

mit begründet, dass die Akteneinsicht im Rahmen hoheitlicher (Steuer-)Verwaltung, also in einem vom Steuergeheimnis umfassten Bereich, stattfindet. Die Beschränkung auf Amtsträger gewährleistet den „verlängerten Schutz des Steuergeheimnisses“⁷⁰, weil der Gemeindebedienstete seinerseits der strafbewehrten Pflicht zur Wahrung des Steuergeheimnisses (§ 355 StGB) unterliegt.

Diese Auslegung des § 21 Abs. 3 FVG sichert die Schutzbelange der Steuerpflichtigen durch Verlängerung des Steuergeheimnisses hinreichend. Sie ist ein Gegengewicht in persönlicher Hinsicht zur weitreichenden inhaltlichen Offenbarungsbefugnis insbesondere in Gewerbesteuerangelegenheiten nach § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO i. V. m. § 21 Abs. 3 FVG (s. IV.). Gerade wegen der Beschränkung der kommunalen Rechte aus § 21 Abs. 3 FVG auf Amtsträger der Gemeinde besteht kein weiteres Schutzbedürfnis für die Steuerpflichtigen und somit für das Finanzamt auch keine daraus resultierende, die Informationsrechte der Gemeinden weitergehend einschränkende Befugnis, wie z. B. eine Schwärzungsbefugnis.

wahrnehmen kann, mangels Zerlegungsmöglichkeit im Streitfall nicht zu entscheiden (vgl. BFH, Urt. v. 21.7.1999, I R 111/98, NVwZ 2000, 838).

70 *Drüen* (Fn. 53), § 30 AO Tz. 40.

V. Fazit

Liegt die materielle Kernverwaltungskompetenz für die Gewerbesteuer und die Grundsteuer bei den Landesfinanzbehörden, so räumt § 21 Abs. 3 FVG der ertragsberechtigten Gemeinde Informations- und Teilhaberechte im staatlichen Besteuerungsverfahren ein. Den kommunalen Rechten kann nicht pauschal der Schutz des Steuergeheimnisses (§ 30 AO) entgegengehalten werden. Denn trotz des Steuergeheimnisses dürfen geschützte Daten der betroffenen Steuerpflichtigen offenbart werden, soweit ein gesetzlicher Offenbarungstatbestand eingreift (§ 30 Abs. 4 AO). Die kommunalen Informationsrechte nach § 21 Abs. 3 FVG erfüllen unzweifelhaft diese Voraussetzung. Darum ist der in der Literatur vertretene Abwägungsansatz verfehlt. Angesichts der gesetzlichen Offenbarungsbefugnis fehlt für eine die gesetzliche Wertung konterkarierende Abwägung im Einzelfall schlicht die rechtliche Grundlage. Der Gemeinde sind darum alle relevanten Fakten der sie betreffenden Realsteuern zugänglich zu machen, aber auch nur solche. Die kommunalen Informationsrechte stehen ausschließlich den Gemeindebediensteten zu, die ihrerseits zur Wahrung des Steuergeheimnisses verpflichtet sind. Eine Delegation auf externe Sachverständige ist nicht zulässig. Insgesamt dienen die Informationsrechte der ertragsberechtigten Gemeinden im staatlichen Besteuerungsverfahren ihren finanziellen Interessen, aber zugleich auch der Sicherung der Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung.

Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe

Von Universitätsprofessor Dr. Gerrit Manssen, Regensburg*

Die Finanzierung der Kosten des Ausbaus der regenerativen Energien über die Stromrechnung der Verbraucher erfolgt seit dem 1. Januar 2010 nicht mehr indirekt in Form von Abnahme- und Vergütungsregelungen, sondern durch eine bundeseinheitliche Umlage (sog. EEG-Umlage), die die Kosten der Vermarktung des Ökostroms durch die Übertragungsnetzbetreiber ausgleicht. Sie wird von diesen unter Aufsicht der Bundesnetzagentur jährlich einheitlich festgesetzt. Die erhebliche finanzielle Bedeutung der Umlage führt zu der Annahme, dass es sich um eine Finanzierungs-sonderabgabe handelt. Sie ist – genau wie der frühere Kohlepfennig – verfassungswidrig.

