

## Die Verfassungsmäßigkeit von EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im Erneuerbare Energien Gesetz\*\*

### I. Einleitung

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien“ (vom 04.08.2011, BGBl. I, S. 1634 im Folgenden: „Neuregelungsgesetz“, Inkrafttreten des Gesetzes überwiegend zum 01.01.2012) soll eine weitere signifikante Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung in der Bundesrepublik Deutschland bewirkt werden. Die Ausbauziele ergeben sich aus § 1 Abs. 2 des durch das Neuregelungsgesetz geänderten Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG). Dies ist ein wesentlicher Baustein für die von der Bundesregierung angestrebte „Energiewende“ im Hinblick auf den Einstieg in ein Zeitalter erneuerbarer Energien und den Ausstieg aus der Atomenergie.

Zur Erreichung der gesetzlich fixierten Ausbauziele wird das schon seit längerem erprobte und aus der Sicht des Gesetzgebers bewährte System der garantierten Einspeisevergütung für erneuerbare Energien weiterentwickelt und ausgebaut<sup>1</sup>. Der Ausbau der erneuerbaren Energien soll für Bund und Länder wie bisher weitgehend haushaltsneutral erfolgen. Die Kosten für die Abnahme des Stroms aus erneuerbaren Energiequellen werden auf die Wirtschaft und die Verbraucherinnen und Verbraucher umgelegt. Endgültig geändert gegenüber den Vorgängerfassungen des EEG wird allerdings der Modus der Belastung. Es erfolgt ein rein finanzieller Lastenausgleich. Eine Pflicht zur Abnahme und Weiterleitung von „Ökostrom“ an die Endverbraucher wie bisher besteht nicht mehr. Die Differenzkosten zwischen der gesetzlich garantierten Einspeisevergütung und den Markterlösen (sog. EEG-Differenzkosten), die bei den Übertragungsnetzbetreibern entstehen, die den „Ökostrom“ abnehmen, vergüten und vermarkten müssen, werden durch die sog. EEG-Umlage bei den Stromverbrauchern refinanziert<sup>2</sup>. Der Gesetzgeber regelt in der Neufassung des EEG die Refinanzierung der Kosten des Ausbaus erneuerbarer Energien detailliert und auf allen Stufen. Aus früher punktuellen Regelungen über Einspeisevergütungen, Belastungsausgleich und anteilige Beliefe-

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Universität Regensburg.

\*\* Die folgenden Ausführungen beruhen auf einem Gutachten, das der Verfasser für den Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V. erstattet hat.

<sup>1</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/6247, S. 1: „Das Erneuerbare-Energien-Gesetz muss so weiterentwickelt werden, dass der Übergang der erneuerbaren Energien im Strombereich zu einem erwarteten Marktanteil von 35 bis 40 Prozent innerhalb der laufenden Dekade gewährleistet wird.“ Terminologisch ist zu beachten, dass das EEG nicht alle Arten von Energie fördert, die als „erneuerbar“ angesehen werden können. So bestehen etwa bei der Förderung der Wasserkraft nach § 23 EEG Einschränkungen für die Förderfähigkeit. Als regenerativ werden weiterhin angesehen: der biogene Anteil an der Verstromung von Siedlungsabfällen oder die Mitverbrennung von Biomasse in konventionellen Großkraftwerken. Siehe dazu vor allem BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V., Energie-Info, Erneuerbare Energien und das EEG in Zahlen (2010), 03.12.2010, S. 9. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung werden die Begriffe „Strom aus EEG-Anlagen“ und „Strom aus erneuerbaren Energien“ ohne weitere Differenzierung verwendet. Die genannte Differenzierung spielt für die vorliegende Untersuchung keine Rolle.

<sup>2</sup> Dieses Verfahren wird durch die sog. Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (sog. Ausgleichsmechanismusverordnung) vom 17.07.2009, BGBl. I, S. 2101, bereits probeweise seit dem 01.01.2010 angewendet (zunächst noch in Abweichung von den Regeln des damals geltenden EEG). Es ist mittlerweile Bestandteil des formellen Gesetzesrechts geworden. Zur Entwicklung der gesetzlichen Förderung regenerativer Energien seit 1991 bis 2007 siehe *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 41 ff.

zung mit „Ökostrom“ ist ein durchnormiertes Finanzierungssystem (sog. neue Wälzung) entstanden.

Im Einzelnen ergeben sich die Rechtsbeziehungen durch folgende Regelungen:

1. Anspruch des Betreibers einer Anlage zur Erzeugung von erneuerbaren Energien gegen den Netzbetreiber auf Anschluss (§ 5 EEG), Abnahme, Übertragung und Verteilung des angebotenen Stroms (§ 8 EEG) sowie – nicht marktgerichte – Vergütung gemäß gesetzlichen Vorgaben (§§ 16 ff. EEG).
2. Anspruch der Netzbetreiber gegen den Übertragungsnetzbetreiber auf Abnahme (vom Gesetz als Pflicht des Netzbetreibers zur Weiterleitung formuliert, siehe § 34 EEG) und Vergütung des Stroms nach denselben Vorschriften (§ 35 Abs. 1 EEG).
3. Anspruch der Übertragungsnetzbetreiber untereinander auf Abnahme und Vergütung (§§ 16 ff. EEG) entsprechend ihrem Anteil am Strommarkt (§ 36 Abs. 3 EEG).
4. Pflicht der Übertragungsnetzbetreiber zur Vermarktung des Stroms (§ 37 EEG), Anspruch gegen Stromversorgungsunternehmen, die Letztverbraucher und Letztverbraucherinnen beliefern, auf Erstattung der Differenzkosten durch die EEG-Umlage (§ 37 Abs. 2 EEG).
5. Erhebung der EEG-Umlage durch die Stromversorgungsunternehmen auf Grundlage der Stromlieferbeziehungen bei den Letztverbraucherinnen und Letztverbrauchern sowie Ausweisung der EEG-Umlage in der Rechnung (§ 53 EEG).

Die EEG-Umlage führt wegen des politisch gewollten starken Ausbaus regenerativer Energien zu einer steigenden finanziellen Belastung der Unternehmen und Verbraucher bzw. Verbraucherinnen. Für 2012 wurde die EEG Umlage, die noch im Jahr 2000 mit 0,20 ct/kWh bestimmt wurde, auf 3,592 ct/kWh festgesetzt. Ein erheblicher Anstieg im Jahr 2013 wird allerdings erwartet. Auffällig ist der starke Anstieg der EEG-Umlage seit 2009. Eine gutachterliche Untersuchung vom Juli 2011 schätzt den Anstieg der EEG-Umlage bis zum Jahr 2025 auf 6 ct/kWh<sup>3</sup>. Um mögliche Wettbewerbsnachteile für deutsche Unternehmen zu kompensieren, hat das Neuregelungsgesetz die auch schon bisher existenten Ausgleichsregelungen für energieintensive Unternehmen neu gefasst (§§ 40 - 44 EEG). Die Zahl der begünstigten Unternehmen ist dadurch angestiegen. Die Kosten der Verschonung von Unternehmen werden auf die nicht privilegierten Stromabnehmer über eine entsprechende Berechnung der EEG-Umlage umgelegt.

Die Verfassungsmäßigkeit des EEG ist in der Vergangenheit bereits unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert und in Frage gestellt worden. Dies betraf allerdings vor allem die Abnahme- und Vergütungspflicht für „Ökostrom“ gegenüber den Anlagenbetreibern<sup>4</sup>. Die durch das Neuregelungsgesetz erfolgten Änderungen geben erneut Anlass zur verfassungsrechtlichen Hinterfragung. Zunächst wird der Finanzkreislauf vom Betreiber bis zum Endkunden rechtlich geschlossen. Während bisher noch privatautonome Entscheidungen der Energieversorgungsunternehmen für die Höhe der EEG-Umlage mitentscheidend waren, gibt es mittlerweile eine einheitliche, quasi einer weiteren Verbrauchsteuer vergleichbare einheitliche Abgabe für grundsätzlich alle Verbraucher. Der Umfang der Subventionierung der erneuerbaren Energien aus Mitteln, die nicht über einen öffentlichen

<sup>3</sup> Siehe Gutachten „Kosten des Ausbaus der erneuerbaren Energien“, Studie der Technischen Universität Berlin, Prof. Dr. Georg Erdmann, im Auftrag von vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V., Bayerische Chemieverbände, Verband Bayerischer Papierfabriken, Verband der Bayerischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

<sup>4</sup> Hierzu wurden diverse Gutachten erstellt, die in Fachzeitschriften veröffentlicht oder zusammengefasst wurden, siehe beispielsweise *Arndt*, RdE 1995, 41 ff.; *Dederer/Schneller*, RdE 2000, 214 ff.; *Koch/Schütte*, ZNER 1998, 3 ff.; *Ossenbühl*, ET 1996, 94 ff.; *Scholz*, ET 1995, 600 ff.

