeffiziente Verhaltensweisen werden mit mangelnder Förderfähigkeit bestraft, und die Nicht-Privilegierten müssen die Entlastung der Privilegierten als Aufschlag auf die EEG-Umlage zusätzlich bezahlen.

Vorsorgeprinzip, Anreizeffekte, Innovationspotentiale und die Honorierung umweltbewußten Verhaltens durch Energieeffizienz werden durch die Besondere Ausgleichsregelung unterbunden und als Entscheidungskriterien dem Marktprozeß entzogen. Daran ändert auch die Ausschreibung für Förderung der Freiflächenanlagen gem. § 55 EEG 2014 nichts, sondern bestätigt die Wettbewerbsfeindlichkeit der gegenwärtigen Regelung, die erst in Zukunft flexibilisiert werden soll.

Aspekte des nationalen Wettbewerbs haben bei der Konzeption und Umsetzung der Besondere Ausgleichsregelung keine Rolle gespielt. Aber die EEG-Umlage ist für nicht-privilegierte Unternehmen eine spürbare Belastung i.S.v. § 1 GWB und führt zu einer Wettbewerbsverzerrung auf allen Märkten, auf denen sich entlastete und belastete Unternehmen horizontal oder vertikal als Wettbewerber gegenüberstehen.

Die Position des Gesetzgeber, daß die EEG-Umlage ein Finanzierungs- und Förderinstrument sui generis sein soll, das unabhängig von den Grundsätzen der Finanzverfassung erhoben werden kann, begünstigt die Vernachlässigung der wettbewerblichen Wirkungen auf dem nationalen Markt. Es geht und ging immer nur um die Sicherstellung eines kontinuierlichen Mittelflusses zur Verwirklichung politischer Ziele

²⁸³ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 93.

²⁸⁴ Siehe § 2 II S. 2 GWB.

²⁸⁵ Vgl. Art. 4 Vertikal-GVO, § 19 GWB.

²⁸⁶ Siehe § 2 I GWB.

²⁸⁷ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Rn 182.

5.2.2 Internationale Marktauswirkungen

Zweckbestimmung der Besonderen Ausgleichsregelung ist die Sicherung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen.²⁸⁸ Dabei ist die zentrale Frage, welche Unternehmen eigentlich im internationalen Wettbewerb stehen und ob die EEG-Umlage zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem Binnenmarkt²⁸⁹ führt.

"Die Besondere Ausgleichsregelung zielt darauf ab, Belastungen der Unternehmen zu begrenzen, die im internationalen Wettbewerb stehen. Unternehmen befinden sich in einem internationalen Wettbewerbsverhältnis, wenn sie auf ausländischen Märkten mit anderen Unternehmen konkurrieren müssen, aber auch wenn sie auf den Märkten in Deutschland mit ausländischen Unternehmen im Wettbewerb stehen. Auch Unternehmen, die Nischenprodukte herstellen, müssen sich auf den Märkten behaupten, da sie ansonsten Gefahr laufen, dass ihre Nischenprodukte durch Substitute anderer Unternehmen ersetzt werden.

*Allerdings gibt es keine zweifelsfreie, einfach administrierbare und gegebenenfalls auch gerichtlich leicht nachprüfbare Definition von internationaler Wettbewerbsfähigkeit. Das EEG geht daher vereinfachend davon aus, dass Unternehmen aus dem verarbeitenden Gewerbe und dem Bergbau grundsätzlich im internationalen Wettbewerb stehen, da sie handelbare Waren produzieren. Für diese Unternehmen erfolgt eine Privilegierung durch die Besondere Ausgleichsregelung, wenn die Stromkosten für sie von besonderer Relevanz sind. Dies ist gemäß EEG der Fall, wenn die oben genannten Kriterien erfüllt sind."*²⁹⁰

Nach Ansicht der Bundesregierung stehen Unternehmen aus dem verarbeitenden Gewerbe und dem Bergbau grundsätzlich im internationalen Wettbewerb, weil sie handelbare Waren erzeugen. Entsprechend umfaßt die Liste der Anlage 4 - Stromkosten- oder handelsintensive Branchen zu § 64 EEG 2014 **219 Positionen**.