I. Die Förderung erneuerbarer Energien in der bisherigen Diskussion

1. Die Kosten für die Energiewende

Die von der Bundesregierung nach der Havarie der Atomreaktoren in Fukushima ausgerufenen Energiewende kos-

tet vor allem Geld. Die öffentlichen Haushalte sollen nach dem Willen von Parlament und Bundesregierung jedoch nicht belastet werden. Der angestrebte verstärkte Ausbau der regenerativen Energien¹ wird deshalb nach bewährtem Muster über die Stromrechnung vorgenommen. Die Anlagenbetreiber erhalten von den Energieversorgungsunternehmen eine garantierte Einspeisevergütung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Die dadurch entstehenden Kosten werden über die EEG-Umlage ausgeglichen, die von den Stromverbrauchern zu tragen ist. Für das Jahr 2012 beträgt sie knapp 3,6 ct/kWh. Ein signifikanter Anstieg für das Jahr 2013 und die Folgejahre ist zu erwarten. Teilweise wird davon ausgegangen, die Umlage steige bis 2025 auf 6 ct/kWh,² wobei zu beachten ist,

1 Zu den Ausbauzielen s. BT-Drs. 17/6071: Der Anteil erneuerbarer Energien soll bis 2020 auf mindestens 35 %, bis 2030 auf mindestens 50 %, bis 2040 auf mindestens 65 % und bis 2050 auf mindestens 80 % ansteigen.

2 Siehe 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.), *Kosten des Ausbaus der erneuerbaren Energien*, 2011. Optimistischer sind die Annahmen der Bundesregierung, s. BT-Drs. 17/6071, S. 2 f. und S. 50.

* *Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Regensburg.*

dass sich die meisten Prognosen in der Vergangenheit als zu niedrig herausgestellt haben. Begonnen hatte man im Jahr 2000 einmal mit einem rechnerischen Betrag von 0,2 ct/kWh.³ Der Anteil an den Stromkosten ist seitdem von 1,5 Prozent auf 15 Prozent gestiegen, die EEG-Strommenge von 13,8 GWh im Jahr 2000 auf ca. 121 GWh im Jahr 2012.⁴ Die bisherige Durchschnittsbelastung eines privaten Haushalts von ca. 150 Euro pro Jahr wird also weiter steigen, ebenso die Belastung von Gewerbe und Industrie. Die im August 2011 beschlossene Neuregelung des EEG wird sich in der EEG-Umlage erst im Jahr 2013 widerspiegeln.⁵ Die weitere Entwicklung hängt entscheidend davon ab, wie viele neue Anlagen zur Erzeugung regenerativer Energien in den nächsten Jahren ans Netz gehen werden.

2. Die erfolglose bisherige Kritik an der Stromeinspeisung und Durchleitung zu garantierten Preisen

Rechtliche Kritik an der Förderung der erneuerbaren Energien über Abnahme- und Vergütungsgarantien gab es und gibt es. Sie fußt zum Teil auf der Annahme, das Gesetz verstoße gegen Grundrechte.⁶ Eine andere Stoßrichtung zielt auf das Haushaltsrecht. Analog zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Kohlepfennig⁷ wurde bereits Ende der 1990er Jahre zum Vorgängergesetz des EEG, dem Stromeinspeisungsgesetz,⁸ argumentiert, es läge eine unzulässige Sonderabgabe vor; die Förderung erneuerbarer Energien sei eine öffentliche Aufgabe, die aus Steuermitteln und nicht durch eine Abgabe zu finanzieren sei.⁹ Seit einigen Jahren ist die Diskussion aber weitgehend verebbt. Das Bundesverfassungsgericht hat weder Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG noch Verfassungsbeschwerden angenommen, die die Verfassungswidrigkeit des früheren Stromeinspeisungsgesetzes bzw. des EEG aus dem einen oder anderen Grund zu begründen versuchten.¹⁰ Der Bundesgerichtshof hat die Verfassungsmäßigkeit der Abnahme- und Vergütungspflichten nach dem EEG bestätigt.¹¹

Auch die Literatur hat dem EEG überwiegend seinen verfassungsrechtlichen Segen erteilt.¹² Die grundrechtlichen

