

**Berlin**

Hartmut Gaßner  
Dr. Klaus-Martin Groth  
Wolfgang Siederer  
Katrin Jänicke  
Angela Zimmermann  
Caroline von Bechtolsheim  
Dr. Achim Willand  
Dr. Jochen Fischer  
Dr. Frank Wenzel  
Dr. Maren Wittzack  
Dr. Gerrit Aschmann  
Dr. Georg Buchholz  
Jens Kröcher  
Dr. Sebastian Schattenfroh  
Dr. Jörg Beckmann  
Dr. Joachim Wrase  
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.  
Dr. Markus Behnisch  
Wiebke Richmann  
Annette Sander  
Julia Biermann  
Alexandra Pyttlik  
Linus Viezens  
Grigori Lagodinsky  
Philipp zum Kolk

**Augsburg**

Dr. Thomas Reif  
Robert Kutschick

**Berlin, 07.03.2014**

## Entlastung der EEG-Umlage durch einen Vorleistungsfonds

### Rechtsgutachten

im Auftrag des  
IASS Institute for Advanced Sustainability Studies e. V.

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner  
Rechtsanwalt Wolfgang Siederer  
Rechtsanwalt Linus Viezens

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>4</b>
I.	Ausgangssituation.....	4
II.	Entlastung des Strompreises durch einen „EEG-Vorleistungsfonds“ .....	5
1.	Eckpunkte des Fondsmodells .....	5
2.	Finanzierung des Fonds .....	6
III.	Rechtliche Fragestellungen .....	7
<b>B.</b>	<b>Beihilferechtliche Bewertung des Fondsmodells .....</b>	<b>7</b>
I.	Beihilfeverbot und Beihilfeprüfung .....	7
II.	Vorliegen einer Beihilfe .....	10
1.	Beihilfebegriff .....	10
2.	Bestehende und neue Beihilfen.....	11
3.	Maßgeblicher Zeitpunkt für die beihilferechtliche Beurteilung .....	13
4.	Gewährung der Beihilfe.....	14
5.	Beihilfegewährung gegenüber den ÜNB? .....	16
6.	Beihilfegewährung gegenüber den Anlagenbetreibern? .....	19
a)	Keine Gewährung zusätzlicher Vorteile .....	19
b)	Inbetriebnahme der Anlage vor Inkrafttreten des EEG 2012 .....	20
c)	Inbetriebnahme der Anlage nach Inkrafttreten des EEG 2012 .....	24
d)	Inbetriebnahme der Anlage nach Einführung des Fonds.....	26
7.	Beihilfegewährung gegenüber den EVU? .....	28
8.	Beihilfegewährung gegenüber den Stromverbrauchern? .....	29
9.	Zwischenergebnis .....	32
III.	Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt .....	34
1.	Beurteilung nach den geltenden Umweltschutzleitlinien .....	35
2.	Beurteilung nach dem Entwurf der neuen Leitlinien .....	37
IV.	Ergebnis.....	39
<b>C.</b>	<b>Refinanzierung des Fonds durch die Betreiber von EEG-Anlagen .....</b>	<b>41</b>
I.	Sondersteuer oder Sonderabgabe .....	42
1.	Sonderabgabe .....	43
a)	Verfolgung eines Sachzwecks .....	44
b)	Gruppenhomogenität .....	46
c)	Finanzierungsverantwortung .....	47
d)	Gruppennützige Verwendung .....	48

e)	Dokumentation im Haushaltsplan .....	53
2.	(Sonder-)Steuer.....	53
a)	Einnahmenerzielung .....	55
b)	Steuergerechtigkeit .....	56
c)	Folgerungen.....	58
3.	Zwischenergebnis .....	58
II.	Preisregulierungsmodelle.....	59
1.	Ausgestaltung der Preisregulierung und Vermarktungsmodelle.....	60
a)	Einspeiseverpflichtung und Vermarktung über die ÜNB .....	60
b)	Preisregulierung und Direktvermarktung.....	61
c)	Vor- und Nachteile der Vermarktungsmodelle.....	61
2.	Vereinbarkeit mit Art. 12.....	63
3.	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes .....	65
4.	Vereinbarkeit mit Art. 3 GG.....	67
5.	Vereinbarkeit mit Europarecht.....	68
6.	Abschöpfung der Vermarktungsüberschüsse durch den Fonds.....	68
7.	Zwischenergebnis .....	70
III.	Ergebnis.....	70
<b>D.</b>	<b>Refinanzierung des Fonds durch zeitliche Streckung der EEG-Umlage.....</b>	<b>72</b>
I.	Erhebung einer Sonderabgabe .....	74
1.	Verfolgung eines Sachzwecks.....	74
2.	Gruppenhomogenität.....	75
3.	Finanzierungsverantwortung und gruppennützige Verwendung.....	75
4.	Zwischenergebnis .....	76
II.	Erhebung einer (Sonder-) Steuer.....	76
1.	Gesetzgebungskompetenz.....	77
2.	Steuergerechtigkeit.....	77
3.	Steuerschuldner.....	77
4.	Ausgestaltung.....	78
5.	Zwischenergebnis .....	79
III.	Ergebnis.....	80

## A. Einführung

### I. Ausgangssituation

Die Förderung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien ist in der Vergangenheit auf Grundlage des EEG 2000 (sowie seiner nachfolgenden Novellierungen) und der Vorgängervorschriften durch gesetzlich garantierte Einspeisevergütungen und Abnahmeverpflichtungen der Netzbetreiber erfolgt. Nach der geltenden Regelung sind die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) zur Vermarktung des eingespeisten und nicht von den Anlagenbetreibern direktvermarkteten EE-Stroms verpflichtet. Die Deckungslücke aus der Differenz von gesetzlich garantierter Einspeisevergütung und den an der Strombörse erzielbaren Vermarktungserlösen wird über die EEG-Umlage von den Energieversorgungsunternehmen (EVU) den ÜNB erstattet (§ 37 EEG). Die EVU können die ihnen aus der EEG-Umlage entstehenden Belastungen auf die Endverbraucher abwälzen, soweit keine Begrenzung aufgrund der besonderen Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG erfolgt.

Die von den Stromverbrauchern zu zahlende EEG-Umlage ist von 0,41 Ct./kWh im Jahre 2003 auf 6,24 Ct./kWh im Jahre 2014 gestiegen. Allein seit dem Jahre 2010 (2,15 Ct./kWh) erfolgte nahezu eine Verdreifachung der EEG-Umlage.

Das Gesamtvolumen der auf Grundlage der gesetzlich garantierten Einspeisevergütungen eingegangenen Zahlungsverpflichtungen für die bis einschließlich 2014 in Betrieb gegangenen Anlagen wird auf ca. 460 Mrd. € beziffert. Der Mittelbedarf für die – unter Berücksichtigung der Vermarktungserlöse – in der Zeit ab 2015 zu schließenden Deckungslücke wird auf insgesamt ca. 240 Mrd. € geschätzt. Die durch die EEG-Umlage zu finanzierende Deckungslücke betrug im Jahre 2012 ca. 16,5 Mrd. € und wird 2014 voraussichtlich ca. 20 Mrd. € betragen.

Obwohl der Strompreis an der Strombörse für Großabnehmer in den vergangenen Jahren – insbesondere wegen der gestiegenen Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien – stark gesunken ist, steigt der Strompreis für die Endverbraucher aufgrund der gestiegenen EEG-Umlage und die auf diese erhobene Strom- und Mehrwertsteuer.

Das Finanzierungssystem des EEG war erfolgreich: Es hat einerseits den be- zweckten Ausbau von EE-Anlagen erreicht und andererseits zu technologischen

Innovationen und damit einhergehenden Kostensenkungen beigetragen. Die Kostenbelastung durch die EEG-Umlage stellt die Akzeptanz der Energiewende in Frage.

## II. Entlastung des Strompreises durch einen „EEG-Vorleistungsfonds“

Durch das IASS und den Rat für nachhaltige Entwicklung ist vorgeschlagen worden, zur Entlastung der Stromverbraucher und zur Unterstützung des weiteren Ausbaus der erneuerbaren Energien die Deckungslücke zwischen den garantierten Einspeisevergütungen für die Bestandsanlagen und den durch die ÜNB erzielbaren Vermarktungserlösen zumindest teilweise durch einen „EEG-Vorleistungsfonds“ zu finanzieren. Dadurch soll die EEG-Umlage reduziert werden.

Das vorliegende Rechtsgutachten soll rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Errichtung und Finanzierung eines solchen EEG-Vorleistungsfonds (im Folgenden: Fonds) untersuchen.

### 1. Eckpunkte des Fondsmodells

Der rechtlichen Bewertung werden folgende Eckpunkte eines „Fondsmodells“ zugrunde gelegt:

- Die geltenden Regelungen zur Einspeisevergütung bei Bestandsanlagen bleiben unberührt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Höhe der gesetzlichen Einspeisevergütung, der Laufzeit, für die diese von den Anlagenbetreibern beansprucht werden kann und hinsichtlich der Zahlungspflichtigen.
- Die Anlagenbetreiber erhalten die Einspeisevergütung in gesetzlicher Höhe weiterhin von den jeweiligen Netzbetreibern, denen der entstehende Aufwand durch die ÜNB erstattet wird (§ 35 EEG). Auch der bundesweite Ausgleich unter den ÜNB bleibt unverändert (§ 36 EEG).
- Die ÜNB bleiben weiterhin zur Vermarktung des Stroms aus den EEG-Anlagen verpflichtet (§ 37 EEG).

- Neu geregelt wird die Refinanzierung der Deckungslücke zwischen der Einspeisevergütung und den Vermarktungserlösen, die bei den ÜNB besteht. Diese wird hinsichtlich der Bestandsanlagen nicht bzw. nur noch teilweise durch die von den EVU an die ÜNB zu zahlende EEG-Umlage gedeckt, sondern ganz oder teilweise durch Zahlungen aus dem Fonds.
- Der Fonds wird entsprechend dem Organisationsmodell anderer Sondervermögen des Bundes wie beispielsweise des Energie- und Klimafonds nach dem Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ (EKFG) organisiert.<sup>1</sup> Er wird als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes errichtet, kann unter seinem Namen im Rechtsverkehr handeln, klagen und verklagt werden und wird durch das Bundesministerium der Finanzen verwaltet.

## 2. Finanzierung des Fonds

Eine Finanzierung der Aufwendungen des Fonds kann auf verschiedenen Wegen erfolgen.

Einerseits wird erwogen, die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien zur Refinanzierung heranzuziehen, ohne die gesetzlich garantierte Einspeisevergütung und den Vertrauensschutz der Anlagenbetreiber zu beeinträchtigen. Diese Überlegungen zielen darauf ab, die Gewinne, die durch den Betrieb der durch das EEG geförderten Anlagen nach dem Ende des 20jährigen Vergütungs-Zeitraums und damit nach Abschreibung der Anlagen erwirtschaftet werden können („goldenes Ende“), teilweise abzuschöpfen. Dabei kommt eine Erhebung von Sonderabgaben oder Sondersteuern in Betracht oder alternativ eine verpflichtende Preisregulierung, bei der die Differenz zwischen dem gesetzlich festgelegten (niedrigen) Höchstpreis und dem Marktpreis zu Gunsten des Fonds abgeschöpft wird.

Erwogen wird andererseits, zur Finanzierung des Fonds die Belastung der Stromverbraucher durch eine EEG-Umlage zeitlich zu strecken. Eine Ent-

---

<sup>1</sup> BGBl. I v. 08.12.2010, S. 1807, geändert durch Gesetz vom 29.07.2011, BGBl. I, S. 1702.

lastung der Stromverbraucher durch Zahlungen des Fonds an die ÜNB in einer ersten Phase steht eine zeitlich verlängerte Belastung der Stromverbraucher mit einer (der Höhe nach begrenzten) EEG-Umlage zur Refinanzierung des Fonds in einer zweiten Phase gegenüber.

Beide Finanzierungsvarianten sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht zu dem Zeitpunkt greifen, in dem die Zahlungen des Fonds an die ÜNB zur Entlastung der EEG-Umlage erfolgen, sondern die Mittel zur Refinanzierung erst zeitlich wesentlich später an den Fonds fließen.

In der ersten Phase nach Errichtung des Fonds bedarf es daher anderer Finanzierungsquellen. Insoweit kommt die Finanzierung des Fonds entweder aus dem Bundeshaushalt aus allgemeinen Steuermitteln, die Zuweisung bestimmter Einnahmen des Bundes an den Fonds oder eine Kreditaufnahme des Fonds am Kreditmarkt in Betracht. Im Errichtungsgesetz wäre näheres, insbesondere eine Ermächtigung zur Kreditaufnahme zu regeln.

### **III. Rechtliche Fragestellungen**

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist einerseits die beihilferechtliche Zulässigkeit der primären Finanzierung des Fonds in seiner Leistungsphase (B.) und andererseits die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der vorstehend skizzierten Modelle zur Heranziehung der Anlagenbetreiber (C.) und/oder Stromverbraucher (D.) zur Refinanzierung des Fonds.

## **B. Beihilferechtliche Bewertung des Fondsmodells**

### **I. Beihilfeverbot und Beihilfeprüfung**

Der Fonds wird jedenfalls in der Leistungsphase zumindest teilweise durch Mittel zu finanzieren sein, die unmittelbar aus dem Bundeshaushalt stammen oder – bei einer Kreditfinanzierung – wegen der für die Kreditfinanzierung notwendigen Haftung des Bundeshaushalts diesem zuzurechnen sind. Während bisher im Fördersystem des EEG Zahlungen ausschließlich zwischen Privatrechtssubjekten fließen, erfolgt mit der Errichtung des Fonds eine Finanzierung der Maßnahmen zur Innovationsförderung durch öffentliche Mittel.

Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die beabsichtigte Finanzierung durch den Fonds mit den Beihilfenvorschriften des Gemeinschaftsrechts (Art. 107, 108 AEUV) vereinbar ist.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

*„sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“*

Art. 107 Abs. 2 AEUV regelt, dass bestimmte – vorliegend nicht einschlägige – Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind. Art. 107 Abs. 3 AEUV sieht Fallgruppen von Beihilfen vor, die als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Dies ist nach Art. 108 Abs. 3 c) AEUV der Fall bei

*„Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zu widerlaufen.“*

Die Gewährung von Beihilfen unterliegt der Beihilfeaufsicht der Kommission nach Art. 108 AEUV, die beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen ist nach Art. 108 Abs. 3 AEUV notifizierungspflichtig. Der Mitgliedsstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV). Über die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt entscheidet die Kommission.

Zur Konkretisierung der Anforderungen aus Art. 108 Abs. 3 AEUV erlässt die Kommission Leitlinien, die ihr Ermessen steuern. Für Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien gelten derzeit die „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen“.<sup>2</sup> Die beihilferechtliche Prüfung von staatlichen

---

<sup>2</sup> 2008/C 82/01, ABl. der EU, vom 01.04.2008, ABl. der EU C 82/1.



Maßnahmen ist auf der Grundlage von Art. 107, 108 AEUV eine zweistufige Prüfung:

- Liegt eine Beihilfe vor (dazu nachfolgend II.)?
- Kann die Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden (dazu nachfolgend III.)?

Gegenstand der folgenden beihilferechtlichen Prüfung ist die geplante (anteilige) Finanzierung der bei den ÜNB entstehenden Deckungslücke durch den Fonds. Zu beurteilen ist, ob die beabsichtigte Umstellung des Fördersystems als „beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen“ i. S. v. Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV anzusehen und daher notifizierungspflichtig ist.

Prüfungsgegenstand sind danach die vorgesehenen Zahlungen des Fonds an die ÜNB. Wie unter A.II.1. dargelegt, soll der Fonds keine direkten Zahlungen an die Anlagenbetreiber bewirken. Die Zahlungen des Fonds treten nicht an die Stelle der durch die bisherigen Regelungen im EEG begründeten Ansprüche der Anlagenbetreiber auf Einspeisungsvergütung gegenüber den vorgelagerten Netzbetreibern (VNB). Die finanziellen Beziehungen auf den ersten drei Stufen des EEG-Wälzungsmechanismus bleiben unverändert:

- 1. Stufe: Anlagenbetreiber/VNB
- 2. Stufe: VNB/ÜNB
- 3. Stufe: Horizontaler Belastungsausgleich unter den ÜNB

Neu gestaltet wird lediglich die 4. Stufe. An die Stelle bzw. neben die Refinanzierung der ÜNB durch die von den EVU zu zahlende EEG-Umlage tritt eine Refinanzierung der ÜNB durch den Fonds.