Das Kriterium "handelbare Waren" hat die Wirkung einer Generalklausel zur Rechtfertigung einer Privilegierung: Wer Teil des sekundären Sektors einer Volkswirtschaft ist, steht automatisch im internationalen Wettbewerb.

Andererseits kann eine Wettbewerbsbeeinträchtigung des Binnenmarktes nur von den Unternehmen ausgehen, die tatsächlich im internationalen Wettbewerb stehen und mit anderen Unternehmen einen gemeinsamen Markt bilden.

Daß die EEG-Umlage die internationale Wettbewerbsfähigkeit aller 219 stromkosten- und handelsintensiven Branchen im Anhang 4 des EEG 2014 beeinträchtigt, ist eine Behauptung, nicht das Ergebnis einer tatsächlichen Marktanalyse.

Das Fehlen einer Marktanalyse macht jedoch Aussagen zur tatsächlichen Wettbewerbssituation von deutschen Unternehmen unmöglich. So „ist eine zweifelsfreie, einfach administrierbare und gegebenenfalls auch gerichtlich leicht nachprüfbare Definition von internationaler Wettbewerbsfähigkeit schwierig.“²⁹¹ Man kann festhalten, daß die Ermittlung der Wettbewerbssituation von 219 Branchen

²⁸⁸ Siehe § 63 EEG 2014.

²⁸⁹ Dies ist auch ein Aspekt des Beihilfeverfahrens gegen Deutschland.

²⁹⁰ Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung Antragsverfahren 2013 auf Begrenzung der EEG-Umlage 2014, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Referat E I 1 „Grundsatzangelegenheiten und ökonomische Fragen der Energiewende“, 11055 Berlin.

²⁹¹ Der VIK, Der Mythos der gesunkenen Strompreise als Begründung für eine höhere Belastbarkeit der Industrie, 11.2.2013, S. 2.

in der notwendigen Detailschärfe über Marktdefinition und Marktanalyse vom Umfang her unmöglich ist und ein derartiger Regulierungsansatz auch nicht wünschenswert erscheint.

Eine umlagebedingte, relevante Beeinträchtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit ist ein so komplexes Phänomen, das auch nicht mit Indikatoren wie der Außenhandelsintensität einer Branche angemessen erfaßt werden kann.²⁹²

Wenn aber die internationale Wettbewerbssituation für Unternehmen nicht ermittelbar ist und trotzdem aufgrund von Stromverbrauch und Stromkostenintensität – also reinen Mengenfaktoren – eine Subvention in Form verminderter EEG-Umlage erfolgt, dann muß dieses "Gießkannenprinzip" zu einer Wettbewerbsverzerrung durch die Unternehmen führen, die mit internationalen Unternehmen keinen gemeinsamen Markt bilden, d.h. keinen internationalen Handel treiben. Die verminderte EEG-Umlage wird zu einer reinen Subvention mit wettbewerbsverzerrender Wirkung auf dem nationalen Markt. Dieser Effekt verstößt mindestens gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 I GG.

Liegt eine internationale Wettbewerbssituation tatsächlich vor, bleibt immer noch zu fragen, **ob überhaupt ein Wettbewerbsnachteil vorliegt**, die EEG-Umlage Ursache der Wettbewerbsverzerrung ist und ob eine verminderte EEG-Umlage nicht zu einem Vorteil führt (Beihilfe), der deutsche Unternehmen auf dem Binnenmarkt einseitig begünstigt.

Die Gefahr einer Überkompensation durch die Besondere Ausgleichregelung wird auch durch die EU-Kommission in den Beihilfeleitlinien angesprochen und mit einer *Übergangsbestimmungen für Beihilfen zur Entlastung von Kosten in Verbindung mit der finanziellen Förderung erneuerbarer Energien* aufgegriffen.^{293,294}

Daß die Möglichkeit der Überkompensation mit Gefahren für den Binnenmarkt bestehen kann, wird auch von einer Expertenkommission zum Monitoring-Prozeß „Energie der Zukunft“ Stellungnahme zum ersten Monitoring-Bericht der Bundesregierung für das Berichtsjahr 2011 gesehen:

*" Der Anstieg der Kosten für Elektrizität verlief in der aggregierten Sichtweise für den Zeitraum bis einschließlich 2011 nicht so dramatisch wie in der Öffentlichkeit oft dargestellt. Der Anteil der Ausgaben für Elektrizität am nominalen Bruttoinlandsprodukt liegt mit 2,5 % im Jahr 2011 auf dem Niveau von 1991. "*²⁹⁵

Auch der Vergleich der Entwicklung der Europäischen Energiekosten ergibt keine automatische Schlechterstellung deutscher Unternehmen durch die EEG-Umlage:

²⁹² Vgl. Horst/Hauser, Eruerung von Optionen zur Absenkung der EEG-Umlage, 2012.