Haushalt laufen, wird durch die Neufassung des EEG zudem weiter forciert. Die Wettbewerbsnachteile für Unternehmen, die nicht unter die besondere Ausgleichsregelung fallen, werden verschärft, und zwar von zwei Seiten her: durch den Aufbau weiterer Anlagen und durch die Erstreckung der Ausgleichsregelung auf weitere Unternehmen. Die verfassungsrechtliche Problematik im Hinblick auf mögliche Grundrechtsverstöße verschärft sich damit, ebenso die finanzverfassungsrechtlichen Bedenken, die ebenfalls bereits in der Vergangenheit erhoben worden sind. Die Neufassung der EEG-Umlage wirft auch europarechtlich die Frage auf, ob nunmehr von einer möglicherweise unzulässigen Beihilfe nach Art. 107 AEUV auszugehen ist. Dies bedürfte weiterer vertiefender Erörterungen und kann an dieser Stelle nur kurz angerissen werden: Der EuGH hatte mit seiner Entscheidung vom 13.03.2001 (PreussenElektra-Urteil) die Vereinbarkeit der früheren Rechtslage nach dem Stromeinspeisungsgesetz mit Europarecht bejaht<sup>5</sup>. Ein entscheidendes Argument des EuGH bestand darin, dass von einer staatlichen Beihilfe nur dann ausgegangen werden könne, wenn es um die mittelbare oder unmittelbare Gewährung von staatlichen Mitteln gehe. Auch die Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG geht von der Zulässigkeit nationaler Fördermaßnahmen für erneuerbare Energien aus (siehe vor allem Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie). Die umfangreichen und durch das Neuregelungsgesetz weiter ausgebauten Verschonungsregelungen waren im Übrigen nicht Gegenstand der PreussenElektra-Entscheidung des EuGH. Mit dieser Privilegierung bestimmter Unternehmen sollte unter Umständen die Kommission noch einmal befasst werden. Denn die Privilegierungen sind zur Förderung erneuerbarer Energien nicht erforderlich, sie führen vielmehr nur zu einer Belastungsverschiebung.

## II. Die Vereinbarkeit des EEG mit Freiheitsrechten

### 1. In Betracht kommende Freiheitsrechte

Die dargestellten Regelungen des EEG führen zu Grundrechtseingriffen gegenüber denjenigen, die den Strom aus erneuerbaren Energiequellen abnehmen, vermarkten oder im Ergebnis bezahlen müssen. Die Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher sind in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Für die Unternehmen kommt es zu Eingriffen in ihre unternehmerische Freiheit, die heute überwiegend der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zugeordnet wird. In Betracht kommen schließlich Eingriffe in die Eigentumsfreiheit (Verpflichtung zum Netzanschluss) nach Art. 14 Abs. 1 GG<sup>6</sup>.

Die zu diskutierenden Eingriffe in die genannten Freiheitsrechte beruhen auf einem formellen Gesetz, dem EEG. Die Eingriffe sind nur dann verfassungsmäßig, wenn das Gesetz selbst insgesamt verfassungsmäßig ist. Sie wären verfassungswidrig, wenn aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen das vom EEG gewählte Umlagemodell verfassungswidrig wäre. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die verfassungsrechtlichen Probleme im Folgenden aber abgeschichtet behandelt. Es wird bei der Grundrechtsprüfung zunächst unterstellt, dass sich im Übrigen keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit ergeben.

### 2. Vereinbarkeit des EEG mit dem Übermaßverbot

Die genaue Einordnung der Pflichten nach dem EEG in eines der genannten Grund-

<sup>5</sup> EuGHE 2001, I-2099; vgl. dazu etwa *Koenig/Kühling*, NVwZ 2001, 768 ff.; *J.-P. Schneider*, ZNER 2003, 93/95 ff.

<sup>6</sup> Zur grundrechtlichen Problematik ausführlicher *Erk* (Fn. 2), S. 79 ff.; *Koch/Schütte*, ZNER 1998, 3/8 ff.

rechte spielt für die weitere Beurteilung keine Rolle. Alle genannten Grundrechte stehen unter einem sog. einfachen Gesetzesvorbehalt. Dies bedeutet, dass die Eingriffe verfassungsmäßig sind, wenn sie dem Übermaßverbot entsprechen. Sie müssen dazu ein legitimes Ziel verfolgen, geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein<sup>7</sup>.

a) Legitime Zwecksetzung und Geeignetheit

Das legitime Ziel des Systems des EEG und der EEG-Umlage liegt in der Förderung regenerativer Energien (Vorbeugung gegen den Klimawandel, Förderung des Atomausstiegs). Die Maßnahme ist dazu geeignet. Der Ausbau der erneuerbaren Energien ist aus dieser Sicht erfolgreich. Deutschland nimmt im internationalen Vergleich beim Ausbau erneuerbarer Energien eine führende Rolle ein. Ernsthafte Stimmen, die dies bezweifeln, gibt es soweit erkennbar nicht<sup>8</sup>.

b) Erforderlichkeit der Maßnahme

Eher bestritten wird die Erforderlichkeit des Fördermodells. Die Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs liegt dann nicht vor, wenn der verfolgte Zweck in gleich effektiver Weise durch ein milderes, also ein den oder die Grundrechtsträger weniger belastendes Mittel erreicht werden kann<sup>9</sup>. Insoweit wird vorgeschlagen, die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien durch Steuern zu finanzieren. Die Betreiber von Anlagen zur Verstromung erneuerbarer Energien könnten für jede eingespeiste Kilowattstunde Strom eine direkte steuerfinanzierte Unterstützung erhalten, die sich an den Fördersätzen der §§ 6 - 11 EEG orientieren würde. Sie erhielten damit die Möglichkeit, den produzierten Strom zu Marktpreisen zu vermarkten<sup>10</sup>. Eine gewisse Stütze findet diese Auffassung in der Entscheidung des BVerfG zum sog. Kohlepfennig. Dort findet sich folgende Äußerung: „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“<sup>11</sup>. Gleichwohl ist nicht davon auszugehen, dass insofern ein Verfassungsverstoß vorliegt. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs ergibt sich oft die Alternative einer Finanzierung aus Steuermitteln. Die Haushalte von Bund und Ländern sind jedoch ohnehin stark belastet. Das BVerfG lehnt deshalb im Regelfall einen Verweis auf eine steuerfinanzierte Alternative ab. Zu höheren finanziellen Aufwendungen ist der Staat i. d. R. nicht verpflichtet. Eine Ausnahme wäre nur dann anzunehmen, wenn die Bereitstellung der staatlichen Finanzmittel angesichts der Bedeutung des betroffenen Grundrechts völlig unzureichend (unangemessen) ist<sup>12</sup>.

Dass die Möglichkeit einer Steuerfinanzierung grundsätzlich nicht zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit führt, zeigt beispielsweise die Entscheidung des BVerfG zur Verpflichtung von Arbeitgebern, einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu zahlen. Dort hat das BVerfG die oben bereits aufgeführten Grundsätze folgendermaßen umschrieben<sup>13</sup>: „Bei Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit ohne spezifische berufsregelnde Tendenz durch die Auferlegung von Kostenlasten entfällt die Erforderlichkeit nicht schon deshalb, weil eine Finanzierung der Aufgabe aus Steuermitteln für die Betroffenen ein milderes Mittel wäre [vgl. BVerfGE 81, 156

<sup>7</sup> Zu den Einzelheiten dieser mittlerweile standardisierten Prüfung von Grundrechtseingriffen siehe statt vieler *Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Aufl. 2012, Rn. 180 ff.

<sup>8</sup> Bejahend zur Geeignetheit der Maßnahme auch *Erk* (Fn. 2), S. 122 ff.; *Koch/Schütte*, ZNER 1998, 3/8 f.

<sup>9</sup> Auch dazu *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 7), Rn. 185.

<sup>10</sup> Ausführlicher und mit Nachweisen *Erk* (Fn. 2), S. 127 ff. Für eine solche Lösung auch *Dederer/Schneller*, RdE 2000, 214/217.

<sup>11</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/206.

<sup>12</sup> Siehe dazu näher *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 7), Rn. 186.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.11.2003, E 109, 64/86.

(193f.)). Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben [vgl. BVerfGE 103, 172 (183f.)]. Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, die nach seiner Überzeugung gebotene und dem Gemeinwohl dienende Maßnahme zu bestimmen [vgl. BVerfGE 103, 293 (307)]. Ob und in welchem Umfang die Kosten der erforderlichen finanziellen Absicherung der Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber zu tragen sind, ist keine Frage der Erforderlichkeit, sondern der Zumutbarkeit der gesetzlichen Regelung [vgl. BVerfGE 77, 308 (334)].“

Das BVerfG wird nach diesen Grundsätzen in der Möglichkeit der Steuerfinanzierung der Vergütung kein milderes Mittel sehen. Auch dann käme es nur zu einer Kostenverschiebung. Die zitierte Äußerung aus der Entscheidung zum Kohlepfennig steht in einem anderen Kontext. Beim sog. Kohlepfennig lag unstreitig eine sog. Finanzierungs Sonderabgabe vor. Eine solche ist nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsorgans nur zulässig, wenn die Abgabepflichtigen eine besondere Finanzierungsverantwortung trifft. Diese besondere Finanzierungsverantwortung liegt nicht bei den Stromverbrauchern, sondern bei der Allgemeinheit. Wenn man die Erhebung der EEG-Umlage als Finanzierungs Sonderabgabe ansehen kann, würden die gleichen Grundsätze gelten. Dies bedarf jedoch der besonderen Prüfung. Aus der Entscheidung des BVerfG zum Kohlepfennig lässt sich aber ohne das Vorliegen einer Sonderabgabe nicht darauf schließen, dass eine Steuerfinanzierung stattzufinden hat. Erst wenn das Vorliegen einer Sonderabgabe feststeht, lässt sich als einer der nächsten Schritte im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit die Frage stellen, ob eine Gruppenverantwortlichkeit der Abgabepflichtigen vorliegt. Unbesehen auf die erneuerbaren Energien übertragbar ist die zitierte Äußerung des BVerfG zur Steuerfinanzierung der Stromversorgung nicht.