Die beihilferechtliche Bewertung kann sich aber nicht auf eine isolierte Betrachtung des Zahlungsflusses zwischen Fonds und ÜNB beschränken. Zu prüfen ist auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung des modifizierten Finanzierungssystems, ob die Zahlungen des Fonds an die ÜNB sich als mittelbare Beihilfe im Verhältnis zu den Anlagenbetreibern einerseits und den entlasteten EVU und Stromverbrauchern andererseits darstellen. Nicht nur die unmittelbare Begünstigung des Zahlungsempfängers kann als Beihilfe einzuordnen sein, sondern

auch die mittelbare Begünstigung Dritter.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund wird zu prüfen sein, ob die auf der 1. Stufe des Wälzungsmechanismus des EEG von den VNB an die Anlagenbetreiber gezahlten Einspeisevergütungen dadurch zu Beihilfen werden, dass die Refinanzierung auf der 4. Stufe künftig nicht bzw. nicht allein durch die EEG-Umlage, sondern ganz oder teilweise durch den Fonds erfolgt.

## II. Vorliegen einer Beihilfe

### 1. Beihilfegriff

Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass für die Einstufung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vier Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- Es muss sich erstens um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.
- Diese Maßnahme muss zweitens geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.
- Durch die Maßnahme muss dem Begünstigten drittens ein Vorteil gewährt werden und
- die Maßnahme muss viertens den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.<sup>4</sup>

Die genannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.<sup>5</sup>

Eine Vergünstigung ist nur dann ein Vorteil i. S. dieser Anforderungen, wenn sie nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommt (Selektivität). Vorteile aus einer unterschiedslos auf alle Wirt-

---

<sup>3</sup> So zuletzt EuGH, Urt. v. 19.12.2013, „Vent De Colere“, Rs. C-262/12; Koenig/Paul, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Rn. 65 zu Art. 107 AEUV.

<sup>4</sup> EuGH, a. a. O.

<sup>5</sup> Ständige Rechtsprechung des EuGH, Urt. v. 17.07.2008, „Essent“, Rs. C-Jo2/o6.

schaftsteilnehmer anwendbaren allgemeinen Maßnahme stellen keine staatlichen Beihilfen dar.<sup>6</sup>

Der Vorteil muss durch die als Beihilfe einzuordnende Maßnahme begründet werden. Für die Einordnung als Beihilfe reicht nicht die Feststellung aus, dass ein Unternehmen einen Vorteil hat, dieser muss vielmehr kausal durch die als Beihilfe einzustufende Maßnahme begründet sein.

Damit Vergünstigungen als Beihilfe eingestuft werden können,

*„müssen sie zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen sein.“*

Nach diesen Kriterien wird nachfolgend getrennt für die am Förder- und Finanzierungssystem beteiligten

- Anlagenbetreiber (dazu nachfolgend 5.)
- ÜNB (dazu nachfolgend 6.)
- EVU (dazu nachfolgend 7.)
- Stromverbraucher (dazu nachfolgend 8.)

zu prüfen sein, ob es sich bei den Leistungen des Fonds um Beihilfen i. S. v. Art. 107 AEUV handelt.

## 2. Bestehende und neue Beihilfen

Art. 108 AEUV und die VO (EG) Nr. 659/1999<sup>8</sup> unterscheiden zwischen bestehenden Beihilfen und neuen Beihilfen. Als bestehende Beihilfen sind nach Art. 1 b)ii) der VO (EG) Nr. 659/1999 insbesondere genehmigte Beihilfen anzusehen, also Beihilfenregelungen und Einzelbeihilfen, die von der Kommission oder vom Rat genehmigt worden sind.

---

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 18.07.2013, Rs. C-6/12.

<sup>7</sup> EuGH, a. a. O.

<sup>8</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrags (Beihilfieverfahrensverordnung), ABl. vom 27.03.1999, L 83/1.

Als Genehmigung in diesem Sinne ist jede Entscheidung der Kommission anzusehen, in der die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt festgestellt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Verfahren diese Feststellung erfolgt. Auch wenn eine Beihilfe nicht notifiziert wird und ihre Gewährung daher bis zur Entscheidung der Kommission wegen Verstoß gegen das Durchführungsverbot zunächst rechtswidrig ist, wird sie mit Wirkung für die Zukunft durch die Entscheidung der Kommission, dass die Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist, zu einer genehmigten Beihilfe.

Neue Beihilfen sind nach Art. 108 Abs. 3 AEUV notifizierungspflichtig und unterliegen dem Durchführungsverbot bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission über ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt. Werden neue Beihilfen gewährt, bevor die Kommission abschließend entschieden hat, führt dies zur Rechtswidrigkeit der neuen Beihilfen und die Kommission entscheidet nach Art. 14 der VO (EG) Nr. 659/1999 in der Negativ-Entscheidung, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern.

Bestehende Beihilfen unterliegen der Beihilfeaufsicht und werden von der Kommission nach Art. 108 Abs. 1 AEUV laufend auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt überprüft. Die Kommission kann den Mitgliedstaaten zweckdienliche Maßnahmen vorschlagen, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarktes erfordern. Die Überprüfung bestehender Beihilfen bezieht sich dabei nach Art. 108 Abs. 1 Satz 1 AEUV auf die „bestehenden Beihilferegulungen“, nicht auf bereits auf Grundlage allgemeiner Beihilferegulungen gewährte Einzelbeihilfen. Stellt die Kommission die Unvereinbarkeit einer bestehenden Beihilferegulung mit dem gemeinsamen Markt fest, so kann sie beschließen, dass der betreffende Staat die Beihilferegulung binnen einer von der Kommission bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.

Eine Rückforderung von auf Grundlage der beanstandeten bestehenden Beihilferegulung bereits gewährten Beihilfen ist nicht vorgesehen, da es sich nicht um rechtswidrige Beihilfen handelt. Art. 14 der VO (EG) Nr.

659/1999 ist nicht anwendbar. Dies ist Ausdruck des auch gemeinschaftsrechtlich geltenden Grundsatzes der Rechtssicherheit.<sup>9</sup>

Wird eine staatliche Maßnahme nicht als Beihilfe angesehen, kann nach der Rechtsprechung des EuGH „allein der Umstand, dass eine solche Maßnahme weiter durchgeführt wird, ggf. nach einer Laufzeitverlängerung des Rechtsaktes, mit dem sie geschaffen wurde, (...) sie nicht zur staatlichen Beihilfe werden lassen.“<sup>10</sup> Eine von der Kommission nicht als Beihilfe eingeordnete Maßnahme kann nur dann zu einem späteren Zeitpunkt als neue, notifizierungspflichtige Beihilfe behandelt werden, wenn eine substantielle Änderung dieser Maßnahme erfolgt.<sup>11</sup>

Dementsprechend bestimmt Art. 1 b)v) der Verordnung (EG) Nr. 659/1999, dass als bestehende Beihilfen auch Beihilfen anzusehen sind, bei denen nachgewiesen werden kann, dass sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie eingeführt wurden, keine Beihilfen waren, die aber später aufgrund der Entwicklung des gemeinsamen Marktes zu Beihilfen wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den betreffenden Mitgliedsstaat erfahren haben.

### 3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die beihilferechtliche Beurteilung

Maßgeblicher Zeitpunkt für die beihilferechtliche Beurteilung einer Maßnahme ist der Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe. Dies folgt bereits aus Art. 107 Abs. 1 AEUV, der auf die Gewährung der Beihilfe abstellt.

Aus der zitierten Regelung in Art. 1 b)v) der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 und der zitierten Rechtsprechung des EuGH folgt, dass für die Einordnung einer Maßnahme als Beihilfe auf den Zeitpunkt der Einführung bzw. Gewährung abzustellen ist, nicht auf den späteren Zeitpunkt der Beurteilung der Maßnahme durch die Organe der EU.

Dasselbe gilt für die Prüfung, ob eine als Beihilfe einzuordnende Maßnahme mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist. Die Kommission hat

<sup>9</sup> EuGH, Urt. v. 21.07.2011, Rs. C-194/09P, Rn. 71; dazu allgemein Schroeder, in: Streinz, a. a. O., Rn. 91 zu Art. 288 AEUV.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 21.07.2011, Rs. C-194/09P, Rn. 110.

<sup>11</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 112.

durch allgemeine Bekanntmachung über die zur Beurteilung unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen anzuwendenden Regeln<sup>12</sup> mitgeteilt, dass sie die Vereinbarkeit unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt stets anhand der Kriterien beurteilen wird, die in den zum Zeitpunkt der Beihilfegewährung geltenden Akten (z. B. Beihilfeleitlinien) festgelegt sind.

Daraus folgt für den vorliegenden Zusammenhang, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien, die bis zum 31.12.2014 gewährt werden, die derzeit geltenden Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen<sup>13</sup> maßgeblich sind.

#### 4. Gewährung der Beihilfe

Ist für die beihilferechtliche Beurteilung daher auf den Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe abzustellen, bedarf weiterhin der Klärung, was unter „Gewährung“ einer Beihilfe zu verstehen ist. Insbesondere bei Zuwendungen oder sonstigen Fördermaßnahmen, die über einen längeren Zeitraum gewährt werden, stellt sich die Frage, wann die Gewährung erfolgt ist.

Für die Bestimmung des Zeitpunktes der Gewährung einer Beihilfe ist nicht der Zeitpunkt maßgeblich, in dem dem Begünstigten der Vorteil tatsächlich zufließt, also bei Geldzuwendungen der Zeitpunkt, zu dem die Zahlung erfolgt. Im Fall einer Beihilferegulung, bei der die Gewährung der Beihilfe vom Erlass verbindlicher Rechtsakte abhängt, ist davon auszugehen, dass die Beihilfe zum Zeitpunkt des Erlasses eines solchen Aktes gewährt ist.<sup>14</sup>

Wird eine Beihilfe auf Grundlage eines Zuwendungsbescheides gewährt, ist daher der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Zuwendungsbescheides an den Begünstigten maßgeblich. Sieht der Bescheid eine Auszahlung von Zuwendungen über mehrere Jahre vor, erfolgt die Gewährung der Zu-

<sup>12</sup> ABl. vom 22.05.2002, C-119/22.

<sup>13</sup> S. o. Fn. 2; dazu unten III.

<sup>14</sup> Schlussanträge des Generalanwalts des EuGH im Verfahren C-81/10 („France-Telecom ./. Kommission“).

wendung unabhängig von den gestaffelten Auszahlungszeitpunkten für den Gesamtzeitraum bereits mit Erlass des Bescheides. Ist der maßgebliche Rechtsakt eine vertragliche Vereinbarung, kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an.

Der EuGH hatte im Hinblick auf die Verjährung von Rückforderungsansprüchen bei rechtswidrigen Beihilfen, für deren Beginn nach Art. 15 der VO (EG) Nr. 659/1999 der Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe maßgeblich ist, zu beurteilen, wie der Zeitpunkt der Gewährung bei Steuerermäßigungen zu bestimmen ist. Er hat entschieden, dass die in der Steuerermäßigung liegende Beihilfe nicht bereits mit dem Erlass der gesetzlichen Regelung erfolgt, die die Grundlage für die Steuerermäßigung ist. Die Bestimmung des Zeitpunktes der Beihilfegewährung sei nach Maßgabe der Natur der in Rede stehenden Beihilfe veränderlich:

*„So kann im Fall einer mehrjährigen Regelung, die sich in Zahlungen oder in der regelmäßig wiederkehrenden Gewährung von Vorteilen äußert, zwischen dem Zeitpunkt des Erlasses eines Rechtsaktes, der die Rechtsgrundlage der Beihilfe bildet und dem Zeitpunkt, zu dem die Unternehmen tatsächlich in den Genuß der Beihilfe kommen, eine erhebliche Zeit liegen. Dann gilt die Beihilfe für die Zwecke der Berechnung der Verjährungsfrist als dem Empfänger zu dem Zeitpunkt gewährt, zu dem sie tatsächlich an ihn vergeben wurde.“<sup>15</sup>*

In dem zu beurteilenden Fall waren erst einige Jahre nach dem Erlass der gesetzlichen Steuerregelung „die verbindlichen Rechtsakte erlassen worden (...), aufgrund derer erstmals das Bestehen des Steuergefälles habe festgestellt werden können“.<sup>16</sup> Wegen der „Jährlichkeit der Gewerbesteuer“ sei nicht auf die zugrunde liegende gesetzliche Regelung, sondern auf die im konkreten Steuerverhältnis ergangenen verbindlichen Rechtsakte (Steuerbescheide) abzustellen.

---

<sup>15</sup> EuGH, Urteil v. 08.12.2011, Rs C-81/10 P („France-Telecom“), Rn. 82.

<sup>16</sup> EuGH, a.a.O., Rn. 86.

Wird demgegenüber der Anspruch des Begünstigten auf eine Beihilfe unmittelbar durch eine allgemeine Rechtsnorm begründet, ohne dass für die Anspruchsentstehung oder die sonstige Umsetzung der gesetzlichen Regelung ein weiterer Rechtsakt (z.B. Bescheid, Vertrag) erforderlich ist, erfolgt die Gewährung der Beihilfe bereits durch das Gesetz zum Zeitpunkt von dessen Inkrafttreten bzw. zu dem Zeitpunkt, zu dem erstmals für den Begünstigten die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Das Gesetz selbst ist dann der Rechtsakt, der die Beihilfe gewährt.

Hinsichtlich des für die beihilferechtliche Bewertung maßgeblichen Zeitpunktes der Gewährung der Beihilfe ist im Folgenden nach den unterschiedlichen Beteiligten zu differenzieren.

## 5. Beihilfegewährung gegenüber den ÜNB?

Während für die auf Grundlage des EEG 2012 von den VNB an die Anlagenbetreiber gezahlten Einspeisevergütungen zwischen der Kommission und Deutschland umstritten ist, ob es sich um Zahlungen aus (mittelbar) staatlichen Mitteln handelt,<sup>17</sup> ist bei den beabsichtigten Zahlungen des Fonds an die ÜNB das Beihilfenmerkmal der Staatlichkeit der Mittel nicht zweifelhaft. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der Fonds ganz oder teilweise aus dem Bundeshaushalt gespeist wird bzw. bei Kreditfinanzierung der Bund für die Rückzahlung der aufgenommenen Kredite einzustehen hat.<sup>18</sup> Bei dem Fonds wird es sich um ein Sondervermögen des Bundes handeln, er wird in der Leistungsphase jedenfalls teilweise entweder unmittelbar aus dem Bundeshaushalt oder durch Kredite gespeist, für deren Rückzahlung der Bund einzustehen hat.

Es liegt aber im Verhältnis zu den ÜNB keine Begünstigung im Sinne einer Vorteilsgewährung vor.

---

<sup>17</sup> S. dazu nachfolgend 6.d).

<sup>18</sup> Ob eine Einordnung der Mittel des Fonds als staatliche Mittel auch insoweit begründet ist, als der Fonds künftig durch Sonderabgaben der Anlagenbetreiber oder Stromverbraucher gespeist wird, bedürfte vertiefter Untersuchung. Wie unter A.II.2. dargelegt, wird der Fonds aber jedenfalls in der ersten Phase nach seiner Einrichtung zumindest teilweise durch staatliche Mittel zu speisen sein.



Für das Vorliegen des Merkmals „Begünstigung“ ist auf die ökonomische Wirkung einer staatlichen Maßnahme abzustellen. Sie muss dem begünstigten Unternehmen einen geldwerten Vorteil verschaffen.<sup>19</sup> Der Vorteils-effekt einer Beihilfe besteht regelmäßig in einer staatlich induzierten Kostensenkungswirkung<sup>20</sup> bei dem begünstigten Unternehmen.