²⁹³ Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), Punkt 3.7.3.

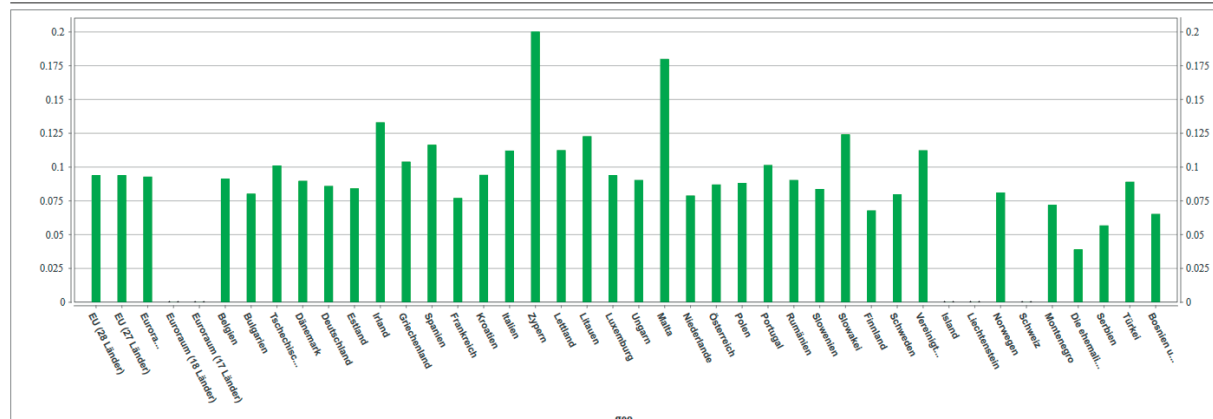
²⁹⁴ Die Wirkung des Merit-Order-Effekts spielt dabei auch eine Rolle.

²⁹⁵ Expertenkommission zum Monitoring-Prozess „Energie der Zukunft“, Stellungnahme zum ersten Monitoring-Bericht der Bundesregierung für das Berichtsjahr 2011.

Strompreise für industrielle Verbraucher

EUR je kWh

Dieser Indikator stellt die Strompreise dar, die den Endverbrauchern in Rechnung gestellt ... [Mehr](#)



Quelle: Eurostat

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&language=de&pcode=ten00117&toolbox=type>

Kurzbeschreibung: Dieser Indikator stellt die Strompreise dar, die den Endverbrauchern in Rechnung gestellt werden. Strompreise für industriellen Verbraucher werden wie folgt definiert: Nationale Durchschnittspreise in Euro pro kWh ohne angewandte Steuern für das erste Halbjahr eines jeden Jahres für industrielle Verbraucher mittlerer Größe (Verbrauch Gruppe Ic mit einem Jahresverbrauch zwischen 500 und 2000 MWh). Bis 2007 beziehen sich die Preise jeweils zum 1. Januar eines jeden Jahres für Verbraucher mittlerer Größe (Standardverbrauch Ic mit einem Durchschnittsverbrauch von 2000 MWh). Strompreise für den Haushaltsverbrauch werden wie folgt definiert: Nationale Durchschnittspreise in Euro pro kWh ohne angewandte Steuern für das erste Halbjahr eines jeden Jahres für den Haushaltsverbrauch mittlerer Größe (Verbrauch Gruppe Dc mit einem Jahresverbrauch zwischen 2500 und 5000 kWh). Bis 2007 beziehen sich die Preise jeweils zum 1. Januar eines jeden Jahres für Verbraucher mittlerer Größe (Standardverbrauch Dc mit einem Durchschnittsverbrauch von 3500 kWh).