Bedenken konnten schon wegen des weiteren Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers im Wirtschaftsrecht kaum überzeugen.¹³ Insbesondere der Einwand, der Ausbau müsse aus Haushaltsmitteln finanziert werden,¹⁴ verfiel grundrechtlich nicht. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum sog. Kohlepfennig ausgeführt, dass das Interesse an einer Stromversorgung heute so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot und die Befriedigung eines solchen Interesses eine Gemeinwohlaufgabe des Parlamentes sei und deshalb eine Finanzierung über Steuern zu erfolgen habe.¹⁵ Ein Grundrechtsverstoß kann jedoch nicht daraus hergeleitet werden, dass als milderes Mittel eine Steuerfinanzierung in Betracht kommt.¹⁶ Diese Passage aus der Entscheidung zum Kohlepfennig konnte nur finanzverfassungsrechtlich eingeordnet werden. Anders als beim Kohlepfennig lag bei der Förderung der erneuerbaren Energien aber zunächst (bis zum 1. Januar 2010, dazu sogleich) keine öffentliche Abgabe vor. Die zur Abnahme des Stroms verpflichteten Energieversorgungsunternehmen mussten zunächst die Kosten tragen. Art und Umfang der Weitergabe an Kunden war aber ihre kaufmännische Entscheidung, auch wenn das System der Weiterleitung, des Ausgleichs und der Kostenregelung immer weiter ausdifferenziert und auf eine Überwälzung auf den Endkunden ausgerichtet wurde. Ursprünglich war die Einspeise- und Vergütungsgarantie aber eine Abnahme- und Preisregelung, wie man sie auch sonst im Wirtschaftsrecht kannte und kennt. Führt etwa der Gesetzgeber beispielsweise einen Mindestlohn ein, müssen die betroffenen Unternehmen die dadurch entstehende Belastung gegebenenfalls an ihre Kunden weitergeben. Ob und wie sie dies machen, ist ihre Sache; ein finanzverfassungsrechtliches Problem entsteht dadurch nicht, auch wenn es dem Gesetzgeber offen stünde, als Alternative staatliche Lohnzuschüsse zu geben. Das Bundesverfassungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass zwischen Ziel und Mittel einer staatlichen Maßnahme unterschieden werden müsse.¹⁷ Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe richten sich nicht nach dem Ziel, sondern nach den eingesetzten Mitteln. Die Förderung von erneuerbaren Energien durch Preisregelungen richtet sich nach den grundrechtlichen Anforderungen für Preisregelungen, Subventionen beurteilen sich nach Subventionsrecht, Steuern und Sonderabgaben nach Finanzverfassungsrecht. Dass statt einer Preisregelung auch eine Sonderabgabe in Betracht käme, führt nicht zur Übertragung finanzverfassungsrechtlicher Maßstäbe auf Preisregelungen. Auch in der Folgezeit hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass staatliche Preisregulierungen wie Mindestvergütungen oder Zwangsra-

3 Bis zum Jahr 2009 oblag die Kalkulation der EEG-Umlage den einzelnen Stromlieferanten.

4 Vgl. *Lothar Altrock*, in: Martin Altrock/Volker Oschmann/Christian Theobald (Hrsg.), EEG, Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 37 Rn. 7.

5 Siehe Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.7.2011, BGBl 2011 I S. 1634 ff.

6 Zum Gesamtproblem s. *Claudia Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 79 ff.

7 BVerfGE 91, 186 ff.

8 Gesetz v. 7.12.1990, BGBl 1990 I S. 2633 f.

9 Vgl. *Hans-Wolfgang Arndt*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit subventionierter Vergütungen nach dem Stromeinspeisungsgesetz v. 7.12.1990, RdE 1995, 41 (45).

10 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.1.1996, 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 ff.; Beschl. v. 17.5.2002, 2 C 350/96 (unveröffentlicht).

11 BGH, Urt. v. 22.10.1996, KZR 19/95, NJW 1997, 574 ff.; BGHZ 155, 141 ff.

12 Vgl. *Jens-Peter Schneider*, Verfassungs- und europarechtliche Risiken einer Privilegierung stromintensiver Industrien im Rahmen des Belastungsausgleichs nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz, *Zeitschrift für Neues Energierecht* (ZNER) 2003, 93 ff.; *Hans-Joachim Koch/Peter Schütte*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, ZNER

1998, 3 ff. Zu einer Sonderfrage der Belastungsgleichheit unter den Stromversorgern s. *Fritz Ossenhühl*, Zur Rechtfertigung von Sonderabgaben mit Finanzierungszweck, ET 1996, 94 ff.