Ob eine staatliche Maßnahme zu einer Vorteilsgewährung führt, ist daher auf Grundlage eines Vergleichs der Vermögenssituation des Begünstigten unter Berücksichtigung der staatlichen Maßnahme einerseits und ohne ihre Berücksichtigung andererseits zu beurteilen. Ein Vorteil wird nur gewährt, wenn der Leistungsempfänger durch die Leistung aus staatlichen Mitteln wirtschaftlich besser steht, als vor bzw. ohne diese Maßnahme.

Der Vorteil muss auf der staatlichen Maßnahme beruhen. Führt die staatliche Maßnahme nicht zu einer Verbesserung für das Unternehmen gegenüber seiner Situation ohne die staatliche Maßnahme, liegt keine Begünstigung vor.

Die vorgesehenen Zahlungen des Fonds an die ÜNB führen nicht zu einer Verbesserung der Vermögenssituation der ÜNB. Die Zahlungen aus dem Fonds ersetzen vielmehr nur die nach der bisherigen Rechtslage bestehenden Ansprüche gegen die EVU auf Zahlung der EEG-Umlage.

An einer Begünstigung fehlt es auch deshalb, weil die Zahlungen aus dem Fonds (ebenso wie die EEG-Umlage<sup>21</sup>) lediglich dem Ausgleich des Verlustes der ÜNB dienen, den diese durch die Differenz zwischen der zu zahlenden Einspeisevergütung und den an der Strombörse erzielbaren Vermarktungserlösen erleiden.

Zwar können grundsätzlich auch Befreiungen von Belastungen als Begünstigung anzusehen sein.<sup>22</sup> Maßnahmen, die Belastungen verringern,

---

<sup>19</sup> Kühling in: Streinz, a.a.O., Rn. 29 zu Art. 107 AGUV

<sup>20</sup> Frenz, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe und Vergaberecht, Rn. 177.

<sup>21</sup> Dazu zutreffend die Stellungnahme der Bundesregierung vom 20.01.2014 zum Eröffnungsbeschluss der europäischen Kommission vom 18.12.2013, S. 13.

<sup>22</sup> Frenz, a. a. O., Rn. 337, Kühling, a.a.O., Rn. 29 zu Art. 107 AEUV.

die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, unterfallen dem Beihilfebegriff,<sup>23</sup> wenn es sich um „systemwidrige Ausnahmen“ von einer Regelbelastung handelt.<sup>24</sup> Bei steuerlichen Maßnahmen ist das Tatbestandsmerkmal der selektiven Begünstigung nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann gegeben, wenn „diese Maßnahme vom allgemeinen System insofern abweicht, als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einführt, die sich im Hinblick auf das mit der Steuerregelung dieses Mitgliedsstaats verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.“<sup>25</sup> Das Merkmal der Selektivität ist nicht gegeben, „wenn eine Maßnahme zwar einen Vorteil für den Begünstigten darstellt, aber durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist“<sup>26</sup>, sie diesem System „inhärent“ ist.<sup>27</sup>

Bei den Verlusten, die den ÜNB aus der Differenz zwischen Einspeisevergütung und Vermarktungserlösen entstehen, handelt es sich aber nicht um Belastungen, die Unternehmen normalerweise zu tragen hätten. Vielmehr handelt es sich um solche Belastungen, die durch dasselbe Regelungssystem erst begründet werden, das auch die Entlastung vorsieht. Es liegt keine systemwidrige Ausnahme von einer Regel vor wie etwa bei einer gruppenspezifischen Entlastung von einer allgemeinen Steuer, sondern eine systemimmanente Ausgestaltung der Wälzungsmechanismen der EEG-Vergütung. Die Entlastung der ÜNB ist dem Finanzierungssystem des EEG inhärent.

Die Entlastung kommt zudem allen belasteten Unternehmen (ÜNB) gleichermaßen zugute, so dass es an dem Tatbestandsmerkmal der Selektivität der Begünstigung fehlt.

Bezogen auf die ÜNB liegt daher mangels Begünstigung keine Beihilfe vor.

---

<sup>23</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl., Rn. 10 und 38 zu Art. 107 AEUV.

<sup>24</sup> Frenz, a. a. O., Rn. 342 ff.

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 18.07.2013, Rs. C-6/12, Rn. 19.

<sup>26</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 22.

<sup>27</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 24.

## 6. Beihilfegewährung gegenüber den Anlagenbetreibern?

### a) Keine Gewährung zusätzlicher Vorteile

Die Anlagenbetreiber sind nicht Empfänger der Leistungen des Fonds. Diese dienen vielmehr lediglich der Refinanzierung der ÜNB. Die Anlagenbetreiber erhalten die Einspeisevergütung weiterhin aufgrund der gesetzlichen Anspruchsregelung von den VNB. Es erfolgt weder eine Änderung der Anspruchshöhe, noch der Dauer der Zahlungspflicht der VNB und der sonstigen Zahlungsmodalitäten.

Die Zahlungen der VNB stellen auch keine Weiterleitung der Leistungen des Fonds in einer Zahlungskette ÜNB/VNB/ Anlagenbetreiber dar. Die Zahlungen des Fonds an die ÜNB gleichen vielmehr erst nachträglich deren Verluste aus, deren Höhe sich erst aus der Differenz zwischen Einspeisevergütungen und erzielten Vermarktungserlösen ergibt.<sup>28</sup> Es fehlt daher an der Kausalität der Leistungen des Fonds an die ÜNB für den Vorteil der Anlagenbetreiber.

Für die Anlagenbetreiber ändert sich durch die Einführung des Fonds und dessen Leistungen an die ÜNB nichts. Sie erhalten keine wirtschaftlichen Vorteile, die über die Vorteile hinausgehen, die sie bereits vor der Einführung des Fonds aufgrund der gesetzlich geregelten Einspeisevergütung erhalten haben.

Der Anspruch auf die Einspeisevergütung nach den §§ 16 ff. EEG entsteht mit dem Anschluss der Anlagen an das Netz. Es handelt sich um ein gesetzliches Schuldverhältnis (§ 4 EEG), das Entstehen des Vergütungsanspruchs setzt keine weiteren Rechtsakte, wie etwa den Abschluss eines Vertrages mit den VNB oder den Erlass eines behördlichen Bescheides voraus. Die Gewährung des Vorteils, der in der Verpflichtung der VNB zur Zahlung der über dem Marktpreis liegenden Einspeisevergütung liegt, erfolgt bei Vorliegen der Voraussetzung unmittelbar durch Gesetz. Anders als bei dem vom EuGH in

---

<sup>28</sup> So zur EEG-Umlage betreffend auch die Stellungnahme der Bundesregierung vom 20.01.2014 zum Eröffnungsbeschluss der Kommission vom 18.12.2013, S. 14 ff.

dem Urteil vom 08.12.2011<sup>29</sup> beurteilten Fall der Steuerermäßigung gibt es vorliegend keine die gesetzliche Regelung jährlich umsetzenden Rechtsakte, die Voraussetzung dafür wären, dass dem Anlagenbetreiber die gesetzliche Einspeisevergütung zufließt.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Leistungen des Fonds trotz der gegenüber der Zahlung der VNB an die Anlagenbetreiber zeitlich nachgelagerten Zahlung des Fonds an die ÜNB mittelbar den Anlagenbetreibern zugute kommen, liegt darin nicht die Gewährung eines Vorteils, der über die Vorteile hinausgeht, die den Anlagenbetreibern bereits durch die gesetzliche Regelung unabhängig von der Einführung und den Leistungen des Fonds zufließen.

Im Übrigen ist für die beihilferechtliche Beurteilung der Leistungen des Fonds im Hinblick auf die Anlagenbetreiber nach dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlagen zu unterscheiden.

#### **b) Inbetriebnahme der Anlage vor Inkrafttreten des EEG 2012**

Der EuGH hat in der „Preussen-Elektra“-Entscheidung<sup>30</sup> zum Strom-einspeisungsgesetz, der Vorgängerregelung des EEG, entschieden, dass die Verpflichtung privater EVU zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen führt, die diesen Strom erzeugen.<sup>31</sup> Auch die Aufteilung der sich für die EVU aus der Abnahmepflicht ergebenden finanziellen Belastungen zwischen diesen und anderen privaten Unternehmen stelle keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel dar.<sup>32</sup> Der Umstand, dass die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen unbestreitbare Vorteile gewährt, könne der Regelung nicht den Charakter einer

---

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 08.12.2011, Rs C-81/10 P („France-Telecom“), s. dazu oben II.4.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 13.03.2001, C-379/98.

<sup>31</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 59.

<sup>32</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 59.

staatlichen Beihilfe verleihen.<sup>33</sup> Der EuGH hat diese Grundsätze der Preussen-Elektra-Entscheidung in allen seinen nachfolgenden Entscheidungen zu unterschiedlichen Fördersystemen der Mitgliedstaaten für erneuerbare Energien bestätigt.<sup>34</sup>

Dass die Abnahmeverpflichtung und Verpflichtung zur Zahlung der Mindesteinspeisevergütung seit dem EEG 2000 anders als nach dem Stromeinspeisungsgesetz nicht mehr für die EVU, sondern die VNB besteht, begründet keinen rechtlich erheblichen Unterschied. Auch das EEG (in allen seinen Fassungen seit 2000) sieht Zahlungsverpflichtungen und Ausgleichsverpflichtungen nur für private Unternehmen (VNB, ÜNB und EVU) vor.

Die Kommission hat am 22.05.2002 zum EEG 2000 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Preussen-Elektra-Entscheidung des EuGH entschieden, dass das EEG 2000 keinen Transfer staatlicher Mittel einschließt und daher keine staatliche Beihilfe darstellt.<sup>35</sup> Zur Begründung führt die Kommission aus,

*„dass das zur Diskussion stehende Gesetz ohne Unterschied für private wie für öffentliche Netzbetreiber und EVU gilt. Nach Auffassung der Kommission lassen sich die Schlussfolgerungen des Gerichtshofs im vorliegenden Fall auf alle Unternehmen ausdehnen, die zur Abnahme und Vergütung verpflichtet sind, unabhängig von ihren Eigentumsverhältnissen. Dies scheint durch den allgemeinen Charakter des Gesetzes gerechtfertigt, der zeigt, dass es nicht darauf abzielt, speziell mit Mitteln öffentlich-rechtlicher Unternehmen die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen zu fördern. Dies wird durch die Tatsache gestützt, dass die Übertragungsnetze zurzeit fast ausschließlich von Privatunternehmen betrieben werden. Auf anderen Ebenen der Ausgleichsregelung ist*

---

<sup>33</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 61.

<sup>34</sup> So EuGH, Urt. v. 17.07.2008, C-102/06 („Essent“); zuletzt EuGH, Urt. v. 19.12.2013, C-262/12 („Vent de Colere“).

<sup>35</sup> Schreiben der Kommission v. 22.05.2002 an die Bundesregierung (C(2002)1887 fin).

*eine Vielzahl privater und öffentlicher Betreiber in gleicher Weise tätig.*<sup>36</sup>

Die Kommission hat diese Bewertung des Fördersystems EEG 2000 auch später nicht in Frage gestellt. Gegenstand des aufgrund von Beschwerden seit dem Jahre 2011 geführten beihilferechtlichen Vorermittlungsverfahrens der Kommission war weder das EEG 2000 noch die Änderungen durch das EEG 2004 und das EEG 2009, sondern allein das EEG 2012. Der Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 eröffnet das förmliche Prüfungsverfahren ausdrücklich nur hinsichtlich der auf Grundlage des EEG 2012 ab dem 01.01.2012 gewährten Fördermaßnahmen. Diese stellten eine neue Beihilfe dar, da das Fördersystem durch das EEG 2012 wesentlich geändert worden sei.<sup>37</sup> Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass die auf Grundlage des EEG 2000, EEG 2004 und EEG 2009 gezahlten Einspeisevergütungen auch nach Auffassung der Kommission keine Beihilfen sind, weil das Förderungssystem nicht den Einsatz staatlicher Mittel vorsah.

Die Änderungen des Förderungssystems durch das EEG 2012 führen auch nach Auffassung der Kommission nicht dazu, dass die vor dem 01.01.2012 gewährten Fördermaßnahmen dadurch nachträglich zu Beihilfen werden. Ausdrücklich formuliert die Kommission, dass

*„die nach dem EEG 2012 gewährten Fördermaßnahmen ab dem 01.01.2012 eine neue Beihilfe“*

darstellen.<sup>38</sup>

Für Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb gegangen sind, erfolgt aber keine Förderung „nach dem EEG 2012“, diese Anlagen werden vielmehr weiterhin nach den zum Zeitpunkt ihrer Inbetriebnahme geltenden Bestimmungen gefördert.

---

<sup>36</sup> Kommission, a. a. O.

<sup>37</sup> Eröffnungsbeschluss der Kommission v. 18.12.2013, Rn. 151.

<sup>38</sup> Ebenda.

Die Förderung von Anlagen, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen wurden, wird auch bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung der Kommission zum EEG 2012 nicht dadurch zu einer Beihilfe, dass mit dem EEG 2012 die Refinanzierung der Verluste der ÜNB bezüglich solcher Anlagen durch die EEG-Umlage erfolgt. Dies folgt daraus, dass – auch nach Auffassung der Kommission – für die beihilferechtliche Beurteilung der Förderung bestimmter Anlagen auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Gewährung der Förderung abzustellen ist.<sup>39</sup>

Wie dargelegt, wird nach der Rechtsprechung des EuGH eine Maßnahme, die von der Kommission nicht als Beihilfe angesehen wurde, nicht allein dadurch zu einer staatlichen Beihilfe, dass eine solche Maßnahme weiter durchgeführt wird.<sup>40</sup>

Daraus folgt weiterhin, dass auch die beabsichtigte teilweise Refinanzierung der ÜNB durch den Fonds nicht dazu führt, dass die Förderung von „Altanlagen“, die vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommen worden sind und nach der Entscheidung der Kommission zum EEG 2000 keine Beihilfen war, nachträglich zu einer Beihilfe wird. Die Umstellung der Refinanzierung der Belastungen der ÜNB führt nicht zu einer „substantiellen Änderung“<sup>41</sup> der auf Grundlage der Rechtslage nach dem EEG 2000, 2004 oder 2009 gewährten Beihilfen.

Soweit sich die Refinanzierung der ÜNB durch den Fonds auf diejenigen Teilbeträge der den ÜNB entstehenden Verluste beschränken würde, die sich auf vor dem 01.01.2012 in Betrieb genommene Anlagen beziehen, liegt mithin auch auf Grundlage der Rechtsauffassung der Kommission trotz der Staatlichkeit der Mittel des Fonds keine Beihilfe vor, da die Gewährung der Beihilfe bereits vor dem 01.01.2012 erfolgt ist und spätere Änderungen bei der Refinanzierung der Verluste der ÜNB daran nichts ändern.

---

<sup>39</sup> S. dazu oben 3.

<sup>40</sup> S. dazu oben 2.; EuGH, Urt. v. 21.07.2011, Rs. C-194/09P, Rn. 110.

<sup>41</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 112.

**c) Inbetriebnahme der Anlage nach Inkrafttreten des EEG 2012**

Die Kommission vertritt in ihrem Eröffnungsbeschluss die vorläufige Auffassung, dass es sich bei dem Fördersystem nach dem EEG 2012 um eine neue Beihilfe handelt, die – weil sie nicht notifiziert worden ist – eine rechtswidrige Beihilfe darstellt. Die Kommission begründet diese Auffassung im Kern damit, dass es sich bei der EEG-Umlage um staatliche Mittel handle. Die EEG-Umlage stamme vom Staat, sie sei keine private Initiative der ÜNB. Der Staat habe Ziel und Zweck der Umlage definiert. Sie diene der Finanzierung einer vom Staat ausgearbeiteten Förderpolitik und nicht einer von den ÜNB beschlossenen Aktion. Den ÜNB stehe es nicht frei, die Umlage nach ihrem Ermessen festzulegen, sie werden vielmehr streng dabei überwacht, wie sie die Umlage berechnen, erheben und verwalten. Auch die Vermarktung des EEG-Stroms sei Gegenstand der Überwachung durch den Staat. Die ÜNB könnten die EEG-Umlage nicht zur Finanzierung anderweitiger Tätigkeiten nutzen. Die ÜNB seien seitens des Staates mit der Aufgabe betraut worden, die EEG-Umlage zu verwalten.<sup>42</sup>

Folgt man der Auffassung der Kommission handelt es sich bei dem Fördersystem nach dem EEG 2012 um staatliche Beihilfen. Ein (teilweiser) Ersatz der EEG-Umlage durch eine Finanzierung aus dem staatlichen Fonds würde an dieser Einordnung nichts ändern. Insoweit käme es allein darauf an, ob die Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind, was hinsichtlich der Einspeisevergütung von der Kommission bejaht wird (dazu nachfolgend unter III.).