In der Literatur werden noch weitere Modelle genannt, die als mögliches milderes Mittel in Betracht gezogen werden können. Sie orientieren sich im Regelfall an ausländischen Regelungen. So wurde im angelsächsischen Raum ein Quotensystem eingeführt. Der Staat schreibt dabei Kontingente für bestimmte Technologien aus (etwa für bestimmte Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien). Die günstigsten Angebote erhalten den Zuschlag, die Energieversorgungsunternehmen werden verpflichtet, den produzierten Strom abzunehmen<sup>14</sup>. Beim in Europa wohl am häufigsten praktizierten Quotenmodell werden bestimmte Marktteilnehmer verpflichtet, ab einem bestimmten Zeitpunkt einen bestimmten Anteil von Regenerativstrom nachzuweisen<sup>15</sup>. Die genannten Modelle haben gegenüber dem deutschen System der EEG-Vergütung den Nachteil, dass das deutsche Recht die Installation von Anlagen zur Produktion von erneuerbaren Energien dynamischer fördert. Feste Vergütungssätze bieten mehr Anreiz zur Errichtung neuer Anlagen als irgendein bürokratisches Verteilungsverfahren. Auch im Ausland kann der Strom aus erneuerbaren Energien nicht zu Marktpreisen produziert werden. Er muss deshalb von anderen Wirtschaftsteilnehmern abgekauft werden, entweder von Energieversorgungsunternehmen oder von Energieverbrauchern. Eine sichere Feststellung, dass die vorhandenen ausländischen Modelle in gleichem Maße effektiv und weniger eingreifend sind als das deutsche Modell der EEG-Umlage, kann deshalb nicht getroffen werden. Der Gesetzgeber hat einen weiten Gestaltungsspielraum bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen<sup>16</sup>. Dass dieser Spielraum in verfassungswidriger Weise ausgeübt worden ist, ist nicht erkennbar.

<sup>14</sup> Ausführlicher *Erk* (Fn. 2), S. 132 ff.

<sup>15</sup> Auch hierzu *Erk* (Fn. 2), S. 134 ff. Ausführlich auch *Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), EEG, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2. Aufl. 2011, Einleitung, Rn. 29 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 06.10.1987, E 77, 84/109; Beschl. v. 14.07.2000, E 102, 197/218; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 1 - 19, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 138.

c) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)

Die Frage, ob ein staatlicher Eingriff verfassungsmäßig ist, entscheidet sich oft an der Frage der Zumutbarkeit (wird auch als „Verhältnismäßigkeit i. e. S.“ bezeichnet). Die Zumutbarkeit wird dann bejaht, wenn die vom staatlichen Eingriff ausgehende Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Im Rahmen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG wird die Prüfung der Verhältnismäßigkeit konkretisiert durch die sog. Drei-Stufen-Theorie. Vorliegend handelt es sich für die in ihrer beruflichen Betätigung betroffenen Energieunternehmen und die durch die Umlage belasteten stromverbrauchenden Unternehmen um eine Berufsausübungsregelung, also einen Eingriff auf der 1. Stufe. Dabei ergeben sich keine besonderen Abwägungsanforderungen<sup>17</sup>.

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist zwischen zwei Ebenen zu unterscheiden. Zunächst sind die Energieversorgungsunternehmen verpflichtet, den von den Anlagenbetreibern erzeugten Strom abzunehmen, weiterzuleiten, zu vergüten und zu vermarkten. Hierbei handelt es sich um eine Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben. Der Staat bedient sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privater Unternehmer, die in diesem Bereich tätig sind<sup>18</sup>. Nötig ist allerdings eine „Sach- und Verantwortungsnähe“. Den Unternehmen können nicht irgendwelche Verpflichtungen auferlegt werden, sondern nur solche, die im Zusammenhang mit ihrer unternehmerischen Betätigung stehen<sup>19</sup>. Hieraus folgt allerdings keine besonders strenge verfassungsrechtliche Prüfung. Das BVerfG hat die eher lockeren verfassungsrechtlichen Bindungen für die Indienstnahme Privater im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung kürzlich noch einmal bestätigt<sup>20</sup>. „Eine kategorische Trennung von „Staatsaufgaben“ und „privaten Aufgaben“ mit der Folge der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Indienstnahme für Gemeinwohlzwecke von Privaten auf deren Kosten lässt sich der Verfassung nicht entnehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, welche Pflichten zur Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen er Privaten im Rahmen ihrer Berufstätigkeit auferlegt [vgl. BVerfGE 109, 64 (85)]. Grundsätzlich kann er Lasten und Maßnahmen zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen, die als Folge kommerzieller Aktivitäten regelungsbedürftig sind, den entsprechenden Marktakteuren auferlegen, um die damit verbundenen Kosten auf diese Weise in den Markt und den Marktpreis zu integrieren. Dabei ist der Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, Private nur dann in Dienst zu nehmen, wenn ihre berufliche Tätigkeit unmittelbar Gefahren auslösen kann oder sie hinsichtlich dieser Gefahren unmittelbar ein Verschulden trifft. Vielmehr reicht insoweit eine hinreichende Sach- und Verantwortungsnähe zwischen der beruflichen Tätigkeit und der auferlegten Verpflichtung [vgl. BVerfGE 95, 173 (187)].“

Für die EEG-Umlage ergeben sich insoweit keine Bedenken. Der von den Anlagenbetreibern erzeugte Ökostrom muss von Energieversorgungsunternehmen und Übertragungsnetzbetreibern abgenommen und zu den Verbrauchern weitergeleitet werden. Andere Möglichkeiten sind nicht ersichtlich. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die mit Abnahme, Weiterleitung, Vermarktung und Abrechnung verbundenen Kosten so hoch wären, dass von einer unzumutbaren Belastung auszugehen wäre.

<sup>17</sup> Näher zur Drei-Stufen-Theorie *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Rn. 139 ff.

<sup>18</sup> Im Einzelnen *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Rn. 202.

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.03.1971, E 30, 292/311.

<sup>20</sup> BVerfG, Urt. v. 02.03.2010, E 125, 260/361 f.

Zu unterscheiden von den durch die Indienstnahme folgenden Verwaltungskosten ist die EEG-Umlage selbst. Bis zum Jahr 2009 oblag die Kalkulation der EEG-Umlage den einzelnen Stromlieferanten<sup>21</sup>. Die nachgeordneten Stromversorger waren verpflichtet, von den Übertragungsnetzbetreibern eine Quote von EEG-Strom abzunehmen und die einheitliche EEG-Vergütung zu zahlen. Dadurch entstanden Differenzkosten (Kosten für EEG-Strom im Vergleich zu anderem Strom, den der Versorger sonst bezogen hätte). Sie waren wegen der unterschiedlichen Einkaufspreise für Nicht-EEG-Strom oder auch für Ökostrom von Stromversorger zu Stromversorger unterschiedlich. Ob die Kosten auf den Kunden abgewälzt wurden, hing vom Marktverhalten des Stromversorgers ab. Die Unternehmen konnten die Differenzkosten gegenüber den Kunden „anzeigen“ und damit ausweisen. Dies geschah aber zunächst aus Gründen der Publizität<sup>22</sup>. Damit waren die EEG-Kosten bzw. die EEG-Umlage Schätz- und Durchschnittswerte.

Eine entscheidende, den heutigen Rechtszustand vorwegnehmende Änderung der Bedeutung der EEG-Umlage erfolgte durch die Ausgleichsmechanismusverordnung vom 01.01.2010<sup>23</sup>. Während § 37 EEG in der Fassung vom 25.10.2008 (BGBl. I, S. 2074) noch die Verpflichtung der Letztverbraucher beliefernden Elektrizitätsunternehmen vorsah, vom Übertragungsnetzbetreiber Ökostrom abzunehmen, wurde diese Verpflichtung durch die Ausgleichsmechanismusverordnung geändert. Die Übertragungsnetzbetreiber erhielten einen Anspruch gegen die Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf Zahlung der EEG-Umlage<sup>24</sup>. Diese sog. neue Wälzung wurde dann durch das Neuregelungsgesetz übernommen. An die Stelle der Pflicht zur physikalischen Abnahme und Durchleitung von Strom von den Netzbetreibern an die nachgelagerten Energieversorgungsunternehmen tritt die EEG-Umlage. Die Kosten für die Vermarktung werden bis zum 15.10. eines Jahres geschätzt und es wird von den Übertragungsnetzbetreibern eine bundesweit einheitliche EEG-Umlage festgelegt. Damit wird auch im Verhältnis zum Endverbraucher nur noch die EEG-Umlage erhoben. Die EEG-Umlage ist bundeseinheitlich und grundsätzlich nicht davon abhängig, welche Art von Strom an den Verbraucher geliefert wird. Sie ist auch unabhängig von der Kostenstruktur des gewählten Stromanbieters. Somit ist ein geschlossener Finanzkreislauf vom Stromverbraucher zum Anlagenbetreiber entstanden. Die zwischengeschalteten Unternehmen übernehmen die Abrechnung und Weiterleitung. Die wirtschaftliche Belastung aus der Förderung regenerativer Energien traf immer faktisch die Stromverbraucher, diese Tatsache wird aber nunmehr rechtlich neu eingekleidet und ausgeformt. Die EEG-Umlage wird für die Stromversorger nunmehr auch gesetzestechisch zu einem „durchlaufenden Posten“<sup>25</sup>. Damit braucht über die wirtschaftliche Belastung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen oder Netzbetreibern durch

<sup>21</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden vor allem: Onlineveröffentlichung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, „Welche Wirkung hat die Förderung der erneuerbaren Energien auf den Haushalts-Strompreis?“, Stand: 15.04.2011, S. 6.