13 Siehe auch *Marius Raabe/Niels Meyer*, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz, NJW 2000, 1293 ff.

14 Für eine solche Lösung *Hans-Georg Dederer/Christian Schneller*, Garantierte Stromeinspeisungs-Vergütung versus Zertifikats-Handelsmodell, RdE 2000, 214 (217).

15 BVerfGE 91, 186 (206).

16 BVerfGE 109, 64 (86); s. auch *Gerrit Manssen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 9. Aufl. 2012, Rn. 186.

17 BVerfG, Beschl. v. 9.1.1996, 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 (106).

batte nicht nach den Maßstäben für nichtsteuerliche Abgaben zu beurteilen sind.¹⁸

3. Bestätigung des bisherigen Rechts durch die europäische Ebene

Vom Europarecht erhielten die Kritiker des früheren Stromeinspeisungsgesetzes und des heutigen EEG ebenfalls keine entscheidende Unterstützung. Der Europäische Gerichtshof hatte in seiner (wenig überzeugenden) PreussenElektra-Entscheidung die Vereinbarkeit des früheren Stromeinspeisungsgesetzes mit europäischem Recht bejaht.¹⁹ Für den EuGH bestand die entscheidende Erwägung darin, dass von einer staatlichen Beihilfe (ex Art. 81 EGV, heute Art. 101 AEUV) nur ausgegangen werden könne, wenn es um die mittelbare oder unmittelbare Gewährung von staatlichen Mitteln gehe.²⁰ Umgehungen dergestalt, Abgaben nicht über öffentliche Haushalte fließen zu lassen, wurde damit Tür und Tor geöffnet.²¹ Die mittlerweile in Kraft getretene Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009²² bestätigt zudem die Zulässigkeit nationaler Fördermaßnahmen für erneuerbare Energien.²³ Das deutsche Stromeinspeisungsmodell ist mit dieser Richtlinie jedenfalls hinsichtlich der garantierten Abnahme und Einspeisevergütung gegen europarechtliche Einwände weitgehend abgesichert.

II. Umlage statt Abnahme- und Preisgarantie: Die sog. neue Wälzung

1. Einführung der sog. neuen Wälzung zum 1. Januar 2010

Wenig beachtet worden ist bisher jedoch, dass sich seit dem 1. Januar 2010 eine Änderung ergeben hat, zunächst aufgrund einer Experimentierklausel im EEG (§ 64 Abs. 3 des EEG i. d. F. vom 25. Oktober 2008)²⁴ und der sog. Ausgleichsmechanismusverordnung (AusglMechV)²⁵, nunmehr nach dem neugefassten § 37²⁶ und der ebenfalls geänderten Ausgleichsmechanismusverordnung²⁷. Die bisherige Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber, Strom aus erneuerbaren Energien durchzuleiten und die

Pflicht der Energieversorgungsunternehmen, diesen Strom abzunehmen und zu vergüten (siehe dazu die alte Fassung des § 37 EEG)²⁸, ist abgeschafft worden (§ 1 AusglMechV). Neues Instrument der Refinanzierung ist die sog. neue Wälzung.²⁹ Die Kompensation der Kosten, die durch die Förderung der erneuerbaren Energien bei den Übertragungsnetzbetreibern entstehen, wird nunmehr nahezu vollständig aus dem privatautonomen Bereich herausgenommen. Es wird unter Aufsicht der Bundesnetzagentur (§ 10 AusglMechV) und unter intensiver politischer Begleitung von den Netzbetreibern prognostisch eine bundeseinheitliche Umlage festgelegt. Im Einzelnen erfolgt die Finanzierung der erneuerbaren Energien heute folgendermaßen:

Stufe 1: Der Betreiber einer Anlage zur Erzeugung von erneuerbaren Energien hat gegen den Netzbetreiber einen Anspruch auf Anschluss (§ 5 EEG), Abnahme, Übertragung und Verteilung des angebotenen Stroms (§ 8 EEG) sowie – nicht marktgerechte – Vergütung gemäß gesetzlichen Vorgaben (§§ 16 ff. EEG).

Stufe 2: Der Netzbetreiber hat seinerseits einen Anspruch 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).