Die Bundesregierung ist in ihrer Stellungnahme zu dem Eröffnungsbeschluss vom 20.01.2014 den Ausführungen der Kommission mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten. Die von der Kommission angenommene Staatlichkeit der EEG-Umlage begegnet erheblichen Bedenken. Es handelt sich nicht um eine – von den ÜNB erhobene – parafiskalische Abgabe, sondern um einen zivilrechtli-

---

<sup>42</sup> Kommission, Eröffnungsbeschluss v. 18.12.2013, Rn. 137 und 138.



chen Erstattungsanspruch der ÜNB gegenüber den EVU. Allein der Umstand, dass die EVU durch gesetzliche Regelung zur Zahlung an die ÜNB verpflichtet sind, begründet nicht den Charakter der Förderung der EEG-Anlagen als staatliche Beihilfe. Die EVU zahlen nach dem EEG 2012 keine durch Gesetz festgelegte Abgabe an einen von den ÜNB verwalteten Fonds, sondern sind nur zur anteiligen Tragung der den ÜNB im jeweiligen Jahr entstehenden Verluste verpflichtet, deren Höhe sich jeweils aus den tatsächlichen Vermarktungsergebnissen ergibt.

Zutreffend führt die Bundesregierung aus, dass unabhängig von der Bewertung der Staatlichkeit der EEG-Umlage durch die EEG-Umlage keine Begünstigung der Anlagenbetreiber erfolgt, weil diese unabhängig von dem System der EEG-Umlage einen Anspruch auf Abnahme des EEG-Stroms und Vergütung gegenüber den VNB haben. Die EEG-Vergütung werde zeitlich vor der EEG-Umlage aufgrund der privatrechtlich einzuordnenden Vergütungspflichten fällig. Die EEG-Umlage werde – selbst wenn man ihre Staatlichkeit unterstellt – nicht seitens der ÜNB an die Anlagenbetreiber weitergereicht, sondern diene den ÜNB lediglich zum Ausgleich ihrer Verluste aus der Vermarktung. Auch ohne die EEG-Umlage wäre die Finanzierung der Anlagenbetreiber durch die Vergütungspflicht der VNB nach §§ 16 ff. EEG sichergestellt.<sup>43</sup>

Folgt man der Auffassung der Bundesregierung, handelt es sich bei den Einspeisevergütungen auch für Anlagen, die unter Geltung des EEG 2012 in Betrieb genommen worden sind, nicht um Beihilfen. Die Umstellung der Refinanzierung der ÜNB auf Mittel aus dem Fonds, die an die Stelle oder neben die EEG-Umlage treten, würde auch für diese Anlagen die Einspeisevergütung nicht zu Beihilfen machen. Auch insoweit gilt, dass die Gewährung der Vorteile bereits unmittelbar durch das EEG 2012 erfolgt ist, das einen gesetzlichen Anspruch begründet. Durch die Umstellung der Refinanzierung auf den vorgeschlagenen Fonds erhalten die Anlagenbetreiber keinen (zusätzlichen) Vorteil.

---

<sup>43</sup> Stellungnahme der Bundesregierung vom 20.01.2014 zum Eröffnungsbeschluss der Kommission vom 18.12.2013, S. 14 f.

Für das Verhältnis von Einspeisevergütung und Zahlungen des Fonds an die ÜNB gelten die Ausführungen der Bundesregierung zum Verhältnis von EEG-Vergütung und EEG-Umlage entsprechend. Die Einspeisevergütung wird zeitlich vor der Zahlung des Fonds an die ÜNB fällig. Die Zahlungen des Fonds werden von den ÜNB nicht an die Anlagenbetreiber weitergereicht, sondern dienen ihnen lediglich zum Verlustausgleich. Die Zahlungen des Fonds an die ÜNB entsprechen auch der Höhe nach nicht der Höhe der EEG-Vergütung, sondern ergeben sich aus den jeweiligen Vermarktungsergebnissen. Auch ohne die Zahlungen des Fonds wäre die Finanzierung der Anlagenbetreiber durch die Vergütungspflicht der VNB gewährleistet.

Für die beihilferechtliche Beurteilung der Leistungen des Fonds kommt es in Bezug auf solche Anlagen, die nach Inkrafttreten des EEG 2012 in Betrieb genommen wurden, auf die zwischen der Kommission und der Bundesregierung streitige beihilferechtliche Einordnung der EEG-Umlage und der ab dem 01.01.2012 nach dem EEG 2012 gezahlten Einspeisevergütung nicht an. Entweder es handelt sich bei den Einspeisevergütungen unter dem EEG – wie die Kommission meint – ohnehin um Beihilfen, woran ein Ersatz der EEG-Umlage durch Mittel aus einem staatlichen Fonds nichts ändern würde oder es handelt sich – wie die Bundesregierung meint – nicht um eine Beihilfe. Dann erhalten die Leistungen an die Anlagenbetreiber, die bereits durch die Begründung des gesetzlichen Anspruchs gewährt werden, durch die Zahlungen des Fonds an die ÜNB nicht nachträglich den Charakter einer staatlichen Beihilfe. Die Anlagenbetreiber erhalten keinen neuen, zusätzlichen Vorteil.

#### **d) Inbetriebnahme der Anlage nach Einführung des Fonds**

Bei Anlagen, die erst nach Einführung des Fonds in Betrieb genommen werden (Neuanlagen), ließe sich anders als bei Altanlagen der Beihilfecharakter der Leistungen des Fonds gegenüber den Anlagenbetreibern nicht unter Verweis auf den Zeitpunkt der Gewährung der Begünstigung (Entstehen des Anspruchs auf Einspeisevergütung) verneinen.

Nach den bisherigen konzeptionellen Überlegungen ist nicht vorgesehen, dass aus dem Fonds eine Refinanzierung der Aufwendungen der ÜNB für die Einspeisevergütung auch von solchen Anlagen erfolgt, die erst nach der Einführung des Fonds in Betrieb gehen. Der Fonds soll vielmehr gerade ein „EEG-Vorleistungsfonds“ sein.

Sollte entgegen den bisherigen Überlegungen auch die Förderung von Neuanlagen aus dem Fonds finanziert werden, ist für die Beurteilung der Staatlichkeit der Mittel eine Gesamtbetrachtung des Finanzierungssystems auf allen Wälzungsstufen vorzunehmen. Auch wenn es zwischen den privatrechtlichen Einspeisevergütungen und ihrer Höhe im Verhältnis VNB/Anlagenbetreiber einerseits und den (staatlichen) Zahlungen des Fonds an die ÜNB andererseits keinen unmittelbaren Zusammenhang im Sinne einer Weiterleitung von Mitteln gibt, dienen die Mittel des Fonds doch mittelbar der Finanzierung der Förderung der Erzeuger erneuerbarer Energien. Die Gewährung des in der Einspeisevergütung liegenden Vorteils erfolgt auch zu einem Zeitpunkt, zu dem die Staatlichkeit der Mittel gegeben ist.

Das erste und dritte Beihilfemerkmale (Staatlichkeit der Mittel, selektive Begünstigung) lägen dann vor.

Zu prüfen wären dann weiterhin das zweite und vierte Beihilfemerkmale. Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

Insoweit ist bemerkenswert, dass die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 zwar festgestellt hat, dass der Strommarkt liberalisiert ist und die Stromerzeuger sich im Handel zwischen den Mitgliedsstaaten betätigen. Eine Verfälschung des Wettbewerbs oder ein Drohen einer solchen Verfälschung hat die Kommission aber hinsichtlich der Anlagenbetreiber nicht festgestellt. Die Kommission beschränkt sich insoweit darauf, die Vereinbarkeit der Einspeisevergütung, Marktprämie und Flexibilitätsprämie

mie mit dem gemeinsamen Markt festzustellen, wobei sie sich insoweit auf Art. 107 Abs. 3 c) AEUV bezieht, ohne vorhergehend eine vollständige Prüfung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vorgenommen zu haben, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Beihilfe, die nach der Rechtsprechung des EuGH kumulativ vorliegen müssen,<sup>44</sup> gegeben sind. Von einer Wettbewerbsverfälschung ist in dem Eröffnungsbeschluss nur hinsichtlich der besonderen Ausgleichsregelung zugunsten stromintensiver Unternehmen des produzierenden Gewerbes die Rede.<sup>45</sup>

Anhaltspunkte dafür, dass die Förderung der Anlagenbetreiber durch die Einspeisevergütung zu einer Wettbewerbsverfälschung führt oder zu führen droht, sind von der Kommission nicht dargelegt und vor dem Hintergrund der Ausführungen der Kommission zur Vereinbarkeit der von ihr angenommenen Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt<sup>46</sup> auch nicht ersichtlich.

## 7. Beihilfegewährung gegenüber den EVU?

Durch die Zahlungen des Fonds an die ÜNB werden mittelbar die nach § 37 Abs. 2 EEG zur Zahlung der EEG-Umlage an die ÜNB verpflichteten EVU entlastet. Anders als für die ÜNB stellt sich dies für die EVU auch als Vorteil gegenüber der Situation vor Einführung des Fonds und Aufnahme seiner Zahlungen an die ÜNB dar. Zwar konnten die EVU auch bisher die mit der Zahlung der EEG-Umlage an die ÜNB verbundenen Lasten über die Strompreise auf die Endverbraucher abwälzen. Bei rein wirtschaftlicher Betrachtung ist daher zweifelhaft, ob mit der (anteiligen) Entlastung von der Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage ein Vorteil für die EVU verbunden ist. Eine gesetzliche Verpflichtung der Endverbraucher zur Zahlung einer EEG-Umlage an die EVU und ein „Abwälzungsautomatismus“ ist derzeit aber nicht vorgesehen.<sup>47</sup> Ob die volle Abwälzung der Kosten der

---

<sup>44</sup> S. dazu oben II.1.

<sup>45</sup> Kommission, Eröffnungsbeschluss, Rn. 76 und 80.

<sup>46</sup> S. dazu nachfolgend III.

<sup>47</sup> Darauf weist zutreffend die Stellungnahme der Bundesregierung zum Eröffnungsbeschluss der Kommission hin, Stellungnahme, S. 38.

EEG-Umlage gelingt, hängt von den Marktbedingungen ab. Dies spricht dafür, in der Reduzierung der EEG-Umlage durch die Zahlungen des Fonds an die ÜNB einen Vorteil für die EVU zu sehen.

Geht man von einem Vorteil aus, liegt darin jedoch keine (selektive) Begünstigung. Es handelt sich nicht um die Entlastung von einer Belastung, die die EVU normalerweise zu tragen hätten. Vielmehr wird nur innerhalb des Finanzierungssystems des EEG eine zuvor bestehende Verpflichtung modifiziert, wobei diese Modifikation allen Unternehmen (EVU) zugute kommt, die nach der vorherigen Rechtslage belastet waren.

Die Zahlungen des Fonds an die ÜNB stellen daher im Verhältnis zu den EVU keine Begünstigung i. S. v. Art. 107 AEUV und damit keine Beihilfe dar.

## **8. Beihilfegewährung gegenüber den Stromverbrauchern?**

Die teilweise Refinanzierung des Aufwandes der ÜNB, der durch die gesetzlich garantierten Einspeisevergütungen entsteht, durch den „Fonds“ zielt auf eine Entlastung der Stromverbraucher, insbesondere der privaten Haushalte ab.

Soweit eine Entlastung der privaten Haushalte bewirkt wird, ist das Beihilferecht nicht einschlägig, weil dieses lediglich die Begünstigung von Unternehmen erfasst.

Die Entlastungswirkung tritt aber auch gegenüber stromverbrauchenden Unternehmen ein, soweit diese nicht als stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes ohnehin bereits aufgrund der besonderen Ausgleichsregelungen keine bzw. nur eine reduzierte EEG-Umlage zu tragen haben. Zwar fließen den stromverbrauchenden Unternehmen nicht unmittelbar staatliche Mittel zu. Dies ist für das Vorliegen einer Beihilfe aber auch nicht notwendige Voraussetzung. Der Einsatz der (staatlichen) Mittel des Fonds führt dazu, dass die EVU von Kosten entlastet werden und dadurch mittelbar die Strompreise sinken.

Da die Abwälzung der EEG-Umlage durch die EVU auf die Stromverbraucher nicht gesetzlich geregelt ist, ist auch die Weiterleitung des Vorteils,

der den EVU durch die Reduzierung der EEG-Umlage entsteht, an die Stromverbraucher kein gesetzlicher Automatismus, sondern wird über den Wettbewerb unter den EVU vermittelt. Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob die erforderliche Kausalität der staatlichen Maßnahme (Zahlungen des Fonds an die ÜNB) zu dem Vorteil der Stromverbraucher (sinkende Strompreise) gegeben ist.

Jedenfalls handelt es sich nicht um einen Vorteil, der (nur) bestimmten Unternehmen zugute kommt, es fehlt an dem Merkmal der Selektivität. Die Übernahme von Finanzierungslasten durch den Fonds führt zu einem allgemeinen Sinken der Strompreise, die gleichermaßen allen stromverbrauchenden Unternehmen zugute kommt.

Im Verhältnis zu den Stromverbrauchern liegt daher ebenfalls keine Beihilfe vor.

Fraglich ist, ob etwas anderes im Hinblick auf die stromintensiven Unternehmen gilt, die durch die besondere Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG privilegiert sind.

Auf die zwischen der Kommission und der Bundesregierung kontroverse Frage, ob die besondere Ausgleichsregelung der §§ 40 ff. EEG eine Beihilfe darstellt, ist im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht näher einzugehen, weil die unterschiedlichen Auffassungen für die beihilferechtliche Beurteilung der Leistungen des Fonds an die ÜNB im Verhältnis zu den Stromverbrauchern nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Die Kommission nimmt insoweit an, dass die privilegierten Unternehmen durch die §§ 40 ff. EEG von einer Last befreit werden, die sie normalerweise zu tragen hätten. Da es sich bei der EEG-Umlage um staatliche Mittel handele, stamme auch die Entlastung der privilegierten Unternehmen aus staatlichen Mitteln. Die Maßnahme sei auch selektiv, weil nur stromintensive Unternehmen des produzierenden Gewerbes von ihr profitieren könnten. Da die privilegierten Unternehmen in Branchen tätig seien, in denen Handel zwischen den Mitgliedstaaten stattfinde, sei die Maßnah-

me auch imstande den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zu beeinträchtigen.<sup>48</sup>

Die Bundesregierung tritt mit überzeugenden Argumenten auch hinsichtlich der besonderen Ausgleichsregelung der Annahme einer Begünstigung der privilegierten Unternehmen entgegen. Die besondere Ausgleichsregelung stelle nur einen Ausgleich dar für die verminderte internationale Wettbewerbsfähigkeit stromintensiver Unternehmen, sie gewähre keinen Vorteil, sondern gleiche nur einen Nachteil aus.<sup>49</sup> Die besondere Ausgleichsregelung sei zudem nicht selektiv, da sie unterschiedslos für alle Branchen des produzierenden Gewerbes angewandt werde und integraler Bestandteil des Fördersystems des EEG sei.<sup>50</sup> Eine Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des Handels seien nicht ersichtlich.<sup>51</sup>

Unabhängig davon, welcher Auffassung man insoweit folgt, stellt sich die Refinanzierung der Aufwendungen der ÜNB durch den Fonds nicht als selektive Begünstigung der stromintensiven Unternehmen dar. Durch die Übernahme von Finanzierungsbeiträgen durch den Fonds neben oder anstelle der EEG-Umlage wird der EEG-Umlage-Bedarf der ÜNB, das Gesamtvolumen der von den EVU an die ÜNB zu zahlenden EEG-Umlage reduziert. Es gibt weder dem Grunde noch der Höhe nach einen Zusammenhang zwischen den Zahlungen des Fonds an die ÜNB und dem Stromverbrauch der privilegierten Unternehmen sowie deren Privilegierung.