<sup>22</sup> Vgl. auch Onlineveröffentlichung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, „Welche Wirkung hat die Förderung der erneuerbaren Energien auf den Haushalts-Strompreis?“, Stand: 15.04.2011, S. 6. Siehe etwa § 53 EEG in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074. Hieraus folgten allerdings besondere Pflichten bei der Abrechnung der Differenzkosten gegenüber den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern (siehe § 54 EEG in der damaligen Fassung).

<sup>23</sup> Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (AusglMechV) vom 17.07.2009, BGBl. I, S. 2101. Näher dazu *Cosack*, in: Frenz/Müggenberg, EEG, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 37 Rn. 3 ff.

<sup>24</sup> Näher *Cosack* (Fn. 23), Rn. 21 ff. Rechtsgrundlage hierfür war § 64 Abs. 3 des damals geltenden EEG.

<sup>25</sup> Siehe auch Onlineveröffentlichung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, „Welche Wirkung hat die Förderung der erneuerbaren Energien auf den Haushalts-Strompreis?“, Stand: 15.04.2011, S. 7: „Die EEG-Umlage ist grundsätzlich von allen Stromverbrauchern in Abhängigkeit des Stromverbrauchs zu zahlen.“

die EEG-Umlage selbst verfassungsrechtlich kaum mehr diskutiert zu werden. Die Umlage wird weitergegeben. Dies ist die gesetzgeberische Intention und die wirtschaftliche Realität. Fraglich ist somit nur, ob die Stromverbraucher, die die Umlage zu leisten haben, in ihren Freiheitsrechten verletzt sind, weil es zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Grundrechte kommt<sup>26</sup>.

Die EEG-Umlage hat sich seit dem Jahr 2000 bis zum Jahr 2012 von 0,2 ct/kWh auf 3,592 ct/kWh ca. verachtzehnfacht. Der Anteil an den Stromkosten ist von 1,5 % auf ca. 15 % gestiegen. Die Verfassungswidrigkeit der Höhe der Umlage lässt sich alleine aus diesen Zahlen aber nicht begründen. Die Stromkosten in Deutschland sind auch insgesamt gestiegen, nicht nur die EEG-Umlage. Die Stromkosten bilden zudem nur einen Teil der Lebenshaltungskosten der Verbraucher bzw. der Betriebskosten der Unternehmen. Es gibt vielfältige andere Faktoren, die eine ähnliche oder größere Rolle spielen als die Stromkosten und die EEG-Umlage (z.B. Steuerbelastung, Sozialversicherungsabgaben, Lohnentwicklung). Man kann dem Gesetzgeber auch nicht vorwerfen, dass er die Entwicklung der EEG-Umlage nicht hinreichend im Auge behalten hat. Die voraussichtliche Entwicklung der EEG-Umlage ist bei jeder Änderung des EEG ein wichtiger Aspekt gewesen. Dies gilt gerade auch für das Neuregelungsgesetz<sup>27</sup>. Die vom Gesetzgeber gemachten Prognosen haben sich zwar oft als unrichtig erwiesen. Das Tempo des Ausbaus der erneuerbaren Energien hat in den letzten Jahren auch den Gesetzgeber überrascht, ebenso die daraus resultierende Entwicklung der EEG-Umlage<sup>28</sup>. Seiner grundsätzlichen Verantwortung für die Entwicklung der EEG-Umlage und damit der Strompreise ist sich der Gesetzgeber aber stets bewusst gewesen.

Gegen die Annahme, dass die Grundrechtseingriffe durch die EEG-Umlage das Maß des verfassungsrechtlich Zulässigen überschritten haben, spricht eine weitere Überlegung. Das steigende Angebot an Ökostrom, das durch die festen Vergütungssätze erreicht wird, senkt die Strompreise insgesamt. So führt ein hohes Angebot an EEG-Strom dazu, dass Gas- und Kohlekraftwerke zurückgefahren werden, wenn ihre Produktionskosten über dem Preis des angebotenen EEG-Stroms liegen. Man spricht in ökonomischer Terminologie vom sog. Merit-Order-Effekt. Das genaue Ausmaß dieses Effektes ist allerdings schwer einzuschätzen<sup>29</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Die EEG-Umlage führt zu Grundrechtseingriffen in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit und die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Diese Eingriffe sind jedoch – vorbehaltlich weiterer verfassungsrechtlicher Überlegungen zur Rechtmäßigkeit des EEG aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen – nicht verfassungswidrig.

<sup>26</sup> Es gelten damit letztlich die gleichen Grundsätze wie beim sog. Kohlepfennig. Auch für diese Abgabe hat das BVerfG festgestellt, dass die Abgabe materiell nicht den Abgabeschuldner, die Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) trifft, sondern die Abgabeträger, die Endverbraucher. Siehe BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/203.

<sup>27</sup> Siehe den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Neuregelungsgesetz, BT-Drs. 17/6071, S. 1 f. und 50 ff. Es wird davon ausgegangen, dass die EEG-Differenzkosten aufgrund des Neuregelungsgesetzes um ca. 0,3 ct/kWh bis 2030 steigen werden. Für einen Referenzhaushalt mit 3500 kWh Stromverbrauch pro Jahr werden die monatlichen Kosten von 6,50 Euro im Jahr 2010 auf ca. 9,50 Euro in den Jahren 2016 bis 2018 steigen.

<sup>28</sup> So war etwa die Photovoltaik-Novelle, die zum 01.07.2010 in Kraft getreten ist, maßgeblich durch das Ziel bestimmt, den Anstieg der EEG-Umlage zu bremsen, da sehr viel mehr Solaranlagen ans Netz gegangen waren, als zunächst erwartet wurde. Siehe dazu den Gesetzentwurf zum Gesetz zur Änderung des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes, BT-Drs. 17/1147.

<sup>29</sup> Instruktiv auch dazu die Onlineveröffentlichung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, „Welche Wirkung hat die Förderung der erneuerbaren Energien auf den Haushalts-Strompreis?“, Stand: 15.04.2011, S. 11.

### III. Die Vereinbarkeit des EEG mit dem Gleichheitssatz

#### 1. Problemstellung

Die EEG-Umlage wird nicht von allen Stromkunden gleichmäßig entrichtet. Auf Antrag kann vielmehr für Unternehmen des produzierenden Gewerbes eine Begrenzung der EEG-Umlage erfolgen. Die entsprechenden Vorschriften sind durch das Neuregelungsgesetz umfassend novelliert worden. So wurde die Vorschrift gegenüber der Vorgängerregelung in ihrem Anwendungsbereich deutlich erweitert<sup>30</sup>. Bisher waren nur Unternehmen begünstigt, die mehr als 10 Gigawattstunden Strom im Jahr verbrauchten; das Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung musste 15 Prozent betragen. Für bestimmte Unternehmen mit weniger als 100 Gigawattstunden Stromverbrauch pro Jahr und einem bestimmten Verhältnis der Stromkosten zur Bruttowertschöpfung gab es weitere Regelungen (siehe § 41 Abs. 3 EEG a. F.)<sup>31</sup>.

Durch das Neuregelungsgesetz kommt es zu anteiligen Begrenzungen. Die Sockelbelastung ist auch von den stärker begünstigten Unternehmen zu tragen. Eine weitere Änderung erfolgte dahingehend, dass entsprechend der „neuen Wälzung“ nicht mehr die abnehmende Strommenge begrenzt wird, sondern die EEG-Umlage<sup>32</sup>. Für das Jahr 2011 geht das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit davon aus, dass ca. 600 Unternehmen des produzierenden Gewerbes sowie Schienenbahnen von der Begrenzung profitieren (bzw. profitiert haben). Durch die zusätzliche Herausnahme der Stromeigenerzeugung aus der EEG-Umlage würden nur ca. 50 % des gesamten von der Industrie verbrauchten Stroms mit der EEG-Umlage belastet. Dieser Wert dürfte sich weiter erhöhen, da durch die Neuregelung erheblich mehr Unternehmen in den Vorteil einer Begrenzung der EEG-Umlage kommen. Die genauen Wirkungen der Neufassung sind derzeit noch schwer abschätzbar. Aufgrund des Inkrafttretens des Neuregelungsgesetzes zum 01.01.2012 (Art. 12 Abs. 1 Neuregelungsgesetz) wird davon ausgegangen, dass für das Jahr 2012 noch die Privilegierungsregelungen des Jahres 2009 heranzuziehen sind<sup>33</sup>. Die Auswirkungen der Neuregelung auf die EEG-Umlage werden sich deshalb erst bei der Festsetzung der EEG-Umlage im Jahr 2013 zeigen. Im Jahr 2012 wirkt noch der Rechtszustand des Jahres 2011 nach.

Aussagen zur Frage, ob die Privilegierung bestimmter Unternehmen im Vergleich zu anderen Unternehmen mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist, können deshalb nur zurückhaltend getroffen werden. Als sicher kann aber angenommen werden, dass die Menge an privilegiertem Strom steigen wird. Die EEG-Umlage, die vor allem die nicht privilegierten Stromverbraucher trifft, wird dadurch steigen. Im Grundsatz gibt es also zwei Gruppen von Unternehmen, die unterschiedlich behandelt werden: diejenigen, die in den Genuss der Privilegierung kommen, und die, die nicht unter die Privilegierung fallen und – quasi zur „Belohnung“ – die Kosten der Privilegierung der anderen Unternehmen mitfinanzieren dürfen.