Stufe 3: Die Übertragungsnetzbetreiber haben untereinander einen Anspruch auf Abnahme und Vergütung (§§ 16 ff. EEG) entsprechend ihrem Anteil am Strommarkt (§ 36 Abs. 3 EEG). Die Übertragungsnetzbetreiber sind zur Vermarktung des Stroms (§ 37 EEG) verpflichtet.

Stufe 4: Die Übertragungsnetzbetreiber haben einen Anspruch gegen Stromversorgungsunternehmen, die LetztverbraucherInnen beliefern, auf Erstattung der Differenzkosten durch die EEG-Umlage (§ 37 Abs. 2 EEG).

Stufe 5: Die Stromversorgungsunternehmen erheben die EEG-Umlage auf Grundlage der Stromlieferbeziehungen bei den LetztverbraucherInnen und weisen die EEG-Umlage in der Rechnung aus (§ 53 EEG).

Die verfassungsrechtliche Diskussion ist damit neu zu führen. Es muss die Frage gestellt werden, ob sich diese Gestaltung insgesamt noch als verfassungsrechtlich zulässige Abnahme- und Preisregelung darstellt, oder ob nicht vielmehr eine öffentliche Abgabe vorliegt. Die genannten Stufen 1 bis 3 kann man noch als wirtschaftsverwaltungsrechtliche Regelung ohne haushaltsrechtliche Problematik ansehen. Es handelt sich um Preis- und Abnahmeregelungen. Was auf den Stufen 4 und 5 passiert, ist aber finanzverfassungsrechtlich „verdächtig“: Die Übertragungsnetzbetreiber bekommen einen gesetzlich geregelten und administrativ begleiteten Anspruch auf Refinanzierung der entstandenen Kosten. Diese Refinanzierung erfolgt möglichst auf den Euro genau unter Anwendung von Ausgleichsregelungen für Fehlschätzungen (siehe § 3 EEG-AusglMechVO). Für die Unternehmen ist deshalb die Finanzierung der erneuerbaren Energien heute ein durchlaufender Posten. Belastet werden die

18 BVerfGE 114, 196 (249 f).

19 EuGHE 2001, I-2099. Vgl. dazu auch *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, Das PreussenElektra Urteil des EuGH: Freibrief für Abnahme- und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, NVwZ 2001, 768 ff.; *Schneider* (Fn. 12), ZNER 2003, 95 ff.

20 Siehe ausführlicher *Koenig/Kühling* (Fn. 19), NVwZ 2001, 768 ff.

21 Zutreffend kritisch *Sebastian Kreiner*, Luxemburger Sündenfall: Staatlicher Zwang zur Subventionierung von Konkurrenten gemeinschaftsrechtlich zulässig, The European Legal Forum 2000/2001, 312 ff.

22 ABLEU L 140/16.

23 Siehe Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2009/28/EG.

24 BGBl 2008 I S. 2074 ff.

25 Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus, Ausgleichsmechanismusverordnung v. 17.7.2009, BGBl 2009 I S. 2101 ff.

26 Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien v. 28.7.2011, BGBl 2011 I S. 1634 ff.

27 Geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 28.7.2011, BGBl 2011 I S. 1634 ff.

28 Vgl. etwa die Kommentierung von *Altrock* (Fn. 4) zu § 37 EEG.

29 Vgl. BT-Drs. 17/6071, S. 82.

Stromkunden, und zwar in einheitlicher Weise, unabhängig davon, bei welchem Stromanbieter sie ihren Strom kaufen. Es erfolgt unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel eine Indienstnahme der Übertragungsnetzbetreiber für die öffentliche Aufgabe des Umstiegs auf erneuerbare Energien. Der entstehende Finanzbedarf wird mittels Einschaltung der örtlichen Stromversorger von den Stromkunden erhoben.