Die Begrenzung der EEG-Umlage für bestimmte Anfallstellen aufgrund der besonderen Ausgleichsregelung wird als gesonderter Wirkungsmechanismus durch die Leistungen des Fonds an die ÜNB weder zugunsten noch zulasten der stromintensiven Unternehmen verändert. Soweit die stromintensiven Unternehmen nach der besonderen Ausgleichsregelung ohnehin nicht mit der EEG-Umlage belastet werden, haben sie einen darin ggf. liegenden Vorteil unabhängig von den Leistungen des Fonds an die ÜNB bereits auf Grundlage der vor Einführung des Fonds bestehenden

---

<sup>48</sup> Kommission, Eröffnungsbeschluss, Rn. 77 bis 80.

<sup>49</sup> Stellungnahme der Bundesregierung, S. 17 f.

<sup>50</sup> Stellungnahme der Bundesregierung, S. 49.

<sup>51</sup> A. a. O.

Rechtslage erhalten. Durch die Leistungen des Fonds an die ÜNB und die Reduzierung des Gesamtvolumens der EEG-Umlage erhalten sie insoweit keinen neuen Vorteil.

Soweit sich die Reduzierung des Gesamtvolumens der EEG-Umlage auch auf die Höhe der von den stromintensiven Unternehmen trotz der besonderen Ausgleichsregelung zu zahlenden reduzierten EEG-Umlage auswirkt, diese also noch geringer wird, handelt es sich nicht um einen selektiven Vorteil, sondern nur um einen Anteil an dem allen stromverbrauchenden Unternehmen zugute kommenden Vorteil der Reduktion des EEG-Umlage-Bedarfs.

Geht man mit der Bundesregierung davon aus, dass es sich bei der EEG-Umlage nicht um staatliche Mittel handelt und deshalb die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen bereits mangels Staatlichkeit der Mittel keine Beihilfe darstellt, wird die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen durch die Zahlungen des (staatlichen) Fonds an die ÜNB nicht zur Beihilfe. Die Mittel aus dem Fonds fließen nicht den stromintensiven Unternehmen zu. Sie dienen auch nicht der Finanzierung der Privilegierung der stromintensiven Unternehmen, sondern der Absenkung des Gesamtvolumens der EEG-Umlage, die von den EVU auf die Stromverbraucher abgewälzt wird, und kommt allen Stromverbrauchern zugute.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Leistungen des Fonds an die ÜNB auch im Verhältnis zu den Stromverbrauchern keine Beihilfe darstellen.

## **9. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die beabsichtigten Zahlungen des Fonds an die ÜNB keine Beihilfe i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zu den ÜNB, sondern auch im Verhältnis zu den Anlagenbetreibern, den EVU und den stromverbrauchenden Unternehmen und den privaten Stromverbrauchern. Dieses Ergebnis folgt im Wesentlichen aus folgenden Überlegungen:

- Im Verhältnis zu den ÜNB liegt keine Begünstigung vor, sondern lediglich ein Ausgleich für Verluste, die den ÜNB durch das Finanzie-



run gssystem entstehen. Ihre rechtliche und wirtschaftliche Situation wird gegenüber der Rechtslage vor Einführung des Fonds nicht verbessert. Die Zahlungen des Fonds treten lediglich neben die bzw. anstelle der Zahlungen der EVU.

- Der Fonds soll als „EEG-Vorleistungsfonds“ ausgestaltet werden und nur die Belastungen der ÜNB refinanzieren, die aus der Einspeisevergütung für Anlagen resultieren, die vor Einführung des Fonds in Betrieb genommen worden sind. Die Betreiber dieser Anlagen erhalten durch die Leistungen des Fonds an die ÜNB keine zusätzlichen Vorteile. Ihre Ansprüche gegenüber den VNB auf Zahlung der Einspeisevergütung werden nicht verändert. Die Gewährung der Begünstigung ist bereits aufgrund der gesetzlichen Ansprüche gegenüber den VNB mit der Inbetriebnahme der Anlage erfolgt, so dass die nachträgliche Änderung bei den Wälzungsmechanismen auf der 4. Stufe des Finanzierungssystems des EEG nicht zu einer Neugewährung einer Beihilfe führt.
- Die diesen Anlagenbetreiber durch die gesetzlich garantierte Einspeisevergütung gewährten Vorteile sind nach den Entscheidungen der Kommission zum EEG 2000 und zum EEG 2012 nicht als Beihilfe anzusehen bzw. mit dem gemeinsamen Markt vereinbar. An dieser Bewertung ändert sich durch die nach Inbetriebnahme der Anlagen und damit nach Gewährung der Beihilfe erfolgende Veränderung des Refinanzierungsmechanismus durch die Einführung des Fonds nichts. Für die EVU reduziert sich die Höhe der von diesen an die ÜNB zu zahlenden EEG-Umlage. Da diese Entlastung innerhalb des Finanzierungssystems des EEG erfolgt und lediglich eine Belastung reduziert, die durch dieses Finanzierungssystem erst begründet wird, handelt es sich nicht um eine Entlastung von finanziellen Lasten, die die EVU normalerweise zu tragen hätten. Auch liegt keine selektive Entlastung nur bestimmter EVU vor.
- Die mittelbare Begünstigung der privaten Stromverbraucher durch sinkende Strompreise stellt schon deshalb keine Beihilfe dar, weil sich die Beihilfavorschriften der EU nur auf Unternehmen beziehen.

- Auch im Verhältnis zu den stromverbrauchenden Unternehmen wird und soll sich die Reduzierung der EEG-Umlage strompreissenkend auswirken. Dieser Vorteil ist aber nicht kausale Folge der Leistungen des Fonds an die ÜNB, sondern über den im Wettbewerb der EVU sich bildenden Strompreis vermittelt. Es handelt sich nicht um eine Begünstigung bestimmter Unternehmen, weil die Reduzierung der Strompreise gleichermaßen allen stromverbrauchenden Unternehmen zugute kommt. Im Verhältnis zu den stromintensiven Unternehmen, die durch die besondere Ausgleichsregelung privilegiert sind, schaffen die Leistungen des Fonds keine zusätzlichen Vorteile, die über die Vorteile hinausgehen, die alle stromverbrauchenden Unternehmen durch die Reduzierung des Volumens der EEG-Umlage haben.

### III. Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass es sich bei den Zahlungen des „Fonds“ an die ÜNB nicht um Beihilfen i. S. v. Art. 107, 108 AEUV handelt.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass insbesondere von der Kommission insoweit eine im Hinblick auf die Änderung des Fördersystems, die mit der Einführung des Fonds verbunden wäre, und die Staatlichkeit der Mittel des Fonds eine abweichende Beurteilung vorgenommen wird, soll im Folgenden ergänzend geprüft werden, ob die Leistungen des Fonds an die ÜNB – ihre Einordnung als Beihilfe unterstellt – mit dem gemeinsamen Markt vereinbar wären.

Die Zahlungen des Fonds erfolgen zwar an die ÜNB und sollen mittelbar die Stromverbraucher entlasten. Sie sind jedoch Bestandteil eines Fördermechanismus, der auf die Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien abzielt. Während bislang die Refinanzierung der nach dem Förderkonzept des EEG durch die Einspeisevergütung erfolgenden Förderung der Erzeuger ausschließlich durch die Stromverbraucher erfolgt, soll künftig über den Fonds mittelbar der Staat gleichsam nachträglich die Förderung der Altanlagen übernehmen. Eine durch das bisherige Fördersystem bewirkte Belastung der Stromverbraucher soll für die Zukunft eingeschränkt werden. Für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem gemeinsamen Markt ist auf den übergeordneten Zweck der Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien abzustellen.

## 1. Beurteilung nach den geltenden Umweltschutzleitlinien

Die Kommission hat in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 die Vereinbarkeit der Einspeisevergütung, der Marktprämie und der Flexibilitätsprämie nach dem EEG 2012 nach Art. 107 Abs. 3 c) AEUV und nach den Umweltschutzleitlinien<sup>52</sup> geprüft. Sie ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die von ihr angenommenen Beihilfemaßnahmen für Erzeuger von EE-Strom mit den Kriterien aus Ziff. 3.1.6.2 und 3.2 der Umweltschutzleitlinien in Einklang stehen.

Nach Ziff. 3.1.6.2 der Umweltschutzleitlinien können die Mitgliedsstaaten zur Förderung erneuerbarer Energien Betriebsbeihilfen als Ausgleich für die Differenz zwischen den Kosten für die Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energieträgern (einschließlich der Abschreibung des Mehraufwands für den Umweltschutz) und dem Marktpreis des betreffenden Energieerzeugnisses gewähren. Die Betriebsbeihilfen dürfen nur bis zur vollständigen Abschreibung der Anlagen nach dem üblichen Bilanzierungsregeln gewährt werden. Die von der betreffenden Anlage zusätzlich erzeugte Energie ist nicht beihilfefähig. Durch die Beihilfe kann jedoch auch eine normale Kapitalrendite sichergestellt werden. Nach Ziff. 3.2 der Umweltschutzleitlinien müssen staatliche Beihilfen einen Anreizeffekt aufweisen und die Notwendigkeit der Beihilfe muss nachgewiesen sein.

Die Kommission hat insbesondere festgestellt, dass die Leistungen nach dem EEG 2012 nicht zu einer Überkompensation führen, die geforderte Anreizwirkung erfüllt ist und die Notwendigkeit der Beihilfe nachgewiesen ist.

Auch hinsichtlich der Regelung in § 39 EEG zur Verringerung der EEG-Umlage für EVU, die mindestens 50 % des Stroms aus erneuerbaren Energien bezogen haben (sog. Grünstromprivileg), hat die Kommission festgestellt, dass diese Förderung im Einklang mit den Umweltschutzleitlinien steht.<sup>53</sup> Bedenken hat die Kommission insoweit lediglich hinsichtlich der

---

<sup>52</sup> S. Fn. 2.

<sup>53</sup> Kommission, Eröffnungsbeschluss, Rn. 174 bis 184.

Vereinbarkeit der Regelungen in § 39 EEG mit Art. 30 und 110 AEUV. Die Kommission befürchtet eine diskriminierende Wirkung, da § 39 EEG einen verringerten Satz der EEG-Umlage vorsieht, der nur dann zum Tragen kommt, wenn das EVU 50 % seines Stromportfolios von inländischen Erzeugern von EE-Strom bezogen hat.<sup>54</sup>

Bei den Einspeisevergütungen, die auf Grundlage des EEG 2012 gewährt werden, handelt es sich nach dem Eröffnungsbeschluss der Kommission um mit dem gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfen. Damit sind diese Beihilfen als genehmigte und damit bestehende Beihilfen anzusehen<sup>55</sup>, die durch die spätere Umgestaltung der Refinanzierung der ÜNB ohne substantielle Veränderungen hinsichtlich der Vorteile der Anlagenbetreiber nicht zu neuen Beihilfen werden.

Die Beurteilung der Vereinbarkeit der Förderung der Anlagenbetreiber mit dem gemeinsamen Markt auf Grundlage der geltenden Umweltschutzleitlinien würde durch eine Änderung der Refinanzierung auf der 4. Stufe des Wälzungsmechanismus des EEG keine Veränderung erfahren. Diese Änderungen lassen den Anspruch der Anlagenbetreiber auf die Einspeisevergütung und die Regelungen zur Ermittlung der Höhe der Einspeisevergütung unberührt. Gleiches gilt hinsichtlich des Anspruchs auf die Markt- und Flexibilitätsprämie.

Durch die Einführung des Fonds würden keine neuen Beihilfen eingeführt, sondern lediglich der Refinanzierungsmechanismus für die bisherigen Förderungen modifiziert.

Da die Kommission ohnehin davon ausgeht, dass es sich bei der Förderung der Anlagenbetreiber auf Grundlage des EEG 2012 um eine Förderung aus staatlichen Mitteln handelt, würde sich hinsichtlich der Einordnung der Förderung als Beihilfe durch die Einführung des Fonds nichts ändern.

Die Änderung des Refinanzierungsmechanismus führt nicht dazu, dass über die Förderung der individuellen Anlagenbetreiber neu zu entscheiden

---

<sup>54</sup> Kommission, Eröffnungsbeschluss, Rn. 247.

<sup>55</sup> S. dazu oben II.2.

wäre. Die Förderung erfolgt weiterhin auf Grundlage der gesetzlichen Ansprüche auf Einspeisevergütung. Nach der Bekanntmachung der Kommission vom 22.05.2002<sup>56</sup> ist die Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt anhand der Kriterien zu beurteilen, die in den zum Zeitpunkt der Beihilfegewährung geltenden Akten festgelegt sind.

Die derzeit geltenden Umweltschutzleitlinien bleiben mithin für die Beurteilung aller Beihilfemaßnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien maßgeblich, die bis zu dem Außerkrafttreten der geltenden Umweltschutzleitlinien am 31.12.2014 gewährt worden sind.

## 2. Beurteilung nach dem Entwurf der neuen Leitlinien

Die Kommission hat den Entwurf einer Nachfolgeregelung zu den geltenden Umweltschutzleitlinien vorgelegt.<sup>57</sup> Derzeit findet der Konsultationsprozess statt. Der Entwurf der Kommission sieht vor, dass Betriebsbeihilfen bei etablierten Technologien nur noch im Rahmen einer ordnungsgemäßen Ausschreibung anhand eindeutiger, transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien gewährt werden. Nur bei weniger etablierten Technologien sollen auch künftig wie nach den bisherigen Umweltschutzleitlinien Betriebsbeihilfen gewährt werden können, die – ohne vorherige Ausschreibung – die Differenz zwischen den Gesamtgestehungskosten der mit der jeweiligen Technologie erzeugten Energie und dem Marktpreis der jeweiligen Energieform ausgleichen.<sup>58</sup>

Der Leitlinienentwurf enthält in Kap. 7 Übergangsvorschriften. Die Kommission wendet nach Rz. 228 die neuen Leitlinien auf alle angemeldeten Beihilfemaßnahmen an, über die sie nach ihrem Inkrafttreten zu beschließen hat. Der Leitlinienentwurf bekräftigt weiterhin die allgemeine Festlegung der Kommission, dass rechtswidrige Beihilfen anhand der zum Zeitpunkt der Beihilfegewährung geltenden Vorschriften geprüft werden.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> S. o. Fn. 12.

<sup>57</sup> Entwurf der Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014 bis 2020, Arbeitspapier der Dienststellen der GD Wettbewerb, im Folgenden: Leitlinienentwurf.

<sup>58</sup> Leitlinienentwurf, Rn. 119 bis 121.

<sup>59</sup> Leitlinienentwurf, Rn. 229.

Gemäß Art. 108 Abs. 1 AEUV schlägt die Kommission den Mitgliedsstaaten vor, ihre entsprechenden Beihilferegelungen erforderlichenfalls zu ändern, um sie innerhalb eines noch festzulegenden Zeitraums nach Veröffentlichung der neuen Leitlinien mit diesen im Einklang zu bringen. Es sollen jedoch die folgenden Ausnahmen gelten:

*„Regelungen, die Betriebsbeihilfen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien betreffen, müssen erforderlichenfalls nur dann geändert werden, wenn die Mitgliedsstaaten ihre bestehenden Regelungen ändern. Wird eine solche Änderung innerhalb von zwölf Monaten nach der Veröffentlichung dieser Leitlinien vorgenommen, so müssen die Mitgliedsstaaten diese Regelung nur innerhalb von [12] Monaten nach Veröffentlichung dieser Leitlinien mit diesen in Einklang bringen.*

*Ist jedoch einem Empfänger von einem Mitgliedsstaat bestätigt worden, dass er für einen bestimmten Zeitraum staatliche Beihilfen auf der Grundlage einer solchen Regelung erhalten wird, so können diese Beihilfen während des gesamten Zeitraums zu den zum Zeitpunkt der Bestätigung in der Regelung festgelegten Bedingungen gewährt werden.“<sup>60</sup>*

Insbesondere durch die zuletzt zitierte Ausnahmeregelung wird klargestellt, dass die Ansprüche der Anlagenbetreiber auf Zahlung der Einspeisevergütung auf Grundlage des EEG durch die neuen Leitlinien nicht berührt werden sollen. Bei den durch Gesetz begründeten Ansprüchen auf die Einspeisevergütung, die für die gesetzlich geregelte Laufzeit bestehen, liegt die von der Ausnahmeregelung geforderte Bestätigung in der gesetzlichen Regelung selbst.