#### 2. Prüfungsmaßstab

Die Privilegierung bestimmter Unternehmen könnte gegenüber anderen Unternehmen gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1

<sup>30</sup> Ausführlich auch *Kachel*, ZUR 2012, 32 ff.

<sup>31</sup> Zur praktischen Bedeutung der bisherigen Regelung siehe *Frenz/Müggenborg*, EEG Kommentar, 2. Aufl. 2011, Vorbem §§ 40 - 44, Rn. 16 ff.

<sup>32</sup> Vgl. im Einzelnen die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 17/6071, S. 84.

<sup>33</sup> Siehe die Prognose der Netzbetreiber für die EEG-Umlage 2012, abrufbar unter [http://www.eeg-kwk.net/de/file/111014\\_Prognose\\_EEG-Umlage-2012\\_final.pdf](http://www.eeg-kwk.net/de/file/111014_Prognose_EEG-Umlage-2012_final.pdf), S. 24.

GG hat den schlichten Wortlaut: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“ Die Vorschrift ist gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar. Sie verlangt auch eine Gleichheit „nach“ bzw. „im Gesetz“. Dies ist heute juristisches Allgemeinut<sup>34</sup>.

Bei gesetzgeberischen Differenzierungen zwischen mehreren Personengruppen nimmt das BVerfG in der Regel entweder eine Willkürprüfung oder eine Prüfung anhand der sog. neuen Formel vor. Nach der Willkürformel liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz dann vor, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird<sup>35</sup>. Die sog. neue Formel lautet folgendermaßen: „Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn der Staat eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können“<sup>36</sup>. Wann das BVerfG die Willkürformel und wann die „neue Formel“ anwendet, folgt keinem erkennbaren System, ist aber für das Ergebnis der Prüfung im Regelfall auch nicht wichtig. Entscheidend ist letztlich die Prüfungsintensität, die bei beiden Formeln variabel ist. Im Folgenden wird wegen der besseren Absichtbarkeit der Prüfung die sog. neue Formel zugrunde gelegt.

### 3. Prüfung nach der sog. neuen Formel

Eine Differenzierung zwischen zwei Gruppen von Normadressaten ist zunächst nur dann zulässig, wenn damit eine legitime Zwecksetzung verfolgt wird<sup>37</sup>. Das EEG privilegiert „stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes mit hohem Stromverbrauch oder Schienenbahnen“ (§ 40 S. 1 EEG). Die Zwecksetzung umschreibt das Gesetz selbst dahingehend, damit sollten die Stromkosten dieser Unternehmen gesenkt werden, um die „internationale und intermodale Wettbewerbsfähigkeit“ zu erhalten. Es geht also im Hinblick auf das produzierende Gewerbe darum, mögliche Nachteile, die sich im internationalen Vergleich aus der starken Förderung erneuerbarer Energien ergeben, auszugleichen. Die Einzelheiten regelt § 41 EEG. Der Begriff der „intermodalen Wettbewerbsfähigkeit“ zielt auf die Privilegierung der Schienenbahnen in § 42 EEG. Die Eisenbahnen sollen gegenüber anderen Verkehrsträgern wie PKW, LKW, Flugzeugen oder Binnenschiffen keine Nachteile erleiden<sup>38</sup>. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich ein weites Ermessen, welche Ziele er verfolgen will. Die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von bestimmten Gruppen von Unternehmen ist nicht zu beanstanden. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit keine.

Auch gegen die Geeignetheit der Differenzierung zur Verfolgung des angestrebten Zwecks sind keine Bedenken zu erheben. Die internationale oder intermodale Wettbewerbsfähigkeit der begünstigten Unternehmen wird gefördert.

Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit wird man aus vergleichbaren Gründen wie bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Umlage mit den Freiheitsrechten verneinen müssen (oben II. 2. b). Ein milderer Mittel, mit dem sich gleichermaßen effektiv der gewünschte Zweck erreichen ließe, ist nicht erkennbar. Denken könnte man zwar an Steuersubventionen für die zu begünstigenden Unternehmen. Eine Belastung der Allgemeinheit scheidet aber aus den bereits genannten

<sup>34</sup> Siehe statt vieler *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 7), Rn. 791 ff.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988, E 78, 104/121.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.10.1980, E 55, 72/88; Beschl. v. 29.05.1990, E 82, 60/86.

<sup>37</sup> Zu den Einzelheiten der Prüfung nach der „neuen Formel“ siehe *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 7), Rn. 839; siehe weiterhin *Ossenbühl*, ET 1996, 94 ff. zum damaligen Stromspeisungsgesetz.

<sup>38</sup> Siehe *Frenz/Müggenberg*, Erneuerbare-Energien-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn. 63.

Gründen als milderer Mittel aus. Sonst wäre jede finanzielle Belastung außerhalb der Steuergesetzgebung ein Grundrechtsverstoß, denn immer könnte alternativ eine Steuerfinanzierung des zu verfolgenden Zwecks stattfinden.

Entscheidend ist deshalb die Frage, ob die Privilegierung der begünstigten Unternehmen verhältnismäßig ist. Es muss insoweit abgewogen werden zwischen der Bedeutung der Unterschiede und der Bedeutung der Ungleichbehandlung<sup>39</sup>. Maß und Gewicht der tatsächlichen Ungleichheit müssen in einem angemessenen Verhältnis zu Maß und Gewicht der rechtlichen Ungleichbehandlung stehen. Hierbei konzentrieren sich die weiteren Überlegungen auf die Vorschrift des § 41 EEG (Unternehmen des produzierenden Gewerbes). Die Privilegierung knüpft im Wesentlichen an zwei Merkmale an, die vorliegend von Interesse sind: Mindestens eine Gigabyte-Stunde Stromverbrauch pro Jahr und ein Verhältnis der von dem Unternehmen zu tragenden Stromkosten zur sog. Bruttowertschöpfung des Unternehmens von mindestens 14 Prozent. Der Gesetzgeber sieht also einen sehr pauschalierten Abgrenzungsmaßstab vor. Ob ein besonderer internationaler Wettbewerbsdruck besteht, wird nicht geprüft. Dies ist angesichts der Exportorientiertheit der deutschen Wirtschaft und der eigentlich für alle Branchen bestehenden internationalen Konkurrenz nachvollziehbar. Das produzierende Gewerbe steht insgesamt im internationalen Wettbewerb.

Das Neuregelungsgesetz hat die Belastungsgrenze von 15 auf 14 Prozent herabgesetzt. Eine nähere Erläuterung zu dieser Änderung findet sich in der Gesetzesbegründung nicht. Es ist aber nicht nur im Wirtschaftsverwaltungsrecht üblich und nötig, dass irgendwo Grenzen gezogen werden müssen, die nicht näher begründet werden und auch oft nicht begründbar sind. Es handelt sich um gesetzgeberischen Dezisionismus. Eine besondere Begründungspflicht ist im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts bisher nicht angenommen worden<sup>40</sup>.

Mit der Bruttowertschöpfung wird auf einen Begriff aus der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung abgestellt. Es handelt sich vereinfacht gesprochen um die Differenz zwischen Produktionswert und dem Wert der Vorleistungen. Auch dieser Ansatz ist sehr pauschal. Ein Unternehmen, das viele Fremdleistungen (auch etwa Leiharbeit) „einkauft“, hat eher die Chance, die 14 Prozent-Grenze für die Stromkosten zu erreichen, als ein Unternehmen, das eine längere interne Wertschöpfungskette hat und auf Leiharbeit verzichtet. Auch hieraus wird man aber keine verfassungsrechtlichen Bedenken erheben können. Es ist nicht ersichtlich, welcher andere Maßstab präziser umschreiben könnte, inwieweit ein Gewerbe „stromintensiv“ ist. Gewisse Unschärfen sind unvermeidbar und angesichts des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers gerade im Bereich der Wirtschaftslenkung verfassungsrechtlich hinzunehmen.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist schließlich die Neuregelung des § 41 Abs. 3 EEG zu beachten. Es werden verschiedene Schwellen gebildet:

- Stromanteil bis 1 Gigawattstunde: keine Reduzierung der EEG-Umlage
- Stromanteil von über 1 bis 10 Gigawattstunden: Reduzierung auf 10 Prozent der EEG-Umlage
- Stromanteil von über 10 bis 100 Gigawattstunden: Reduzierung auf 1 Prozent der EEG-Umlage
- Stromanteil über 100 Gigawattstunden: 0,05 Cent pro kWh.

<sup>39</sup> Im Einzelnen *Manssen*, Staatsrecht II (Fn. 7), Rn. 839.

<sup>40</sup> Anderes gilt etwa bei der Bemessung von Hartz-IV-Sätzen, siehe BVerfG, Beschl. v. 09.02.2010, E 125, 175 ff., oder der Bestimmung der Höhe der Rundfunkgebühr, siehe BVerfG, Beschl. v. 11.09.2007, E 119, 181 ff. Dies sind jedoch nicht verallgemeinerungsfähige Sondertatbestände zur Sicherung von Existenzminimum (Hartz-IV) und Staatsfreiheit der Rundfunkanstalten.

- Stromverbrauch mindestens 100 Gigawattstunden und mehr als 20 Prozent Anteil der Stromkosten an der Bruttowertschöpfung: 0,05 Cent pro kWh.