Strompreise für industrielle Verbraucher

EUR je kWh

Dieser Indikator stellt die Strompreise dar, die den Endverbrauchern in Rechnung gestellt ... [Mehr](#)

geo	time	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Belgien		0.0780	0.0764	0.0755	0.0695	0.0830	0.0880	0.0988	0.1026	0.0943	0.0977	0.0950	0.0914
Bulgarien		:	:	0.0409	0.0429	0.0460	0.0465	0.0557	0.0639	0.0639	0.0638	0.0684	0.0803
Tschechische Republik		0.0518	0.0499	0.0492	0.0601	0.0731	0.0783	0.1095	0.1057	0.1022	0.1097	0.1028	0.1012
Dänemark		0.0639	0.0697	0.0631	0.0646	0.0724	0.0638	0.0785	0.0738	0.0848	0.0875	0.0829	0.0898
Deutschland		0.0685	0.0697	0.0740	0.0780	0.0871	0.0946	0.0929	0.0975	0.0921	0.0900	0.0895	0.0860
Estland		0.0485	0.0455	0.0455	0.0472	0.0511	0.0534	0.0514	0.0587	0.0573	0.0616	0.0647	0.0842
Irland		0.0768	0.0762	0.0787	0.0896	0.0998	0.1125	0.1302	0.1206	0.1118	0.1121	0.1293	0.1331
Griechenland		0.0590	0.0614	0.0630	0.0645	0.0668	0.0698	0.0861	0.0948	0.0855	0.0917	0.1006	0.1040
Spanien		0.0520	0.0528	0.0538	0.0686	0.0721	0.0810	0.0915	0.1098	0.1110	0.1082	0.1155	0.1165
Frankreich		0.0562	0.0529	0.0533	0.0533	0.0533	0.0541	0.0599	0.0667	0.0687	0.0722	0.0809	0.0771
Kroatien		:	:	:	0.0556	0.0596	0.0597	0.0743	0.0853	0.0932	0.0900	0.0892	0.0942
Italien		0.0776	0.0826	0.0790	0.0843	0.0934	0.1027	:	:	:	0.1145	0.1193	0.1122
Zypern		0.0903	0.0962	0.0818	0.0787	0.1114	0.1048	0.1405	0.1164	0.1483	0.1605	0.2171	0.2002
Lettland		:	:	0.0431	0.0409	0.0409	0.0443	0.0660	0.0896	0.0890	0.0984	0.1103	0.1125
Litauen		:	0.0550	0.0513	0.0498	0.0498	0.0548	0.0829	0.0924	0.0991	0.1045	0.1135	0.1228
Luxemburg		0.0645	0.0675	0.0690	0.0752	0.0845	0.0963	0.0927	0.1096	0.0956	0.0960	0.1007	0.0940
Ungarn		0.0595	0.0604	0.0654	0.0701	0.0753	0.0812	0.1119	0.1221	0.1037	0.0978	0.0888	0.0904
Malta		0.0698	0.0636	0.0620	0.0706	0.0711	0.0897	0.1221	0.1506	0.1800	0.1800	0.1800	0.1800
Niederlande		:	:	:	0.0806	0.0855	0.0920	0.0910	0.0985	0.0865	0.0822	0.0805	0.0789
Österreich		:	:	0.0553	0.0621	0.0653	0.0786	0.0897	0.0991	0.0922	0.0917	0.0906	0.0871