Die neuen Leitlinien werden daher – im Rahmen der sonstigen zitierten Übergangsvorschriften – nur auf die Förderung neuer Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien Anwendung finden.

---

<sup>60</sup> Leitlinienentwurf, Rn. 230.

Für etablierte Technologien wären nach dem Leitlinienentwurf daher künftig Regelungen, die eine gesetzlich garantierte Einspeisevergütung für eine Betriebsdauer von 20 Jahren vorsehen, nicht mehr zulässig. Dies gilt jedoch nur, wenn man mit der Auffassung der Kommission davon ausgeht, dass die Förderung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien durch gesetzlich garantierte, aber privatrechtlich ausgestaltete Einspeisevergütungen eine Beihilfe darstellen. Geht man mit der Auffassung der Bundesregierung und der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass keine Beihilfe vorliegt, bedarf sie auch nicht der Rechtfertigung auf Grundlage von Art. 107 Abs. 3 AEUV und der neuen Leitlinien.

Im Hinblick auf die beihilferechtliche Zulässigkeit des Fonds ergeben sich aus dem Leitlinienentwurf keine abweichenden Beurteilungen. Der Finanzierungsmechanismus gegenüber den Anlagenbetreibern wird durch den Fonds nicht verändert. Für die beihilferechtliche Zulässigkeit der bis zum 31.12.2014 durch die Mitgliedsstaaten gewährten Fördermaßnahmen bleiben die derzeit geltenden Umweltschutzleitlinien maßgeblich. Diese sind auch nach Auffassung der Kommission für die bisherige Förderung durch gesetzlich garantierte Einspeisevergütungen eingehalten.

#### **IV. Ergebnis**

Die Einführung eines „EEG-Vorleistungsfonds“ und die Refinanzierung der den ÜNB entstehenden Deckungslücke zwischen den Einspeisevergütungen und den Vermarktungserlösen für Altanlagen ist beihilferechtlich zulässig.

Bei den Leistungen des Fonds an die ÜNB handelt es sich zwar um staatliche Mittel, die Leistungen des Fonds stellen aber für die bereits vor der Einführung des Fonds in Betrieb genommenen Anlagen, die mit der Inbetriebnahme einen gesetzlichen Anspruch auf die Zahlung der Einspeisevergütung durch die VNB für die Dauer von 20 Jahren ab Inbetriebnahme erworben haben, keine neu eingeführte oder umgestaltete Beihilfe i. S. v. Art. 107, 108 AEUV dar. Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, ob man hinsichtlich der Einordnung der Förderung nach dem EEG 2012 als Beihilfe der Auffassung der Kommission oder derjenigen der Bundesregierung folgt und gilt auch für solche Anlagen, die ab dem 01.01.2012 nach dem EEG 2012 einen Anspruch auf die Einspeisevergütung erworben haben.

Eine Notifizierungspflicht des Fonds nach Art. 108 Abs. 3 AEUV besteht daher nicht.

Weder die ÜNB noch die Anlagenbetreiber oder die EVU und Stromverbraucher erhalten durch die Einführung des Fonds eine über die bisherige Rechtslage hinausgehende beihilferechtlich relevante Vergünstigung.

Für die ÜNB treten die Zahlungen aus dem Fonds lediglich an die Stelle der oder neben die bisherigen Zahlungen der EVU (EEG-Umlage).

Für die Anlagenbetreiber ändert sich gegenüber ihrer bisherigen Anspruchssituation nichts. Sie erhalten weiterhin (nur) die gesetzlich garantierte Einspeisevergütung seitens der VNB. Die Veränderung in der Refinanzierungsstruktur auf der 4. Stufe des Wälzungsmechanismus führt nicht dazu, dass eine „neue Beihilfe“ vorliegt. Die Vorteilsgewährung an die Anlagenbetreiber ist bereits mit Inbetriebnahme der Anlage auf Grundlage des für die 20jährige Betriebsdauer begründeten gesetzlichen Anspruchs auf die Einspeisevergütung erfolgt.

Die EVU werden durch die Neuregelung lediglich von der durch das EEG begründeten Verpflichtung zur Zahlung der EEG-Umlage teilweise entlastet.

Die Einführung des Fonds zielt auf eine Entlastung der Stromverbraucher ab, wobei dieser Vorteil nicht i. S. einer automatischen Weiterleitung durch die Zahlungen des Fonds an die ÜNB verursacht ist, sondern mittelbar über die – gesetzlich nicht normierte – Preisbildung der EVU erfolgt. Wenn man insoweit einen rechtlich relevanten Vorteil für die Stromverbraucher annimmt, fehlt es jedenfalls am Merkmal der Selektivität. Die Entlastung des Strompreises von der bisher durch die EVU weitergereichten EEG-Umlage kommt allen inländischen Stromverbrauchern zugute, die zuvor über den Strompreis mittelbar mit der EEG-Umlage belastet wurden. Eine selektive Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige und damit eine Beihilfe liegen daher nicht vor.

Selbst wenn man das Vorliegen einer Beihilfe entgegen der hier vertretenen Auffassung unterstellt, ist diese mit dem gemeinsamen Markt vereinbar.

Für alle bis zum 31.12.2014 begründeten Ansprüche auf Einspeisevergütung ist – unabhängig von einer nachträglichen Änderung der Refinanzierungsmecha-



nismen – für die Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt von den derzeit geltenden Umweltschutzleitlinien auszugehen. Auf dieser Grundlage hat die Kommission in ihrem Eröffnungsbeschluss vom 18.12.2013 entschieden, dass hinsichtlich der Förderung der Anlagenbetreiber die Anforderungen der Umweltschutzleitlinien erfüllt sind. Durch die Einführung des Fonds kann sich an dieser Beurteilung nichts ändern.

Auch durch den Entwurf für die neuen Umweltschutz- und Energiebeihilfeleitlinien ändert sich an dieser Beurteilung nichts, weil nach den dort vorgesehenen Übergangs- und Ausnahmenregelungen bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung gewährte Beihilfen unberührt bleiben.

### **C. Refinanzierung des Fonds durch die Betreiber von EEG-Anlagen**

Zur (Re-)Finanzierung eines Fonds, durch den die Stromkostenbelastung insbesondere der privaten Haushalte abgesenkt werden soll, indem eine Teilfinanzierung der zu zahlenden Einspeisevergütung aus diesem Fonds entnommen wird, bestehen verschiedene Überlegungen, die Betreiber von Anlagen zur Produktion Erneuerbarer Energien an diesen Kosten zu beteiligen. Der gesetzlich begründete Anspruch auf die Einspeisevergütung soll aus Gründen des Bestandsschutzes dabei nicht beeinträchtigt werden. Gleichwohl besteht die Überlegung, nach Ablauf des Anspruchs auf Einspeisevergütung die erheblichen Gewinnpotenziale zumindest teilweise abzuschöpfen. Der Zeitraum nach dem Ende der Einspeisevergütung ist für die Anlagenbetreiber auf Grund der zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgten Abschreibung mit besonderen Ertragschancen versehen. Es erscheint daher angemessen, diese künftigen Gewinne, die auch als „Goldenes Ende“ bezeichnet werden können, teilweise abzuschöpfen.

Im Rahmen der Ausgestaltung dieser Abschöpfung bieten sich zwei grundsätzliche Modelle an:

Zum einen kann eine Abgabe erhoben werden, deren Höhe sich an dem Output der Anlage bemisst. Als Anknüpfungspunkt kommt dabei etwa die tatsächlich eingespeiste Energiemenge, die Gesamtleistung der Anlage oder die produzierte Energiemenge in Betracht. Allen Arten der Erhebung dieser Abgabe ist gemein, dass sie bei den Anlagenbetreibern erhoben wird und zur Finanzierung und damit Absenkung der EEG-Umlage (bzw. zur Refinanzierung des Fonds) dienen soll. Die Abgabe kann als Sonderabgabe oder Sondersteuer ausgestaltet sein.

Zum anderen kommt eine gesetzliche Preisregulierung in Betracht, bei der (niedrige) Höchstpreise für die Abgabe des Stroms aus den zuvor geförderten Anlagen festgelegt werden und die Differenz zwischen den gesetzlichen Höchstpreisen und den Marktpreisen zu Gunsten des Fonds abgeschöpft wird.

## I. Sondersteuer oder Sonderabgabe

Das Abgabenrecht kennt einerseits Steuern und andererseits nicht steuerliche Abgaben.<sup>61</sup> Zu den nicht steuerlichen Abgaben zählen die sogenannten Vorzugslasten, die ausschließlich als Gegenleistung für eine staatliche Leistung zu entrichten sind (Gebühren, Beiträge und Abschöpfungsabgaben). Weiterhin gehören zu den nicht steuerlichen Abgaben Sonderabgaben. Da das System der Abgaben aus Steuern, Sonderabgaben und Vorzugslasten nicht abschließend ist<sup>62</sup>, bestehen daneben weitere Abgabearten, die jedoch vorliegend nicht einschlägig sind. Ebenso wenig anwendbar auf die Erhebung einer Abgabe bei den Betreibern ehemals geförderter Anlagen nach dem EEG sind Vorzugslasten, da diese Abgaben ausschließlich als Gegenleistung für eine staatliche Leistung zu entrichten sind. Eine solche staatliche Leistung wird allerdings im Zeitpunkt der Erhebung der Abgabe gerade nicht mehr erbracht, so dass es sich weder um eine Gebühr, noch um einen Beitrag oder eine Abschöpfungsabgabe handelt.

In Betracht kommen daher zum einen eine besondere Steuer und zum anderen eine Sonderabgabe. Die Steuer ist zunächst im Grundgesetz selbst nicht näher definiert, sondern greift die herkömmliche Begriffsbildung der Finanzwirtschaft auf.<sup>63</sup> Nach § 3 Abs. 1 Abgabenordnung sind Steuern Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Im zweiten Halbsatz heißt es weiter, dass die Erzielung von Einnahmen Nebenzweck sein kann. Begriffsbestimmend für eine Steuer ist daher

---

<sup>61</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., Art. 105, Rn. 3 ff.

<sup>62</sup> BVerfGE 82, 159, 181.

<sup>63</sup> Maunz, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 69. EL 2013, Art. 105, Rn. 2.

insbesondere, dass es sich um eine Geldleistung ohne Gegenleistung handelt, die der Erzielung von Einnahmen dient.<sup>64</sup>

Damit kann die Steuer auch von der Sonderabgabe abgegrenzt werden. Der Unterschied zur Steuer liegt darin, dass Sonderabgaben nur von bestimmten Gruppen wegen deren spezieller Verantwortlichkeit für die jeweilige Finanzaufgabe erhoben werden und das Aufkommen regelmäßig in einen Sonderfonds außerhalb des Haushaltsplanes fließt.<sup>65</sup> Von einer Sonderabgabe ist deshalb dann auszugehen, wenn keine Finanzierung des allgemeinen Haushaltes beabsichtigt ist, sondern eine bestimmte Finanzaufgabe von einer bestimmten Gruppe übernommen werden soll.

Nachstehend wird aufgezeigt, dass eine Abschöpfung am „Goldenen Ende“ sowohl durch eine Sonderabgabe (dazu 1.) als auch durch eine Sondersteuer (dazu 2.) möglich sein könnte.

## 1. Sonderabgabe

Das Grundgesetz kennt zunächst den Begriff der Sonderabgaben nicht. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht Sonderabgaben in ständiger Rechtsprechung als zulässige besondere Finanzierungsform anerkannt.<sup>66</sup>

Inzwischen kann die Sonderabgabe als besondere Finanzierungsform als etabliert angesehen werden, wenngleich die genauen Voraussetzungen teils unklar sind und durch das Bundesverfassungsgericht mehrfach modifiziert wurden.<sup>67</sup> Die Erhebung nicht steuerlicher Abgaben auf der Grundlage der Sachkompetenzen aus Art. 70 ff. GG bedarf mit Blick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) und zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung.<sup>68</sup> Bundesgesetzlich eingeführte

---

<sup>64</sup> Gersch, in: Klein, Abgabenordnung, 11. Aufl. 2012, § 3, Rn. 4 ff.

<sup>65</sup> Pahlke, in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl. 2009, § 3, Rn. 35.

<sup>66</sup> BVerfGE 55, 274, 297; BVerfGE 57, 139, 166, BVerfGE 67, 256, 274 f.

<sup>67</sup> Siekmann, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, vor Art. 104a GG, Rn. 147.

<sup>68</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfG, zuletzt Ur. v. 28.01.2014, Az.: 2 BVR 1561/12.

Sonderabgaben dürfen nicht dazu führen, dass die in den Art. 104a ff. GG geregelte Verteilung der Gesetzgebungskompetenz für die Steuererhebung einerseits und für die Verteilung des Steueraufkommens zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden andererseits unterlaufen werden.

Die Zulässigkeitskriterien der Sonderabgaben sind eng auszulegen sind, da sie eine Ausnahme gegenüber den in Art. 104 a ff. GG festgelegten Regeln darstellen.<sup>69</sup>

Durch die Rechtsprechung des BVerfG sind bestimmte Grundanforderungen entwickelt worden: Der Gesetzgeber darf sich des Finanzierungsinstrumentes der Sonderabgabe nur zur Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelschaffung hinausgeht [dazu a)]. Weiter darf nur eine gesellschaftliche Gruppe belastet werden, die abgegrenzt werden kann und eine gewisse Homogenität aufweist [dazu b)]. Diese konkretisierte Gruppe muss eine Finanzierungsverantwortung für den verfolgten Sachzweck haben [dazu c)]. Weiterhin muss die erhobene Abgabe gruppennützig, also im Interesse der Mitglieder der Gruppe verwendet werden [dazu d)]. Schließlich ist eine Dokumentation der erhobenen Sonderabgabe in einer Anlage zum Haushaltsplan ebenso erforderlich wie eine regelmäßige Überprüfung ihrer sachlichen Rechtfertigung [dazu e)]. Das BVerfG hat diese ständige Rechtsprechung in seinem Urteil zur Filmförderungsabgabe vom 28.01.2014 aktuell bestätigt und fortgeführt.<sup>70</sup>

#### a) Verfolgung eines Sachzwecks

Mit der Erhebung der Sonderabgabe, muss der Gesetzgeber einen über die bloße Mittelbeschaffung hinausgehenden Sachzweck verfolgen.<sup>71</sup>

Die Sonderabgabe ließe sich so ausgestalten, dass ihre Erhebung nicht lediglich der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dienen

---

<sup>69</sup> Sigmann, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, vor Art. 104 a, Rn. 157.

<sup>70</sup> BVerfG, Urt. v. 28.01.2014, Az.: 2 BvR 1561/12 u.a., Rz. 121-122.

<sup>71</sup> BVerfGE 124, 348, 366.

würde. Gerade in der Einspeisung der durch die Abgabe erhobenen Mittel in einen Fonds, der zur Reduzierung der EEG-Umlage führen würde, ist ein entsprechender Sachzweck zu sehen. Voraussetzung wäre allerdings weiter, dass die Mittel ausschließlich für diesen besonderen Sachzweck verwendet werden und keine Verwendung zur allgemeinen Finanzierung des Haushalts stattfindet. Um mögliche Risiken auszuschließen, erscheint es daher sinnvoll, die Abgabe so auszugestalten, dass die aufgebrachtten Mittel direkt in einen besonderen Fonds fließen, aus dem die (anteilige) Finanzierung der Lasten der ÜNB aus der Einspeisevergütung erfolgt.