Die Privilegierung hängt also anders als bei der 14 %-Grenze für den Anteil an der Bruttowertschöpfung nicht an wenigen Kilowattstunden Stromverbrauch. Sie tritt gleitend ein. Mögliche Härten, die unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes problematisch sein könnten, werden insofern vermieden.

Schließlich ist für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit noch Folgendes zu beachten: Die EEG-Umlage ist umso niedriger, je höher der Stromverbrauch ist. Auch die privilegierten Unternehmen tragen deshalb – wenn auch in gegenüber der Normalbelastung pro Kilowattstunde reduziertem Umfang – zur Tragung der Kosten des Ausbaus der erneuerbaren Energien bei. Würden energieintensive Unternehmen in Deutschland wegen der Höhe der Strompreise nicht mehr produzieren, würde deren – reduzierter – Beitrag zur Deckung der EEG-Kosten wegfallen und die EEG-Umlage für die anderen Stromverbraucher weiter steigen. Es ist deshalb keineswegs zwingend anzunehmen, dass ein Wegfall der Privilegierung die EEG-Umlage der nicht privilegierten Stromverbraucher sinken ließe. Eine solche Überlegung würde nur bei einer statischen Betrachtungsweise zutreffend sein, die außer Acht ließe, dass stromintensive Unternehmen gegebenenfalls den Standort Deutschland aufgeben. Insgesamt lässt sich ein Verfassungsverstoß unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes nicht feststellen.

#### **IV. Beurteilung der EEG-Umlage aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht**

##### *1. Der bisherige Diskussionsstand*

Die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Förderung erneuerbarer Energien ist in der Vergangenheit bereits ausführlich diskutiert worden. Insbesondere die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des sog. Kohlepfennig hat Überlegungen angestoßen, ob nicht die subventionierten Strompreisvergütungen nach dem Stromeinspeisungsgesetz und später nach dem EEG ebenfalls verfassungswidrig sind<sup>41</sup>. Im Kern hat das BVerfG in der Entscheidung zum sog. Kohlepfennig entschieden, dass die Belastung von Stromverbrauchern zur Förderung des Steinkohleinsatzes bei der Stromförderung nicht als Sonderabgabe ausgestaltet werden kann. Die Stromverbraucher hätten keine besondere Finanzierungsverantwortung für die Förderung der Steinkohle<sup>42</sup>.

Die Übertragung dieser Erkenntnisse auf die erneuerbaren Energien liegt nicht fern. Auch die Förderung von „Ökostrom“ ist eine Aufgabe der Allgemeinheit, die nicht der Verantwortung der Gruppe der Stromverbraucher obliegt und deshalb auch nicht durch eine Sonderabgabe finanziert werden kann. Hierüber besteht im Wesentlichen Einigkeit. Voraussetzung für eine Übertragung der Rechtsprechung zum Kohlepfennig wäre allerdings, dass die EEG-Umlage als Sonderabgabe im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu qualifizieren wäre. Dies ist für die isolierte Pflicht zur Stromeinspeisung und garantierte Vergütung zugunsten der Betreiber von Anlagen für erneuerbare Energien überwiegend verneint worden. Das BVerfG hat sich zur Frage der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der garantierten Einspeisevergütung nach dem EEG und der EEG-Umlage bisher eher am Rande und nicht abschließend geäußert. Die Entscheidungen betreffen zudem die frühere

<sup>41</sup> Zur Verfassungswidrigkeit der Ausgleichsabgabe nach dem Dritten Verstromungsgesetz (sog. Kohlepfennig), siehe BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186 ff. Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit wurden vor allem von *Arndt* vorgebracht, siehe RdE 1995, 41 ff.; vgl. weiterhin *Pohlmann*, NJW 1997, 545 ff. Überwiegend wurde aber in der Literatur davon ausgegangen, eine Sonderabgabe liege nicht vor, siehe *Ossenbühl*, ET 1996, 94 ff.; *Scholz*, ET 1995, 600 ff.; *J.-P. Schneider*, ZNER 1003, 93 ff.; *Koch/Schütte*, ZNER 1998, 3 ff.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/203.

Rechtslage lange vor der Zeit der Einführung einer einheitlichen EEG-Umlage. Von zwei Instanzgerichten vorgenommene Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG wurden als unzulässig zurückgewiesen. Sie betrafen beide die Vergütung nach dem Stromeinspeisungsgesetz, also die Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung von Ökostrom für die Energieversorgungsunternehmen zu einem gesetzlich fixierten Preis in ihrem regionalen Bereich<sup>43</sup>.

Im ersten Beschluss wurde beanstandet, dass das Gericht die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Normen des Stromeinspeisungsgesetzes nicht hinreichend begründet habe. Bei der zweiten Vorlage fehlte es schon an der Entscheidungserheblichkeit der Verfassungsmäßigkeit der Norm. So war das vorlegende Gericht örtlich unzuständig und es wurde ebenfalls beanstandet, dass es an einer hinreichenden Begründung der Verfassungswidrigkeit mangelte. Obwohl die Vorlagen damit schon aus prozessualen Gründen zurückgewiesen wurden, lassen die Begründungen der Kammer des BVerfG gleichwohl erkennen, dass nach damaligem Rechtszustand wohl keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestanden. Im Vorlagebeschluss zur Entscheidung von 1996 hatte das vorlegende Landgericht die Auffassung vertreten, die Subventionierung der Erzeuger regenerativer Energien sei vom Gesetzgeber zwar nicht als Sonderabgabe ausgestaltet worden. Die Belastungswirkung für die Verpflichteten und die Förderwirkung für die Begünstigten unterscheide sich aber nicht von den Wirkungen, die im Falle einer Subventionierung über einen Sonderfonds eintreten würden. Der Gesetzgeber hätte das verfolgte Ziel auch durch eine Sonderabgabe erreichen können. Dass diese Begründung des Landgerichts zu kurz griff, war offensichtlich. Dass etwas auch als Sonderabgabe hätte ausgestaltet werden können, bedeutet nicht, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Sonderabgaben eingehalten werden müssen. Solange kein Formmissbrauch gegeben ist, gelten die Anforderungen für die Gestaltung, die der Gesetzgeber gewählt hat. Die erkennende Kammer des BVerfG formulierte dies folgendermaßen: Es sei zu unterscheiden zwischen Mittel und Ziel staatlichen Handelns. Auch wenn Ziel und Belastungswirkung identisch seien, könnten nicht unbeschaden finanzverfassungsrechtliche Maßstäbe auf eine reine Preisregelung angewendet werden<sup>44</sup>.

Entscheidend für die weitere Diskussion auch der Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage in der Fassung des Neuregelungsgesetzes ist auf der Grundlage der bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung des BVerfG also die Abgrenzung einer Preisfestsetzung von einer Sonderabgabe. Die Rechtsprechung des BVerfG hat auch in der Folgezeit bestätigt, dass die Maßstäbe, die für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben gelten, nicht auf staatliche Preisreglementierungen wie Mindestvergütungen oder Zwangsrabatte anzuwenden sind<sup>45</sup>. Die Kammer des BVerfG weist in der Entscheidung von 1996 in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung darauf hin, dass die Qualifizierung der zu zahlenden Vergütung als Sonderabgabe voraussetzen würde, dass es sich um eine „öffentliche Abgabe“ handelt. Da ein öffentlich-rechtlicher Sonderfonds gerade nicht eingerichtet wurde, käme es darauf an, eine „Aufkommenswirkung“ zugunsten der öffentlichen Hand näher zu begründen. Nur dann könne von einer öffentlichen Abgabe ausgegangen werden. Weiterhin sei nicht jede Abgabe eine Sonderabgabe. Eine Sonderabgabe sei ein Tatbestand mit Warnfunktion, dem bei Vorliegen der Voraussetzungen rechtfertigende Kraft zukäme. Neben der grundrechtlichen Betroffenheit sei das Aufkom-

<sup>43</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 ff.; Beschl. v. 17.05.2002 – 2 C 350/96 (unveröffentlicht).

<sup>44</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105/106.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005, E 114, 196/249 f.

men aus einer Sonderabgabe haushaltsflüchtig und durch die Inanspruchnahme einer Sachkompetenz von den Vorgaben der Finanzverfassung gelöst<sup>46</sup>.

Im Detail sind die Vorgaben des BVerfG nicht nur in dieser Entscheidung interpretationsbedürftig. So ist der Begriff der „Aufkommenswirkung“ unklar<sup>47</sup>. Eine Aufkommenswirkung wird man dann annehmen können, wenn sich das hoheitliche Gemeinwesen mit der Abgabe die Verfügungsgewalt über Finanzmittel verschafft, auch ohne dass die Abgabe in den Haushalt oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen fließt. Das Vorliegen jedenfalls eines „Fonds“ wird gerade nicht verlangt, sonst wäre der Hinweis der Kammer auf eine „Aufkommenswirkung“ überflüssig gewesen. Es hätte gereicht zu sagen: „Ohne staatlichen Fonds gibt es keine Sonderabgabe“. Dies hat das Gericht zu Recht nicht festgestellt. Wenn schon die Nichteinrichtung eines Fonds ausreichen würde, damit keine öffentliche Abgabe vorliegt, wäre eine Umgehung leicht möglich. Es bräuchte nur durch Indienstnahme Privater ein vergleichbares Einnahmen- und Ausgabensystem eingerichtet werden. Soweit deshalb aufgrund staatlicher Vorgaben Private die Verwaltung der Einnahmen und Ausgaben aus einer Abgabe nach entsprechenden legislativen und administrativen Vorgaben übernehmen, bedarf es keiner formellen Zuordnung der zu erzielenden Einnahmen zu einem staatlichen Sondervermögen. Dass nicht jede Abgabe außerhalb der Steuer eine Sonderabgabe ist und insoweit weitere Erwägungen erforderlich sind, entspricht hingegen der bisherigen Rechtsprechung. Es gibt Zahlungspflichten, die nicht als Sonderabgabe, sondern als „sonstige Abgabe“ qualifiziert werden, weil sie die bundesstaatliche Finanzverfassung nicht gefährden. Deshalb wird bei solchen sonstigen Abgaben auch nicht verlangt, dass die besonderen Rechtfertigungsmerkmale für die Sonderabgabe vorliegen<sup>48</sup>.