Quelle: Eurostat

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=de&pcode=ten00117>

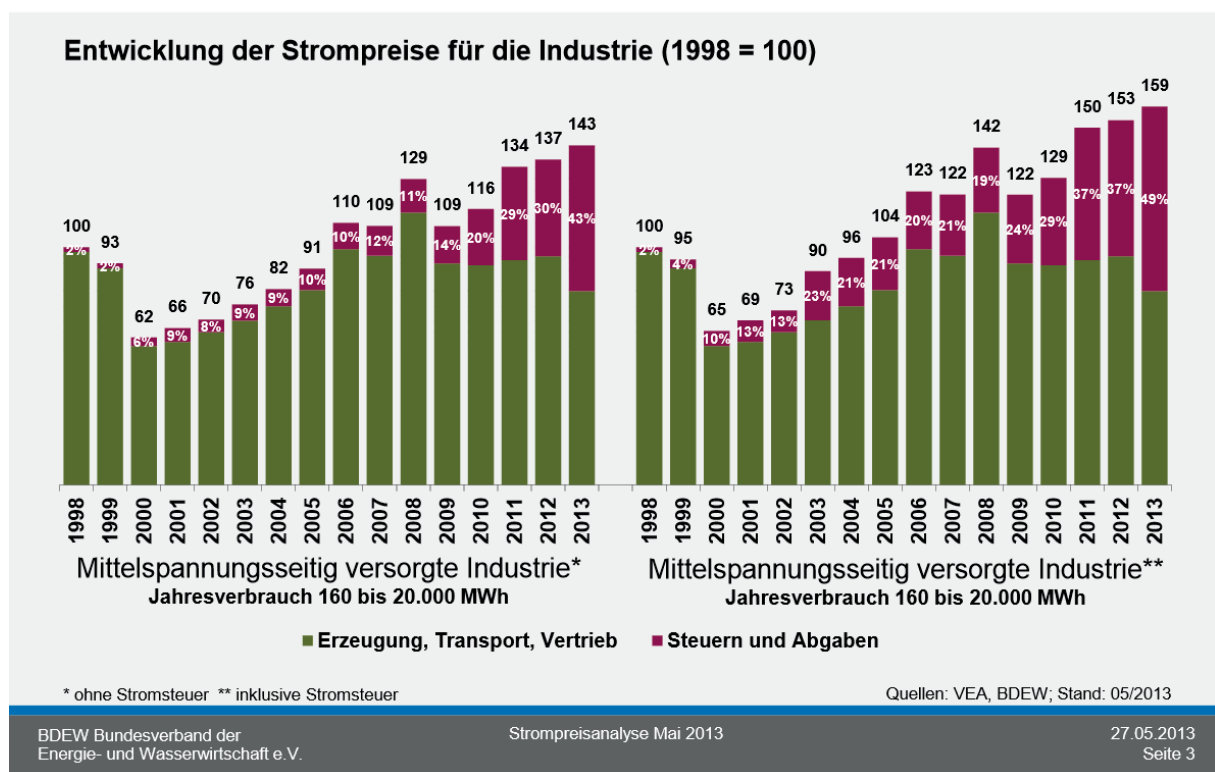
Wenn aber keine Schlechterstellung offensichtlich ist, wenn der Besonderen Ausgleichsregelung jede Feineinstellung fehlt, um Überkompensationen zu vermeiden, dann ist eine Regelung, die Pauschalsubventionen an Mengenindikatoren festmacht, im Sinne der gemeinsamen Binnenmarktes, europarechtswidrig gem. Art. 3 III, Art. 4 II, III EUV i.V.m. Art. 101 f. AEUV. Dann hat die Besondere Ausgleichsregelung eine wettbewerbsverzerrende Wirkung auf den Binnenmarkt.

Dazu stellt der Sachverständigenrat in seinem Jahresgutachten 2013 fest:

*"... durch das EEG inzwischen ein jährliches Subventionsvolumen von rund 20 Mrd Euro umverteilt wird, das von den davon profitierenden Partikularinteressen mit „Zähnen und Klauen“ verteidigt wird."*²⁹⁶

Zur Sorge des Gesetzgebers zur internationalen Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen und der Verhinderung von Standortverlagerung ist ergänzend anzumerken, daß über 40 % der deutschen Stromkosten durch den Gesetzgeber veranlaßt sind. Hier bestünde auch eine Ausgleichsmöglichkeit, z.B. im Verhältnis zu Stromkosten in Europa, die mit niedrigen staatlichen Abgaben belastet sind und dadurch Wettbewerbsvorteile jenseits der EEG-Umlage haben.

Steuern und Abgaben: Industriestrom



²⁹⁶ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Gegen eine rückwärtsge- wandte Wirtschaftspolitik, Jahresgutachten 2013/14, Rn 808.

5.3 RECHTSFOLGEN

Gegen das Kartellverbot verstoßende Vereinbarungen und Beschlüsse sind nach Art. 101 II AEUV grundsätzlich nichtig.²⁹⁷ Die Besondere Ausgleichsregelung verstößt gegen das Kartellrecht auf dem nationalen Markt und dem Binnenmarkt. Die Besondere Ausgleichsregelung ist wettbewerbswidrig und begünstigt größenabhängig Bestandsanlagen jenseits von Verursacherprinzip und Klimazielen.