Das Bundesverfassungsgericht prüft bei der Erhebung von Sonderabgaben auch, ob die gesetzgebende Körperschaft über die notwendige Kompetenz zur Erhebung der Abgabe verfügt. Dabei richtet sich die Gesetzgebungskompetenz nicht nach Art. 105 GG, der die Steuergesetzgebungskompetenz abschließend regelt, sondern nach den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff.<sup>72</sup> Für den vorliegenden Sachverhalt kann sich der Bundesgesetzgeber auf den Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen, der das Recht der Wirtschaft einschließlich der Energiewirtschaft beinhaltet. Der Kompetenztitel Energiewirtschaft umfasst die Energiegewinnung und -verteilung aller Energien und Energieträger, einschließlich der Energiepreise und -leitungen, der Sicherung der Energieversorgung und der Energieeinsparung.<sup>73</sup> Der Begriff ist insbesondere entwicklungsoffen für künftige Innovationen auf dem Energiesektor.<sup>74</sup>

Auf Grund des Vorgenannten ist davon auszugehen, dass die Erhebung einer Sonderabgabe, die der Finanzierung eines Fonds zur Reduktion des Volumens der EEG-Umlage dient, auf den Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden kann. Dabei ist auch die Voraussetzung von Art. 72 Abs. 2 GG als gegeben anzunehmen. Nach dieser Vorschrift ist der Bund auf dem Gebiet von Art. 74 Abs. 1

---

<sup>72</sup> BVerfG, Urt. v. 28.01.2014, Az.: 2 BvR 1561/12 u.a., Rz. 100-119; ebenso: BVerfGE 4, 7, 13, BVerwG, Beschl. v. 18.05.2004, Az.: 2 BVR 2374/99, NVwZ 2004, 1477, 1478 f.

<sup>73</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 22.

<sup>74</sup> Kunig, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74, Rn. 42.

Nr. 11 GG nur gesetzgebungskompetent, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamten Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Auszugehen ist vorliegend davon, dass eine bundesrechtliche Regelung der Abschöpfung am „Goldenen Ende“ sowohl zur Rechtseinheit als auch zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse dient. Indem die Sonderabgabe der Entlastung insbesondere der privaten Haushalte dienen soll, erscheint nur eine bundeseinheitliche Erhebung möglich, so dass davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber insoweit kompetent ist.

#### **b) Gruppenhomogenität**

Voraussetzung für die Erhebung einer Sonderabgabe ist weiterhin, dass diejenigen, von denen die Abgabe erhoben werden soll, eine abgrenzbare gesellschaftliche Gruppe bilden.<sup>75</sup> Die Gruppe muss dabei durch eine gemeinsame, in der Rechtsordnung vorgegebene Interessenlage oder durch besondere Gemeinsamkeiten von der Allgemeinheit oder anderen Gruppen abgrenzbar sein.

Als abgrenzbare Gruppen kommen vorliegend sowohl die Betreiber von Anlagen zur Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien in Betracht, wie auch die Betreiber von Anlagen, die eine Einspeisevergütung i.S.d. EEG erhalten haben. Die erstgenannte Gruppe ist bereits durch die Sozialordnung vorgegeben, da die Betreiber von Anlagen zur Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien zum einen von anderen Betreibern von Anlagen zur Energiegewinnung und zum anderen von den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft abgrenzbar sind. Hinsichtlich der zweitgenannten Gruppe ist eine Abgrenzung durch die Rechtsordnung vorgenommen worden. Indem das EEG die Einspeisevergütung regelt, bildet es eine Gruppe der nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG anspruchsberechtigten Anlagenbetreiber.

---

<sup>75</sup> Sigmann, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, vor Art. 104 a, Rn. 165.

Hinsichtlich der Vorgabe der Gruppenhomogenität ist daher im Ergebnis davon auszugehen, dass sowohl die Betreiber von Anlagen zur Gewinnung von Strom aus erneuerbaren Energien als auch die nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG geförderten Betreiber von entsprechenden Anlagen mit der Abgabe belegt werden könnten.

### c) **Finanzierungsverantwortung**

Weitere Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Sonderabgabe ist eine spezifische Beziehung zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck. Der Gruppe muss „deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden“ können.<sup>76</sup>

So hatte beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung zur Zulässigkeit einer Erhebung von Jahresbeiträgen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz zu einer Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen ausgeführt, „dass die Entschädigungseinrichtung der Absicherung der Risiken dient, die gerade auf die Tätigkeit der Institute in einem risikoempfindlichen Markt zurückzuführen sind und die Institute zu einer Risikogemeinschaft werden lassen“.<sup>77</sup> Dem hat sich das Bundesverfassungsgericht angeschlossen und eine Finanzierungsverantwortung für Ausfallrisiken gegenüber den Anlegern angenommen.<sup>78</sup> In der Entscheidung zur Filmförderungsabgabe hat das Bundesverfassungsgericht die besondere Sachnähe und Finanzierungsverantwortung der Inlandsvermarkter von Kinofilmen für die Filmförderung mit der „Gemeinsamkeit des Interesses an der durch die Abgabe geförderten gedeihlichen Struktur der deutschen Filmwirtschaft und am Erfolg des deutschen Films“ begründet.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> BVerfGE 124, 348, 366.

<sup>77</sup> BVerfGE 120, 311, 323.

<sup>78</sup> BVerfGE 124, 348, 366.

<sup>79</sup> BVerfG, Urt. v. 28.01.2014, a. a. O., Rz. 131.

Eine besondere Sachnähe und Finanzierungsverantwortung zumindest der Betreiber von nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG geförderten Anlagen für eine Abgabe zur Refinanzierung des Fonds ist ebenfalls gegeben: Durch die Förderung wurde die Erhebung der EEG-Umlage notwendig, die zu einer Steigerung der Strompreise insbesondere für Endverbraucher geführt hat. Die Finanzierungsverantwortung derjenigen, die von der Einspeisevergütung profitiert haben, liegt daher greifbar nahe. Keine andere Gruppe könnte treffender belastet werden, als diejenigen, die zunächst gefördert wurden und nunmehr nach erfolgter Abschreibung erhebliche Gewinne aus den geförderten Anlagen erwirtschaften können. Das gemeinsame Gruppeninteresse an der Förderung der EEG-Anlagen begründet die Sachnähe und Finanzierungsverantwortung.

Aus dem vorgenannten ergibt sich allerdings auch, dass die Belastung sämtlicher Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien – insbesondere solche, die keine Förderung nach dem EEG erhalten haben – nicht möglich erscheint. Eine dahingehende Finanzierungsverantwortung dieser Gruppe ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Zwar ließe sich noch argumentieren, dass auch diejenigen Betreiber von Anlagen zur Produktion von Strom aus erneuerbaren Energien von den Innovationsfortschritten auf Grund der EEG-Förderung profitiert haben, jedoch erscheint diese Zuordnung nur mittelbar, so dass eine Belastung dieser Gruppe im Ergebnis problematisch wäre. Insbesondere fiel eine Abgrenzung zu den Betreibern von Anlagen zur Gewinnung von Strom aus anderen Energiequellen insofern schwer, als auch diese teilweise über abgeschriebene Anlagen verfügen.

#### **d) Gruppennützige Verwendung**

Die erhobene Abgabe muss zudem gruppennützig verwendet werden.<sup>80</sup> Dabei genügt es, wenn das Aufkommen „überwiegend“ im In-

---

<sup>80</sup> BVerfGE 108, 186, 229, 230; Heintzen, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 105, Rn. 25.



teresse der Gesamtgruppe und nicht jedes einzelnen Abgabepflichtigen verwendet wird.<sup>81</sup>

Zu der Erhebung einer Berufsausbildungsabgabe, die von Arbeitgebern erhoben wurde und der Gewährung von finanziellen Hilfen an ausbildende Betriebe verwendet werden sollte, hat das Bundesverfassungsgericht wie folgt ausgeführt:

*„Die Berufsausbildungsabgabe wird im Interesse der Gruppe der abgabepflichtigen Arbeitgeber, also ‚gruppennützig‘ verwendet. Das Aufgabenaufkommen ist ausschließlich für die Gewährung finanzieller Hilfen (Förderungsmaßnahmen) nach § 2 Abs. 1 AusbPIFöG vorgesehen. Den finanziellen Hilfen ist gemeinsam, dass sie Betrieben – und damit Arbeitgebern – oder sonstigen Einrichtungen zu Gute kommen, die eine betriebliche Berufsausbildung durchführen. Damit fließen sie entweder unmittelbar Arbeitgebern zu, die die Voraussetzungen nach § 2 AusbPIFöG für die Bewahrung finanzieller Hilfen erfüllen, oder sie verbessern die generelle Ausbildungssituation, woran die Arbeitgeber – wie oben dargelegt – generell ein besonderes Interesse haben; insoweit werden sie mittelbar im Interesse der abgabepflichtigen Arbeitgeber verwendet. [...] Da der Nutzen der Abgabeverwendung an den Interessen der Gesamtgruppe der Arbeitgeber gemessen werden muss, ist es unbeachtlich, dass nach der Konzeption des Ausbildungsplatzförderungsgesetzes einzelne Gruppenmitglieder zwar abgabepflichtig, aber nicht förderungsberechtigt sein mögen, andere wiederum zwar von der Abgabe befreit sind, gleichwohl aber in den Genuss von Förderungsmitteln gelangen können. [...] Denn auch diese Besonderheiten ändern nichts daran, dass das Aufkommen aus der Berufsausbildungsabgabe im überwiegenden Interesse der Gesamtgruppe der Arbeitgeber verwendet wird; dieses*

---

<sup>81</sup> BVerfGE 55, 274, 315 f.

*Gesamtinteresse besteht letztlich darin, für die Zukunft ein ausreichendes Angebot an den in der Regel von allen Arbeitgebern benötigten qualifizierten, berufsbezogen ausgebildeten Arbeitskräften zur Verfügung zu haben.“*

Bei der Anwendung der vorgenannten Kriterien auf die Erhebung einer Abgabe der Betreiber zuvor geförderter Anlagen besteht folgende Problematik: Die Erhebung der Sonderabgaben erfolgt mit dem Ziel, das Volumen der EEG-Umlage zu senken bzw. die zur Senkung bereits verwendeten Mittel des Fonds zu refinanzieren. Im Zeitpunkt der Erhebung der Abgabe profitieren die Betreiber ehemals nach dem EEG geförderter Anlagen nicht mehr unmittelbar, zu diesem Zeitpunkt erhalten sie keine Förderung nach § 16 Abs. 1 EEG mehr. Es ist auch – anders als bei der Berufsbildungsabgabe – keine unmittelbare Verwendung der Mittel zugunsten einzelner Mitglieder der Gruppe ersichtlich. Eine Verwendung des Abgabeaufkommens zugunsten der belasteten Gruppe der Betreiber geförderter EEG-Anlagen ist aber bei zeitübergreifender Gesamtbetrachtung gegeben, wenn die gesamten Zahlungsflüsse unter Berücksichtigung der Einspeisevergütungen, deren zeitlich versetzter Refinanzierung die Abgabe dient, betrachtet werden. Eine solche zeitübergreifende Betrachtung ist gerechtfertigt, da es nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade nicht darauf ankommt, dass das einzelne Gruppenmitglied durch die Verwendung der von ihm erhobenen Abgabe einen zurechenbaren unmittelbaren Vorteil hat, sondern auf den Nutzen der Gesamtgruppe.

Bei einer zeitübergreifenden Betrachtungsweise ergibt sich eine direkte gruppennützige Verwendung der Mittel: Betrachtet man die Förderleistungen nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EEG zeitübergreifend, so sind diese genau der Gruppe zugeflossen, die auch nunmehr die Abgaben aufbringen soll.

In der Entscheidung zur Filmförderungsabgabe hat das Bundesverfassungsgericht zudem die besonders enge Verbindung zwischen der spezifischen Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Zweck der Abgabenerhebung, einer daraus ableitbaren Finanzierungsverant-

wortung und der gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens betont:

*„Die Erfüllung dieser Merkmalsgruppe in ihrem Zusammenspiel bildet zugleich den entscheidenden Rechtfertigungsgrund für eine zu der Gemeinlast der Steuern hinzutretende Sonderlast und sichert so die Wahrung verhältnismäßiger Belastungsgleichheit. Sind Sachnähe zum Zweck der Abgabe und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, so wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.“<sup>82</sup>*

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch eine mittelbar gruppennützige Verwendung genügt. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Klärschlamm-Entschädigungsfonds ausgeführt:

*„Das Beitragsaufkommen für den Klärschlamm-Entschädigungsfonds fließt zwar nicht an die Gruppe der Abgabenschuldner zurück. Unmittelbar finanziell begünstigt ist von den Schadensersatzleistungen des Klärschlamm-Entschädigungsfonds insbesondere die Landwirtschaft. Eine mittelbare Verwendung des Abgabenaufkommens im Interesse der Abgabepflichtigen ist aber grundsätzlich ausreichend [...]. Die Gruppennützigkeit der Aufkommensverwendung ergibt sich auch daraus, dass der Fonds die Abgabepflichtigen als potenzielle Schadensverursacher von individuellen Ersatzpflichten entlastet. Insofern kann von einer versicherungsnahen Lösung gesprochen werden.“<sup>83</sup>*

---

<sup>82</sup> BVerfG, Urt. v. 28.01.2014, Az.: 2 BVR 1561/12, Rz. 126.

<sup>83</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.05.2004, Az.: 2 BVR 2374/99, NVwZ 2004, 1477, 1480.

Das Bundesverfassungsgericht hat weiterhin Ausnahmen von der ausschließlich gruppennützigen Verwendung zugelassen. So ist in der Entscheidung zum Absatzfondsgesetz, durch das eine Abgabe eingeführt wurde, die von Betrieben der Land-, Forst- und Ernährungswirtschaft für einen Absatzfonds erhoben wurde, der den Absatz und die Verwertung der Erzeugnisse dieser Wirtschaftszweige fördern sollte, wie folgt ausgeführt worden:

*„Die nicht steuerliche Belastung der Angehörigen einer Gruppe setzt voraus, dass zwischen den von der Sonderabgabe bewirkten Belastungen und den mit ihr finanzierten Begünstigungen eine sachgerechte Verknüpfung besteht, diese Verknüpfung wird hergestellt, wenn das Abgabenaufkommen im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen, also gruppennützig, verwendet wird. „Fremdnützige“ Sonderabgaben sind – ungeachtet möglicher Bedenken aus den Grundrechten – unzulässig, es sei denn, dass die Natur der Sache eine finanzielle Inanspruchnahme der Abgabepflichtigen zu Gunsten fremder Begünstigter aus triftigen Gründen eindeutig rechtfertigt.“<sup>84</sup>*

Auch wenn man von einem engeren Verständnis der Gruppennützigkeit ausgeht und eine „fremdnützige“ Verwendung des Abgabenaufkommens zugunsten der Stromverbraucher annimmt, lässt sich die finanzielle Inanspruchnahme der Abgabepflichtigen zu Gunsten der Stromverbraucher aus der Natur der Sache aus triftigen Gründen rechtfertigen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die „Notwendigkeit“ zur Finanzierung eines Teils der EEG-Umlage aus den Erträgen der EEG-Anlagenbetreiber am „goldenen Ende“ entstanden ist, da die gesetzgeberische Entscheidung zur Förderung erneuerbarer Energien hohe Anfangs-Investitionen erfordert hat. Diejenigen Anlagebetreiber, die durch hohe Einspeisevergütungen davon profi-

---

<sup>84</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.05.1990, Az.: 2 BVL 12/88, 2 BVL 13/88 und 2 BVR 1436/87, NVwZ 1991, 53, 54.

tiert haben, weisen daher eine besondere Nähe zu dieser Finanzierungsaufgabe auf.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass auch die Forderung nach einer gruppennützigen Verwendung erfüllt ist. Die gruppennützige Verwendung wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits durch die Sachnähe der belasteten Gruppe zum (Finanzierungs-)Zweck der Abgabe und der Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe begründet. Für die Beurteilung des Gruppennutzens ist eine Gesamtbetrachtung in zeitlicher Hinsicht unter Einbeziehung der Förderphase vorzunehmen. Das Aufkommen aus der Abgabe wird zur Refinanzierung des Aufwandes verwendet, der durch die Einspeisevergütung entstanden ist. Auch wenn die Mittel aus der Abgabe zum Erhebungszeitraum nicht unmittelbar der Gruppe der Abgabepflichtigen zufließen, sondern dem Fonds bzw. mittelbar den Stromverbrauchern, ist unter Einbeziehung der gezahlten Einspeisevergütungen, deren Refinanzierung die Abgabe dient, die jedenfalls mittelbare Gruppennützigkeit evident. Selbst wenn man dieser zeitübergreifenden Betrachtungsweise nicht folgt und von einer „fremdnützigen Verwendung“ zugunsten des Fonds bzw. der Stromverbraucher ausgeht, kann die Abgabenerhebung unter dem Gesichtspunkt der „Natur der Sache“ gerechtfertigt werden.