2. Vergleich mit dem sog. Kohlepfennig

Ein konstruktiver Unterschied zum sog. Kohlepfennig, der vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrige Sonderabgabe angesehen wurde, besteht darin, dass auf keiner Stufe der Finanzierung der erneuerbaren Energien ein staatlicher Fonds beteiligt ist oder Gelder in irgendeiner Weise über staatliche Konten laufen. Den Kohlepfennig mussten die Stromkunden über ihre (privatrechtliche) Stromrechnung an die Energieversorger, die die eigentlichen Abgabeschuldner waren, bezahlen. Die Energieversorger hatten nach dem Dritten Verstromungsgesetz entsprechende Beträge an den „Ausgleichsfonds zur Sicherung des Steinkohleinsatzes“ zu zahlen.³⁰ Sie waren „Abgabenschuldner“. Das gezahlte Geld erhielten sie im Ergebnis von den Stromkunden wieder, was das Bundesverfassungsgericht richtigerweise als Abgabenerhebung gegenüber dem Stromkunden wertete: Die Stromkunden waren „Abgabenträger“.³¹ Im EEG erfolgen alle Geldflüsse unter Privaten, ohne dass einer der Beteiligten etwas an einen staatlichen Fonds leisten muss. „Schuldner“ der Abgabe sind zunächst (Stufe 4) die örtlichen Stromversorger, „Träger“ der Abgabe erneut die Stromkunden. Aus einer solchen abweichenden Gestaltung kann aber kaum eine andere verfassungsrechtliche Bewertung folgen. Die Indienstnahme der Netzbetreiber erspart der öffentlichen Hand die Einrichtung eines eigenen Fonds. Die Rechtswirkungen sind aber identisch. Anders als bei einer Abnahme- und Preisregelung erfolgt eine einheitliche, von der Bundesnetzagentur überwachte Refinanzierung der Kosten, die bei den Übertragungsnetzbetreibern für die Vermarktung von erneuerbaren Energien entstehen. Daher kommt es nicht nur zu finanziellen Verteilungswirkungen, also einer Art Wirkungsähnlichkeit wie bei Preis- und Abnahmeregelungen, was für die Heranziehung haushaltsrechtlicher Maßstäbe nicht genügen würde. Vielmehr besteht Wirkungsidentität. Die rechtliche Gestaltung ist als Erhebung einer Abgabe anzusehen.

3. Aufkommenswirkung und Warnfunktion des Begriffs der Sonderabgabe

Die bisherigen Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Förderung erneuerbarer Energien geben einige Hinweise, die ebenfalls den Schluss nahe legen, dass seit dem 1. Januar 2010 die EEG-Umlage eine öffentliche Abgabe darstellt, die sich an den Maßstäben für Sonderabgaben messen lassen muss. So wird in einem Kammerbeschluss von 1996 ausgeführt, dass die Qualifizierung einer Geldleistungspflicht als Sonderabgabe vo-

raussetzen würde, dass es sich um eine „öffentliche Abgabe“ handelt. Da ein öffentlich-rechtlicher Sonderfonds bei der garantierten Abnahme und Vergütung erneuerbarer Energien gerade nicht eingerichtet werde, käme es darauf an, ob eine „Aufkommenswirkung“ zugunsten der öffentlichen Hand gegeben sei.³² Damit kann zunächst festgestellt werden, dass eine öffentliche Abgabe auch ohne Sonderfonds vorliegen kann. Dies bestätigt die bereits angestellte Überlegung: Die Tatsache, dass die EEG-Umlage nicht in einen staatlichen Fonds fließt, ist nicht entscheidend. Es gibt Gestaltungsmöglichkeiten, auch ohne staatlichen Fonds eine öffentliche Abgabe zu erheben. Es kann nur darauf ankommen, ob auch ohne einen staatlichen Fonds die Rechtswirkungen erreicht werden, die sich bei unmittelbarer staatlicher Verfügung über die Mittel ergeben würden.

Die Kammer fordert deshalb eine „Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand“. Die Schutzfunktion der finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften greift erst dann ein, wenn der Staat auf anderem Wege als durch Steuererhebung für sich Einnahmen generiert. Der Begriff der „Aufkommenswirkung“ taucht allerdings sonst in der Rechtsprechung eher selten auf.³³ Aufkommenswirkung wird man dann annehmen können, wenn der Staat und kein Privater entscheidet, wie die eingenommenen Mittel zu verwenden sind. Dann hat der Staat die Verfügungsgewalt über das Aufkommen. Genau dies passiert bei der EEG-Umlage. Die Umlage darf nur zur Deckung des Defizits bei der Vermarktung von Strom aus regenerativen Energien eingesetzt werden. Exakt in dieser Höhe wird sie erhoben. Der Staat bestimmt aufgrund formeller und materieller Rechtsnormen, wer wie viel für den Ausbau der erneuerbaren Energien beizutragen hat. Die Festsetzung und Erhebung der EEG-Umlage durch die privaten Unternehmen wird durch die Bundesnetzagentur überwacht (§ 61 Abs. 1 Nr. 2 EEG). Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle begrenzt die Umlage für bestimmte stromintensive Unternehmen und Schienenbahnen (§§ 40 bis 44 EEG) und erhöht damit die Umlage für die nichtprivilegierten Stromverbraucher. Höhe und Zweckbestimmung der einzunehmenden Mittel werden also vom Staat genauso eindeutig bestimmt wie Abgabenschuldner und Abgabenträger. Eine Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand liegt vor: Ein Mehr an Steuerung und Rechtswirkungen ließe sich auch durch einen staatlichen Fonds nicht erreichen.