Das Gleiche gilt auch für die Förderung von Anlagenbetreibern.

Die Festlegung von Anlagen, Förderbeträgen und Degression der Fördersätze ist statisch und technologiefixiert. Wettbewerbsverzerrungen entstehen zwischen Energieträgern, Anlagenherstellern, Anlagenbetreibern und Energievermarktern. Zusätzlich wird eine hohe Markteintrittsschranke zum EE-Markt errichtet, die zwingend innovationsfeindlich wirken muß.

²⁹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 25.11.1971, Sig. 1971, 949, Rn 29.

6 ZUSAMMENFASSENDE THESEN

- Mit der EEG-Umlage hat der Gesetzgeber eine öffentliche Abgabe sui generis geschaffen, jenseits des Finanzverfassungsrechts und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit von Sonderabgaben. Private werden in Abhängigkeit zum politisch gewollten Finanzvolumen für Gemeinwohlbelange willkürlich belastet, versehen mit einer Anpassungsermächtigung für die Bundesnetzagentur zur Sicherstellung eines kontinuierlichen Finanzflusses.
- Die EEG-Umlage greift in die Grundrechte der Letztverbraucher von Strom ein und verletzt die Artikel 14, 12 GG und subsidiär Art. 2 des GG. Die Begründetheit des Eingriffs scheitert jeweils an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, da es mit Blick auf die Zielsetzung des EEG, mögliche Optionen, Alternativen und Umfang an der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit fehlt. Das Ziel Klima- und Umweltschutz rechtfertigt nicht jedes Mittel unabhängig von seiner Tauglichkeit. Im übrigen ist der Eingriff in Grundrechte mit einem verfassungswidrigen Mittel – der unzulässigen Sonderabgabe EEG-Umlage – verfassungswidrig.
- Das EEG verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 GG. Die Belastungsgleichheit aller Bürger wird aufgehoben und die Ungleichheit der Letztverbraucher durch die Aufstockung der EEG-Umlage für Nichtprivilegierte zur Finanzierung von Privilegien noch gefördert.
- Die Ausgleichszahlungen aus der EEG-Umlage sind eine unzulässige Beihilfe. Die seit 1.7.2014 geltende Rückwirkung der rechtsunverbindlichen Umweltbeihilfeleitlinien und die Anpassung des EEG 2014 an EU Vorgaben ändert nichts an der fehlenden Notifizierung für das EEG 2012 - außer die de facto Akzeptanz der Beihilfeeigenschaft der Ausgleichs- und Fördermaßnahmen aus der Umlage.
- Das EEG hat auf dem nationalen Markt und dem Binnenmarkt eine wettbewerbsverzerrende Wirkung durch zahlreiche Förder- und Ausgleichsregelungen. Die Wettbewerbssituation nicht-privilegierter Letztverbraucher im Verhältnis zu Zuwendungsempfängern aus der EEG-Umlage auf horizontaler und vertikaler Marktebene kann und wird durch das EEG nicht berücksichtigt und gestattet Wettbewerbsvorteile durch Größe.
- Das EEG verstößt gegen die eigene Zielsetzung, in dem elementare Prinzipien der Umweltpolitik außer Kraft gesetzt werden: Verursacherprinzip, Anreizfunktion, Technologieneutralität, Innovationsförderung.

7 LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-------------------------|--|
| von Arnim, Hans Herbert | Gemeinwohl und Gruppeninteressen
Frankfurt a.M. 1977 |
| Baumbach, Antje | Die Entwicklung des Energierechts im Jahr 2013 |
| Scholtka, Boris | NJW 2014, 898 ff. |
| Pietrowicz | |
| Birnstiel, Alexander | Europäisches Beihilferecht |
| Bungenberg, Marc | Kommentar |
| Heinrich, Helge | Baden-Baden 2013 |
| Brahms, Florian | RegE des EEG 2014
NVwZ 12/2014 |
| Brehme, Julio | Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung
Tübingen 2010, S. 286 ff. |
| Dreier, Horst | in: Dreier (Hrsg.)
GG Bs. 1, Vorb. Rn. 125 |
| Friauf, Heinrich | Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Staatsbürger
In: Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag
Köln u.a. 1974, S. 45 ff. |
| Fürsch, Michaela | Der Merit-Order-Effekt der erneuerbaren Energien - Analyse der kurzen
und langen Frist |
| Malischek, Raimund | EWI Köln |
| Lindenberger, Dietmar | Dezember 2012 |
| Ipsen, Jörn | Staatsrecht II, Grundrechte
11. Auflage
München 2008 |