Letztlich wird die Einordnung einer Abgabe als „Sonderabgabe“ vom BVerfG dann vorgenommen, wenn eine Infragestellung oder Gefährdung der bundesstaatlichen Finanzverfassung vorliegen kann. Auch hierfür kann noch einmal die Entscheidung zum sog. Kohlepfeinig zitiert werden<sup>49</sup>: „Wählt der Gesetzgeber als Finanzierungsmittel für eine öffentliche Aufgabe die Sonderabgabe, weicht er von drei grundlegenden Prinzipien der Finanzverfassung ab. Er beansprucht zur Auferlegung von Abgaben eine Gesetzgebungskompetenz außerhalb der Finanzverfassung und stellt damit einen der tragenden Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes in Frage [vgl. BVerfGE 55, 274 (300 f.)]. Er gefährdet durch den haushaltsflüchtigen Ertrag der Sonderabgabe das Budgetrecht des Parlaments und berührt damit auch die an den Staatshaushalt anknüpfenden Regelungen für den Finanzausgleich, die Stabilitätspolitik, die Verschuldensgrenze, Rechnungslegung und Rechnungsprüfung. Schließlich verschiebt er die Belastung der Abgabepflichtigen von der Gemeinlast zu einer die Belastungsgleichheit der Bürger in Frage stellenden besonderen Finanzierungsverantwortlichkeit für eine Sachaufgabe. Zwar führt die Abweichung von den genannten Prinzipien nicht ausnahmslos zur Verfassungswidrigkeit einer Abgabe. Doch muss, um die bundesstaatliche Finanzverfassung wie auch die Budgethoheit des Parlaments vor Störungen zu schützen und den Erfordernissen des Individualschutzes der Steuerpflichtigen im Blick auf die Belastungsgleichheit Rechnung zu tragen, die Sonderabgabe engen Grenzen unterliegen; sie muss deshalb eine seltene Ausnahme bleiben.“

<sup>46</sup> Der zweite Beschl. des BVerfG v. 17.05.2002 – 2 C 350/96 nimmt hierauf Bezug.

<sup>47</sup> Der Begriff taucht ansonsten in der Rechtsprechung des BVerfG kaum auf. Vgl. weiterhin BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005, E 114, 196/249: „Der zentrale Grundtatbestand der staatlichen Einnahme erfordert sowohl eine private Belastungswirkung als auch eine hoheitlich zurechenbare, öffentliche Aufkommenswirkung.“ Dies ist soweit ersichtlich die einzige Stelle, an der der Begriff noch verwendet wird (juris-Abfrage, 09.11.2011, 15.45 Uhr).

<sup>48</sup> Beispiel hierfür: Fehlbelegungsabgabe im Wohnungsbau, siehe BVerfG, Beschl. v. 08.06.1988, E 78, 249 ff.

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/202 (Abs. 78).

Für das Vorliegen einer Sonderabgabe müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Es muss eine öffentliche Abgabe vorliegen. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand erreicht wird. Eine reine Preisregelung genügt nicht.
- Nicht erforderlich ist, dass ein öffentlich-rechtlicher Sonderfonds gebildet wird.
- In Abgrenzung von Sonderabgaben und „sonstigen Abgaben“ gilt:
  - Die Sonderabgabe hat Grundrechtsrelevanz.
  - Die Sonderabgabe ist haushaltsflüchtig.
  - Die Sonderabgabe wird aufgrund einer Sachkompetenz erhoben und gefährdet die finanzverfassungsrechtlichen Grundlagen.

## 2. Die Einordnung der EEG-Umlage als Sonderabgabe

### a) Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand

Die Bestimmungen des früheren Stromeinspeisungsgesetzes, mit denen sich mittelbar die bisher vorliegenden Beschlüsse des BVerfG auseinandersetzen mussten, waren eine Preisregelung. Die Netzbetreiber mussten den Strom abnehmen und zu einem bestimmten Preis vergüten. Die Kostentragung war ihr betriebswirtschaftliches Problem. Preisregelungen und öffentliche Abgaben unterscheiden sich dadurch, dass der Gesetzgeber bei einer Preisregelung einen privaten Vorgang zum Anlass nimmt, den aus seiner Sicht richtigen Preis hoheitlich festzuschreiben (z.B. Buchpreisbindung, Mindestlohn). Seine Regelungen sind punktuell. Nicht geregelt wird, welches Gesamtaufkommen zu erbringen ist. Grundsätzlich bleibt die Refinanzierung des nicht marktgerechten Vorgangs Sache der Privaten. Ob mögliche Mehrkosten ganz oder teilweise auf die Kunden abgewälzt werden, bleibt ihrer Entscheidung überlassen. Von einer öffentlichen Abgabe wird man hingegen auszugehen haben, wenn der Gesetzgeber bestimmt, wie viel Geld gebraucht und wie viel deshalb von wem zu zahlen ist. Er bestimmt den Geldfluss auf der Einnahme- und auf der Ausgabeseite. Dies muss nicht unbedingt komplett durch zwingende Normen geschehen. Die Überwälzung der Abgabe kann – wie vom BVerfG in der Kohlepfennig-Entscheidung ausgedrückt – vom Gesetz nach Regelungsgehalt und flankierenden Vorrichtungen sichergestellt sein<sup>50</sup>.

Dann entsteht der Effekt, der nach verfassungsrechtlichen Kriterien wie eine Abgabe in ein staatliches Sondervermögen zu beurteilen ist. Ein öffentlicher Zweck wird verfolgt, das dazu nötige Finanzvolumen wird ermittelt und die Belastung erfolgt nach entsprechenden gesetzgeberischen und administrativen Vorgaben. Betrachtet man nun die sog. Ausgleichsmechanismusverordnung<sup>51</sup>, so spricht viel für das Vorliegen einer öffentlichen Abgabe.

Die maßgeblichen Inhalte der Verordnung sind:

- Die Verordnung regelt den Ausgleich zwischen Übertragungsnetzbetreibern untereinander und zwischen Übertragungsnetzbetreibern und Energieversorgungsunternehmen (daher die Bezeichnung „Ausgleichsmechanismusverordnung“). Die Weitergabe an den Endverbraucher ist nicht unmittelbarer Gegenstand der Verordnung. Die Verordnung ist aber in Zusammenschau mit den Re-

<sup>50</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/203.

<sup>51</sup> Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus – Ausgleichsmechanismusverordnung vom 17.07.2009, BGBl. I, S. 2101, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 28.07.2011, BGBl. I, S. 1634 (das hier behandelte Neuregelungsgesetz).

gelungen des EEG – wie schon ausgeführt – auf eine Überwälzung auf den Verbraucher angelegt.

- § 1 AusglMechV ersetzt die bisherige Abnahme und Vergütung des „Ökostroms“ durch den Aufwendersatz (EEG-Umlage).
- § 3 AusglMechV regelt die Ermittlung der EEG-Umlage. Sie erfolgt durch die Übertragungsnetzbetreiber in Cent pro an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher gelieferter Kilowattstunde (§ 3 Abs. 2 S. 2 AusglMechV), was erneut zeigt, dass die Überwälzung auf den Verbraucher Ziel von Gesetz und Verordnung ist.
- § 3 AusglMechV regelt weiterhin die Einnahmen und Ausgaben, die anzusetzen sind. Vereinfacht ausgedrückt wird die Differenz aus Einnahmen und Ausgaben bei der Vermarktung von EEG-Strom auf den Stromverbrauch umgelegt.
- § 4 AusglMechV enthält Vorgaben für die Prognose der Einnahmen und Ausgaben.
- Nach § 10 der AusglMechV überwacht die Bundesnetzagentur die Ermittlung, Festlegung, Veröffentlichung und Weitergabe der EEG-Umlage.
- Die Höhe der EEG-Umlage hängt schließlich noch davon ab, welche Entscheidungen das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle in Anwendung der Besonderen Ausgleichsregelung trifft (§ 6 AusglMechV, Privilegierung stromintensiver Unternehmen).