Es ist allerdings nicht jede öffentliche, nichtsteuerliche Abgabe eine Sonderabgabe. „Sonderabgabe“ ist ein Begriff mit Warnfunktion. Die besonderen Anforderungen an die Rechtfertigung einer Sonderabgabe ergäben sich – so das Bundesverfassungsgericht – aus dem Schutz der Finanzverfassung vor einer Aushöhlung durch haushaltsflüchtige Abgaben unter Inanspruchnahme der Sachstatt der Steuergesetzgebungskompetenz sowie der Grundrechtsrelevanz und weiteren Faktoren.³⁴ Anzustellen ist also eine teleologische Betrachtung. Ist es aus ver-

³⁰ Siehe BVerfGE 91, 186 (188).

³¹ So ausdrücklich BVerfGE 91, 186 (203).

³² Siehe BVerfG, Beschl. v. 9.1.1996, 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 (106).

³³ Soweit erkennbar nur in BVerfGE 114, 196 (249), ohne nähere Erläuterung.

³⁴ BVerfGE 91, 186 (202); BVerfG, Beschl. v. 9.1.1996, 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 (106).

fassungsrechtlichen Gründen angezeigt, den Haushaltsgesetzgeber in die Pflicht zu nehmen? Hierfür können mehrere Indizien sprechen: Der Umfang der ausgelösten Finanzströme, deren Steuerbarkeit, die vermögensmäßigen Verteilungswirkungen und auch der Einfluss auf das föderale Finanzgefüge.³⁵

Hierzu sind einige wenige rechtstatsächliche Feststellungen hilfreich:

- Für das Jahr 2012 werden ca. 17,6 Mrd. Euro Einspeisevergütung an EEG-Anlagenbetreiber gezahlt.
- Die Erlöse aus der Vermarktung betragen voraussichtlich 4,9 Mrd. Euro, sodass ein Defizit von 12,7 Mrd. Euro über die EEG-Umlage abzudecken ist.³⁶ Dies ist deutlich mehr als das jährliche Volumen des Länderfinanzausgleichs (ca. 7,6 Mrd. Euro pro Jahr).
- Für den Freistaat Bayern ergibt sich aus der Differenz von EEG-Umlage und Einspeisevergütung ein Überschuss von ca. 1,014 Mrd. Euro, für das Land Nordrhein-Westfalen ein Defizit von 1,347 Mrd. Euro.³⁷

Eine finanzielle Umverteilung, die den Umfang des Länderfinanzausgleichs deutlich übersteigt und dessen Wirkungen teilweise konterkariert, muss schon aus diesem Grund vom Haushaltsgesetzgeber verantwortet werden. Gleiches gilt für die privaten Verteilungswirkungen. Überspitzt formuliert finanzieren die Hartz-IV-Empfänger in Nordrhein-Westfalen über die EEG-Umlage die Finanzinvestoren und Häuslebauer mit Solaranlage auf dem Dach in Bayern. Wenn dies politisch so gewollt ist, liegen solche Wirkungen im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Entschieden werden muss dies aber vom Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Gesamtverantwortung für die von ihm ausgelösten Finanzströme. Der Haushaltsplan und die Haushaltsgesetzgebung werden entwertet, wenn wesentliche Finanztransaktionen zwar gesetzgeberisch veranlasst, aber im Haushalt nicht ausgewiesen werden.