Isensee, Josef	Handbuch des Staatsrechts
Kirchhof, Paul	Band VI
	3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2008
Horst, Juri	Eruierung von Optionen zur Absenkung der EEG-Umlage
Hauser, Eva	Kurzgutachten
	Saarbrücken 2012
Gawel, Erik	Probleme der besonderen Ausgleichsregelung im EEG Aufsatz
Klassert, Christian	ZUR 2013, 467
Kirchhof, Paul	Die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks
	Gutachten
	Heidelberg 2010
Küchler, Swantje	Strompreise in Europa und Wettbewerbsfähigkeit
	der stromintensiven Industrie
	Kurzgutachten
	Dezember 2012
Mansson, Gerrit	Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der Besonderen Ausgleichregelung
	Gutachten
	Regensburg, Januar 2012
Maaß, Christian	Zur Vereinbarkeit des Ökostrom-Marktmodells mit höherrangigem Recht
	Rechtsgutachten
	Hamburg im Februar 2014
Matthes, Felix Christian	Aktuelle Stromkosten für die energieintensiven Industrien in Deutschland
	Öko-Institut e.V.
	Berlin, Juni 2013

Murswiek, Dietrich	Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik WuV 1986, S. 179 ff
Pischel, Gerhard	Preisfestsetzung nach Art. 81 EG und Novellierung des GWB EuZW 2005, 459 ff.
Potacs, Michael	Effect utile als Auslegungsgrundsatz EuR Heft 4, S. 465 ff., 2009
Reshöft, Jan Schäfermeier, Andreas	Erneuerbare-Energien-Gesetz Handkommentar 4. Auflage, Baden-Baden 2014
von Roon, Serafin Huck, Malte	Merit Order des Kraftwerksparks Forschungsstelle für Energiewirtschaft e.V Juni 2010
Ruthig, Josef Storr, Stefan	Öffentliches Wirtschaftsrecht 3. neu bearbeitete Auflage Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011
Sachs, Michael	In: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III München 1980
Schlacke, Sabine Kröger, James	Die EEG-Umlage ist keine Sonderabgabe ZUR 2013, 480
Schmidt, Walter	Sonderabgaben in der neueren Rechtsprechung des BVerfG NVwZ 1991, 36-40
Schoch, Friedrich	Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

	Loseblatt-Kommentar
	25. Auflage, München 2013
Schneider, Jens-Peter	Recht der Energiewirtschaft
Theobald, Christian	4. Auflage, München 2013
Schwichtenberger, Vanessa	Die Verfassungskonformität des EEG
	in: Martinez (Hrsg.), Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht
	Nr. 02/13, S. 16 ff.
Seibl, Maximilian	Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfte
Sack, Rolf	In: Staudinger, BGB § 134
	Neubearbeitung 2011
Sensfuß, Frank	Analysen zum Merit-Order Effekt erneuerbarer Energien
	Frauenhofer ISI
	Karlsruhe 2011
Vogel, Klaus	Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht
	VDStfG 12, 1989, S. 123 ff.
Vogel, Klaus	Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes
	HStR, Bd. IV
	2. Auflage 1999, § 87

Materialien:

BEE-Hintergrund zur EEG-Umlage 2014, Berlin, Oktober 2013

Vorhaben III, rechtliche und instrumentelle Weiterentwicklung des EEG – Zwischenbericht im Auftrag des BMWi, Februar 2014

Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Gegen eine rückwärtsgewandte Wirtschaftspolitik, Jahresgutachten 2013/14

Monopolkommission, Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Kurzfassung

Sondergutachten 65 der Monopolkommission, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende

Cep-Studie, Entwurf der Leitlinien der Europäischen Kommission für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014-2020

Stiftung Umweltenergierecht, EEG und Beihilfe, März 2013