Es lässt sich also festhalten, dass die EEG-Umlage mit dem Ziel einer entsprechenden Belastung der Verbraucherinnen und Verbraucher unter Aufsicht einer staatlichen Behörde (Bundesnetzagentur) von privaten Unternehmen festgelegt wird. Es besteht kein Entscheidungsspielraum der Übertragungsnetzbetreiber. Sie können nicht privatautonom entscheiden, ob und inwieweit die Umlage erhoben wird. Vielmehr vollziehen sie unter Aufsicht der Bundesnetzagentur eine Rechenübung. Die Übertragungsnetzbetreiber ermitteln den Finanzierungsbedarf und daraus die Höhe der EEG-Umlage. Die EEG-Umlage fließt zwar nicht in ein staatliches Sondervermögen. Das ist aber nach der Rechtsprechung des BVerfG – wie ausgeführt – auch nicht nötig, um von einer öffentlichen Abgabe auszugehen. Sie dient der Deckung des Finanzbedarfs, der sich aus der öffentlichen Aufgabe der Förderung erneuerbarer Energien ergibt. Es handelt sich damit nicht um eine Preis- oder Abnahmeregelung, die punktuell privatrechtliche Rechtsbeziehungen betrifft, um allgemeine öffentliche Zwecke zu fördern, sondern um ein staatliches Finanzierungsinstrument. Sie hat „Aufkommenswirkung“ und erfüllt damit die erste sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ergebende Anforderung für Sonderabgaben.

#### b) Anwendbarkeit der Kriterien für Sonderabgaben

Kompetenzrechtliche Grundlage für das EEG ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Recht der Wirtschaft, insbesondere Energiewirtschaft). Für die Erhebung der Umlage wird keine Gesetzgebungskompetenz nach dem Finanzverfassungsrecht (Art. 105 ff. GG) vom Bund in Anspruch genommen. Damit besteht die Möglichkeit einer Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Kompetenzordnung. Die EEG-Umlage wird nicht in den Bundeshaushalt eingestellt. Sie ist daher „haushaltsflüchtig“. Auch an ihrer Grundrechtsrelevanz lässt sich nicht zweifeln. Die privaten Verbraucherinnen und Verbraucher werden pro Jahr mit mehreren hundert Euro über die Stromrechnung belastet, die gewerblichen Unternehmen entsprechend ihrem Stromverbrauch. Die Belastung erfolgt unabhängig von der Leistungsfähigkeit rein nach dem Stromverbrauch. Begünstigte des Systems sind vor allem Anlagenbetreiber, also Finanzinvestoren oder Hausbesitzer, die beispielsweise Photovoltaikanlagen betreiben. Die EEG-Umlage hat damit eine nicht unerhebliche Einkommens-

und Vermögensverteilungswirkung. Man kann den Vorwurf erheben, es komme zu einer Umverteilung von „arm“ zu „reich“.

Dass es sich nicht um eine „Quantité négligeable“ handelt, zeigen die aktuellen Prognosen (für die die Effekte des Neuregelungsgesetzes noch gar nicht zum Tragen kommen, siehe oben). Für das Jahr 2012 wird von folgenden Beträgen ausgegangen<sup>52</sup>:

Zahlungen an Anlagenbetreiber (Einspeisevergütung): 17,6 Mrd. Euro

Erlöse aus der Vermarktung: 4,9 Mrd. Euro

Defizit, das über die EEG-Umlage zu decken ist: 12,7 Mrd. Euro

EEG-Umlage 2011: 3,592 Cent/kWh.

Die EEG-Umlage beeinflusst die Einnahmen aus Einkommens- und Körperschaftssteuer der nicht privaten Stromabnehmer und schmälert damit auch die Einnahmen der Bundesländer (Gemeinschaftssteuern nach Art. 106 Abs. 3 GG). Die vom EEG veranlassten Zahlungsströme führen zu erheblichen Diskrepanzen zwischen den Bundesländern. Für das Jahr 2010 wird davon ausgegangen, dass sich für Bayern ein Überschuss von 1,014 Mrd. Euro, für Nordrhein-Westfalen hingegen ein Defizit von 1,347 Mrd. Euro ergibt<sup>53</sup>.

Es treten damit die Gefahren auf, die das BVerfG in seiner Kohlepfennig-Entscheidung beschrieben hat: Infragestellung der Kompetenzordnung der Finanzverfassung, Aushöhlung des Budgetrechts des Parlamentes, Beeinflussung von Finanzausgleich, Stabilitätspolitik, Rechnungslegung und Rechnungsprüfung sowie vor allem eine Verschiebung der öffentlichen Aufgabe des Einstiegs in erneuerbare Energien von einer Gemeinlast zu einer Sonderlast der Stromverbraucherinnen und Stromverbraucher<sup>54</sup>.

Die EEG-Umlage ist deshalb keine finanzverfassungsrechtlich zu vernachlässigende „sonstige Abgabe“, sondern eine „Sonderabgabe“ im Sinne der Rechtsprechung.

c) Zulässigkeit der EEG-Umlage als Sonderabgabe

Prüft man die EEG-Umlage an den Voraussetzungen für Sonderabgaben, ist ihre finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit aus den gleichen Gründen wie bei der Entscheidung zum Kohlepfennig zu verneinen. Es handelt sich um eine Finanzierungsabgabe. Es fehlt an Gruppenhomogenität und Gruppenverantwortung für den verfolgten Zweck.

- Die EEG-Umlage betrifft die Allgemeinheit von Stromverbrauchern, sie werden durch die Abgabe materiell belastet<sup>55</sup>.
- Bei den Stromversorgern und Netzbetreibern ist die EEG-Umlage ein durchlaufender Posten<sup>56</sup>.
- Die Stromverbraucher bilden eine den Trägern von Verbrauchsteuern ähnliche Allgemeinheit von Betroffenen, die als solche keine besondere Finanzierungsverantwortung für die Förderung erneuerbarer Energien trifft<sup>57</sup>.
- Die Sicherung einer umweltfreundlichen Stromerzeugung ist eine Gemeinwohlaufgabe des Parlamentes, das Finanzierungsinstrument hierfür die Steuer<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Quelle: [http://www.photovoltaikeu/nachrichten/details/beitrag/eeg-umlage-2012-nur-0-062-centher\\_100006249/](http://www.photovoltaikeu/nachrichten/details/beitrag/eeg-umlage-2012-nur-0-062-centher_100006249/), Abfrage am 11.11.2011, 11.15 Uhr.

<sup>53</sup> Vgl. BDEW, Energie-Info, a.a.O., S. 42.

<sup>54</sup> Siehe dazu nochmals BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/202.

<sup>55</sup> Dies wurde bereits mehrfach ausgeführt, siehe BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/203.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/205.

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/205.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/206.

Das Finanzverfassungsrecht zwingt deshalb dazu, dass der Haushaltsgesetzgeber die finanziellen Wirkungen der Förderung erneuerbarer Energien verantworten muss. Der vom EEG gewählte Weg über eine Sonderabgabe ist verfassungswidrig.

#### V. Weitere Überlegungen

Die sog. EEG-Umlage ist spätestens seit Einführung der sog. neuen Wälzung zum 01.01.2010 eine Sonderabgabe im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG. Sie erfüllt nicht die Kriterien für Finanzierungsabgaben und ist damit verfassungswidrig. Dies bedeutet, dass der zentrale Teil des EEG in der Fassung des Neuregelungsgesetzes und damit das gesamte EEG verfassungswidrig ist. Die Verfolgung verfassungsrechtlicher Rechtsbehelfe gegen das EEG ist deshalb anzuraten. Insbesondere könnte – ähnlich wie beim sog. Kohlepfennig – versucht werden, über eine Urteilsverfassungsbeschwerde eine Prüfung durch das BVerfG zu erreichen. Falls das BVerfG die hier vertretene Einordnung der EEG-Umlage als Sonderabgabe bestätigt, wäre das EEG insoweit für verfassungswidrig zu erklären und der Gesetzgeber zu einer Neuregelung zu verpflichten<sup>59</sup>.

Die Förderung der erneuerbaren Energien könnte – wiederum wie beim Wegfall des sog. Kohlepfennigs – künftig aus Steuermitteln erfolgen<sup>60</sup>. Die Refinanzierung der entstehenden Kosten könnte beispielsweise durch eine Erhöhung der Stromsteuer erfolgen, was wirtschaftlich für die Verbraucherinnen und Verbraucher eine ähnliche Belastung wie die EEG-Umlage zur Folge haben könnte<sup>61</sup>.

Auf den Prüfstand des Europarechts müssten in diesem Fall allerdings die Ausgleichsregelungen für stromintensive Unternehmen und Schienenbahnen. Eine steuerrechtliche Privilegierung entsprechend den bisherigen Regelungen für die EEG-Umlage wäre eine staatliche Beihilfe nach Art. 107 ff. AEUV. Sie müsste bei der Kommission notifiziert werden (Art. 108 AEUV). Erfahrungsgemäß achtet die Kommission stärker auf eine an einem fairen Wettbewerb orientierte Ausgestaltung von staatlichen Beihilfen als der nationale Gesetzgeber.

<sup>59</sup> Eine Nichtigerklärung kommt ähnlich wie in der Entscheidung sog. Kohlepfennig nicht in Betracht, weil ansonsten die Rechtsgrundlage für die Förderung von erneuerbaren Energien komplett wegfallen würde. Vgl. dazu nochmals BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994, E 91, 186/207.

<sup>60</sup> Siehe das Gesetz zur Umstellung der Steinkohleverstromung ab 1996, BGBl. I (1995), S. 1638. Dort wurde in Art. 5 das Gesetz zur Steinkohleverstromung ab 1996 (Fünftes Verstromungsgesetz) erlassen, das eine Bezuschussung der Steinkohleverstromung aus Bundesmitteln regelte.

<sup>61</sup> Bei Einführung der Stromsteuer wurde in der Literatur der Verdacht geäußert, es ginge darum, die finanziellen Folgen aus dem Urteil des BVerfG zum sog. Kohlepfennig auszugleichen, siehe *Gröpl*, DÖV 2001, 199 ff.