Das Ergebnis ist also vergleichsweise eindeutig. Die EEG-Umlage ist eine öffentliche Abgabe. Die Schutzfunktion der Finanzverfassung, die diese für das Parlament und das föderale Gefüge ausüben will, wird in Frage gestellt. Es handelt sich daher um eine Sonderabgabe in Gestalt einer Finanzierungs-sonderabgabe. Wendet man nun die verfassungsrechtlichen Kriterien an, ist das Schicksal der Umlage besiegelt: Entsprechend der Entscheidung zum sog. Kohlepfennig ist die EEG-Umlage verfassungswidrig. Die Gesamtheit der Stromverbraucher ist keine homogene Gruppe, die für die Finanzierung der Energiewende verantwortlich ist.

III. Ausblick

Wenn das Bundesverfassungsgericht seine bisherigen Erkenntnisse zum Schutz der Finanzverfassung gegenüber nichtsteuerlichen Abgaben ernst nimmt, muss es die derzeitigen Regelungen über die EEG-Umlage für verfassungswidrig erklären. Dies würde nicht das Ende der Förderung erneuerbarer Energien bedeuten. Ähnlich wie beim Kohlepfennig müsste auf eine steuerfinanzierte Lösung umgestellt werden.³⁸ Den Übertragungsnetzbetreibern wird man die Defizite für die Vermarktung der Strommengen aus bestehenden Anlagen aus Haushaltsmitteln erstatten müssen. Für den weiteren Ausbau wäre der Weg für eine Subventionspolitik mit Augenmaß geebnet. Anlagenbetreiber könnten durch Zuschüsse zur Errichtung der Anlagen in die Lage versetzt werden, zu markt-gängigen Preisen Strom zu erzeugen. Die jährlichen Subventionen würde der Haushaltsgesetzgeber vom Umfang her vorab bestimmen. Er könnte vermeiden, dass wie bisher überproportional viel Geld in den Ausbau der Solarenergie fließt, die vergleichsweise wenig zur Energieversorgung beiträgt.³⁹ Das Parlament hat zu bestimmen, wie viel Geld in welche Technologie fließen soll. Die Subventionsvergabe kann flexibel auf Preisänderungen etwa bei Solarmodulen reagieren, die Politik bräuchte nicht wie bisher mit ständigen Absenkungen der Vergütungen auf die Entwicklungen auf dem Markt zu reagieren, was jedes Mal den Protest der entsprechenden Lobbygruppen nach sich zieht. Die Errichtung neuer Anlagen könnte schließlich mit den notwendigen Fortschritten beim Netzausbau koordiniert werden. Insofern ist das, was verfassungsrechtlich durch die Finanzverfassung gefordert ist, auch politisch vernünftig.

Für die Refinanzierung der entstehenden Kosten zeigt die Geschichte des Kohlepfennigs eine Lösungsmöglichkeit. Die Einführung der Stromsteuer deckte letztlich die durch die damalige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entstandenen Belastungen für den Bundeshaushalt.⁴⁰

Fazit: Die Förderung der erneuerbaren Energien über die Strompreise hat verfassungsrechtlich die zulässigen Grenzen überschritten. Der politisch gewünschte Umstieg auf erneuerbare Energien muss auf den von der Verfassung vorgesehenen Wegen erreicht werden: über Haushalts- und Subventionsgesetze. Statt mit ständigen Gesetzesänderungen der Entwicklung hinterher zu hinken, ist das Parlament gefordert, eine aktive und gestaltende Rolle bei der Finanzierung der Energiewende zu übernehmen.

35 Siehe vor allem BVerfGE 91, 186 (202).

36 Quelle für beide Angaben: www.photovoltaikeu/nachrichten/details/beitrag/eeg-umlage-2012-nur-0-062-cent-hher_100006249/, Abfrage am 15.5.2012, 14.15 Uhr.

37 BDEW, Energie-Info, BDEW Energie-Info, Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken 2011, S. 42.

38 Siehe das „Gesetz zur Umstellung der Steinkohleverstromung ab 1996“ v. 12.12.1995, BGBl 1995 I S. 1638 ff.

39 www.faz.net/aktuell/finanzen/medienschau-china-will-angeblich-portugal-anleihen-vom-efsf-kaufen-11171855.html, Abfrage am 15.5.2012, 14:19 Uhr.

40 Siehe *Christoph Gröpl*, Vom „Kohlepfennig“ zur Stromsteuer: Was hat sich geändert?, DÖV 2001, 199 ff.