#### e) **Dokumentation im Haushaltsplan**

Eine Dokumentation der Sonderabgabe ist im Anhang zum Haushaltsplan erforderlich. Die Dokumentation muss Aufschluss geben über Bestand und Entwicklung der Sonderabgaben sowie über das Verhältnis zu den erhobenen Steuern.<sup>85</sup>

### 2. **(Sonder-)Steuer**

Als zweite Möglichkeit kommt die Ausgestaltung der Abgabe als Steuer in Betracht, die auf die Abschöpfung der am „Goldenen Ende“ erwirtschafteten Gewinne zielt. Im Unterschied zur Sonderabgabe muss das Aufkom-

---

<sup>85</sup> BVerfGE 108, 186, 218 f.

men aus einer (Sonder-)Steuer in den allgemeinen Haushalt eingestellt werden und zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dienen.<sup>86</sup> Eine Zuweisung der so erhobenen Mittel an einen Fonds, aus dem zuvor Mittel entnommen wurden, um die EEG-Umlage abzusenken, ist durch jährliche Zuweisungen im Haushaltsgesetz möglich.

Belastet und damit Steuerschuldner sollen die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien nach deren Abschreibung sein. In Betracht kommt daher nur eine Steuer, die an die Erzeugung (oder den Eigenverbrauch und die Einspeisung) von Energie aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, die bereits 20 Jahre alt sind, anknüpft. Ausgeschlossen werden kann folglich eine Verbrauchssteuer, die an den Verbrauch der Energie anknüpft. Als Verbrauchssteuer ist etwa die Stromsteuer ausgestaltet, die gemäß § 5 Abs. 2 Stromsteuergesetz von den Versorgern (bzw. Eigenerzeugern) erhoben wird. Eine Verbrauchssteuer hat über die Abwälzung eine beabsichtigte Belastung der Endverbraucher zur Folge, die vorliegend aber gerade nicht gewollt ist.

Hinsichtlich der Erhebung von Steuern steht dem Gesetzgeber ein sogenanntes Steuererfindungsrecht zu.<sup>87</sup> Es steht dem Gesetzgeber daher innerhalb der Kompetenzordnung von Art. 105 GG frei, auch neue Steuern einzuführen.

Gemäß Art. 105 GG ist der Bundesgesetzgeber gesetzgebungskompetent, wenn ihm das Aufkommen dieser Steuern ganz oder zum Teil zusteht oder die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG vorliegen (Art. 105 Abs. 2 GG). Umstritten ist allerdings, ob der Gesetzgeber nur diejenigen Steuern „erfinden“ darf, für die Art. 106 GG eine Zuweisung zu einer Körperschaft vornimmt.<sup>88</sup> Nach überwiegender Auffassung ist eine Erhebung nur von solchen Steuern zulässig, die bereits zugewiesen sind. Weitere Steuern können erst nach einer Grundgesetzänderung eingeführt werden.

---

<sup>86</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 105, Rn. 6.

<sup>87</sup> BVerfGE 16, 64 (78).

<sup>88</sup> Vgl. zum Streitstand Heinzen, in: von Münch/Kunig, GG, Band 2, 6. Aufl. 2012, Art. 105, Rn. 47 ff.

Hinsichtlich der hier in Betracht zu ziehenden Steuern auf die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien handelt es sich entweder um eine in Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG den Gemeinden zugewiesene Gewerbesteuer oder um eine bisher nicht enthaltene weitere Steuer. Es erscheint daher zum einen möglich, die Steuer auf die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien als besondere Form der Gewerbesteuer auszugestalten, dann allerdings mit der Konsequenz einer Zuweisung des Aufkommens an die Gemeinden.<sup>89</sup> Ebenso gangbar ist der Weg über eine Grundgesetzänderung, die die Zuweisung der Einnahmen an den Bund ermöglichen würde.

Die erhobene Steuer soll der (Re-)Finanzierung der notwendigen Mittel für die Absenkung der EEG-Umlage dienen. Folglich kommt die Ausgestaltung als Gewerbesteuer, deren Aufkommen nach Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG den Gemeinden zugewiesen ist, nicht in Betracht, da der Bund über diese Einnahmen nicht verfügen kann.

Soweit der Weg über eine Verfassungsänderung gewählt wird, durch die das Aufkommen aus dieser Sondersteuer dem Bund zugewiesen wird, sind folgende weitere Voraussetzungen zu beachten.

#### a) **Einnahmenerzielung**

Das Aufkommen der Sondersteuer auf die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien muss dem öffentlichen Gemeinwesen endgültig zufallen und in den allgemeinen Haushalt eingestellt werden.<sup>90</sup> Daneben verfolgte Lenkungszwecke sind unschädlich, solange die Erzielung von Einnahmen zumindest Nebenzweck bleibt.<sup>91</sup> Die Zuweisung zu dem Fonds könnte nicht generell durch das die Steuererhebung regelnde Gesetz vorgesehen werden, sondern müsste jährlich durch das Haushaltsgesetz erfolgen, wie es beispielsweise

---

<sup>89</sup> So für die Einführung einer Maschinensteuer etwa Sigmann, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 105, Rn. 52.

<sup>90</sup> Gersch, in: Klein, AO, 11. Aufl. 2012, § 3, Rn. 8.

<sup>91</sup> Zu Lenkungssteuern, vgl. umfassend Sigmann, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, vor Art. 104 a, Rn. 14 ff.

auch hinsichtlich der Zuweisung eines Teils des Aufkommens der Stromsteuer an die gesetzlichen Rentenversicherungen der Fall ist.<sup>92</sup>

## b) Steuergerechtigkeit

Weiterhin ist bei der Ausgestaltung der Steuer auf eine Ungleichheit i.S.d. Steuergerechtigkeit zu achten. Das Bundesverfassungsgericht misst Steuern an den Maßstäben des aus Art. 3 GG folgenden Gleichheitssatzes.<sup>93</sup> Dabei hat das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich wie folgt ausgeführt:

*„Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes verlangt den Vergleich von Lebensverhältnissen, die einander nicht in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleichen. Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers darüber zu entscheiden, welche von diesen Elementen er für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung als maßgebend ansieht. Auch bei der Erschließung von Steuerquellen hat er eine weitgehende Gestaltungsfreiheit. Will er eine bestimmte Steuerquelle erschließen, andere hingegen nicht, dann ist der allgemeine Gleichheitssatz grundsätzlich nicht verletzt, solange es sich die Verschiedenbehandlung mit finanzpolitischen, volkswirtschaftlichen, sozialpolitischen oder steuertechnischen Erwägungen rechtfertigen lässt.“<sup>94</sup>*

Im Rahmen der vorgenannten Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht darüber zu befinden, ob die unterschiedliche Besteuerung von Kraftdroschken (heute: Taxen) und Mietwagen im Rahmen der Umsatzsteuer verfassungsrechtlich zulässig ist. Das Bundesverfassungsgericht bejaht die aufgeworfene Frage und führt

---

<sup>92</sup> Die Stromsteuer wurde als „Ökosteuern“ im Rahmen der ökologischen Steuerreform der rot-grünen Koalition eingeführt mit dem Ziel, die Arbeit zu entlasten und den Energieverbrauch zu belasten. Weil die Stromsteuer eine Steuer ist, fließt aber das Aufkommen zunächst in voller Höhe in den Bundeshaushalt und nicht unmittelbar in die Rentenkassen.

<sup>93</sup> Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck. Onlinekommentar, GG, Edition 19, Art. 3, Rn. 147.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 01.02.1992, Az.: 1 BVL 29/87, NJW 1992, 1815.



zur Begründung aus, dass Kraftdroschken im Unterschied zu Mietwagen eine Beförderungspflicht auferlegt ist und sie außerdem Teil des öffentlichen Personennahverkehrs seien. Daher verletze die unterschiedliche umsatzsteuerliche Behandlung das Grundgesetz nicht.

Angewendet auf die vorliegende Fragestellung ist zunächst zu prüfen, ob eine Besteuerung nur der Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zulässig ist und ob die Ungleichbehandlung mit den Erzeugern von Strom aus anderen Energiequellen gerechtfertigt ist. Unter Berücksichtigung der vorzitierten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber unbenommen ist, bestimmte Bereiche der Energieerzeugung mit einer eigenen Steuer zu belegen und andere Bereiche davon freizustellen, wenn er dies aus energie- oder wirtschaftspolitischen sachlichen und willkürfreien Erwägungen für sachgerecht erachtet.<sup>95</sup>

Die weiterhin zu beantwortende Frage, ob auch eine Besteuerung nur der Betreiber von Anlagen, die nach dem EEG gefördert worden sind, zulässig ist, erscheint ungleich schwerer zu beurteilen. Zwar stellt die Tatsache, dass für den erzeugten Strom einer Anlage Einspeisevergütungen gezahlt wurden, ein rechtlich vorgegebenes Differenzierungsmerkmal dar, jedoch ist die Vergleichbarkeit der Gruppen der Betreiber von geförderten und der Betreiber von nicht geförderten Anlagen – im Steuererhebungszeitraum nach Ende der Förderung und nach der Abschreibung – sehr groß. Es erscheint daher zweifelhaft, ob allein an die Tatsache der früheren Förderung einer Anlage als Differenzierungsmerkmal für die Besteuerung angeknüpft werden kann. Anders als bei einer Sonderabgabe ist bei einer Steuer nach den maßgeblichen rechtlichen Anforderungen nicht zu prüfen, welche Gruppe eine Finanzierungsverantwortung trifft, sondern allein, ob die gewählte Anknüpfung durch den Gesetzgeber mit

---

<sup>95</sup> Die politische Frage, ob eine (künftige) steuerliche Belastung gerade der Erneuerbaren Energien und eine darin liegende Begünstigung anderer Energieträger mit den Zielen der Energiewende vereinbar ist oder auch andere Energieträger belastet werden sollten, ist nicht Gegenstand der vorliegenden rechtlichen Untersuchung.

Art. 3 GG vereinbar ist; insoweit ergibt sich kein Wertungswiderspruch, wenn bei einer Sonderabgabe wegen der Forderung nach Sachnähe und Finanzierungsverantwortung die Beschränkung der Abgabepflicht solche Anlagenbetreiber geboten ist, die eine Einspeisevergütung erhalten haben, bei der Steuer hingegen eine Einbeziehung sämtlicher Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien nach Ablauf von 20 Jahren aus Gründen der Gleichbehandlung geboten erscheint.

Jedenfalls zulässig wäre die Erhebung einer steuerlichen Abgabe von allen Betreibern von bereits abgeschriebenen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien.

### c) **Folgerungen**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Einführung einer steuerlichen Abgabe auf die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien grundsätzlich möglich, eine Beschränkung der Steuerpflicht auf die Betreiber geförderter Anlagen aber problematisch ist. Damit das Aufkommen dem Bund zufließen kann, wäre – der überwiegenden Auffassung im Schrifttum folgend – für die Einführung eine Änderung von Art. 106 GG erforderlich.

## 3. **Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass grundsätzlich für eine Abgabe zur Abschöpfung der Gewinne des „goldenen Endes“ von geförderten EEG-Anlagen die Ausgestaltung als Sonderabgabe ebenso in Betracht kommt, wie als Sondersteuer. Die von der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Voraussetzungen für die Erhebung von Sonderabgaben (über die Einnahmeerzielung hinausgehender Sachzweck, Homogenität der belasteten Gruppe, Sachnähe und Finanzierungsverantwortlichkeit der Gruppe für den Finanzierungszweck, gruppennützige Verwendung) sind erfüllt. Dies gilt namentlich auch für die Forderung nach einer gruppennützigen Verwendung.

Für die Einführung einer Sondersteuer auf die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien ergibt sich die Notwendigkeit einer Verfassungs-

änderung, da diese Einnahmen dem Bund zufließen sollen. Im Hinblick auf den steuerlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist zweifelhaft, ob bei einer steuerlichen Lösung zwischen ehemals geförderten und nicht geförderten Anlagen differenziert werden kann, da sich im Erhebungszeitraum daraus keine Unterschiede zwischen den Gruppen ergeben.

Für die beabsichtigte gezielte Abgabenbelastung der Betreiber ehemals geförderter Anlagen ist daher die Erhebung einer Sonderabgabe das geeignetere Instrument. Der Vorteil einer Sonderabgabe gegenüber einer Steuer besteht zudem darin, dass ihr Aufkommen unmittelbar dem Fonds zufließen kann, ohne dass darüber jährlich durch den Haushaltsgesetzgeber zu entscheiden ist.

## II. Preisregulierungsmodelle

Als Alternative zu den vorstehend erörterten Abgabenlösungen sind im Folgenden Preisregulierungsmodelle zu prüfen. Der Grundgedanke einer Preisregulierung besteht darin, die Betreiber von ehemals – durch Einspeisevergütung oder Marktprämien – geförderten Anlagen nach dem Ende des Förderzeitraums zu verpflichten, den in den Anlagen am „Goldenen Ende“ erzeugten Strom zu gesetzlich festgelegten (niedrigen) Höchstpreisen abzugeben. Die Differenz zwischen dem gesetzlich vorgegebenen Höchstpreis und den jeweiligen Marktpreisen soll der Refinanzierung des Fonds dienen.

Im Folgenden ist zunächst zu erörtern, wie ein solches Preisregulierungsmodell ausgestaltet werden kann, um das Ziel einer Abschöpfung der Differenz zwischen dem regulierten Höchstpreis und dem Marktpreis für den Fonds zu erreichen (dazu nachfolgend 1.).

Durch eine gesetzliche Preisregulierung wird in die Rechte der Anlagenbetreiber eingegriffen. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Regelung ist insbesondere an den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 3, Art. 12 und Art. 20 GG zu messen (dazu nachfolgend 2. – 4.). Weiterhin ist die Vereinbarkeit mit Europarecht zu beurteilen (dazu nachfolgend 5.). Zu berücksichtigen ist weiterhin die beabsichtigte Abschöpfung der Vermarktungsüberschüsse zu Gunsten des Fonds (dazu nachfolgend 6.).

## 1. Ausgestaltung der Preisregulierung und Vermarktungsmodelle

### a) Einspeiseverpflichtung und Vermarktung über die ÜNB

Ein Regelungsmodell zur Ausgestaltung der Preisregulierung und Abschöpfung der Differenz zwischen dem gesetzlichen Höchstpreis und dem Marktpreis kann darin bestehen, die Anlagenbetreiber zu verpflichten, den von ihnen produzierten Strom in das Netz einzuspeisen und den eingespeisten Strom an die Netzbetreiber zu den gesetzlich festgesetzten Höchstpreisen zu verkaufen. Die Netzbetreiber werden – entsprechend den derzeit geltenden Ausgleichsregelungen der § 36 ff. EEG 2012 – zur Weitergabe des Stroms an die ÜNB verpflichtet. Die ÜNB erstatten den Netzbetreibern die an die Anlagenbetreiber gezahlte Vergütung und werden zur Vermarktung des Stroms entsprechend § 37 EEG 2012 verpflichtet. Die erzielten Vermarktungsüberschüsse werden durch die ÜNB entweder – solange noch eine EEG-Umlage nach § 37 EEG 2012 erhoben wird – dem EEG-Umlage-Konto gutgeschrieben oder von den ÜNB an den Fonds abgeführt.

Eine Direktvermarktung des erzeugten Stroms durch die Anlagenbetreiber wäre bei einem solchen Regelungsmodelle ebenso ausgeschlossen, wie ein Eigenverbrauch.

Für Anlagenbetreiber, die innerhalb des 20jährigen Förderzeitraums des EEG nicht von der Direktvermarktungsoption nach den §§ 33a ff. EEG 2012 Gebrauch gemacht haben, würde sich hinsichtlich der Vermarktungsstrukturen nichts ändern. An die Stelle der gesetzlich garantierten (Mindest-)Einspeisevergütung würde ein gesetzlich regulierter Höchstpreis treten. An die Stelle der Anschluss- und Abnahmeverpflichtung der Netzbetreiber würde eine Anschluss- und Einspeiseverpflichtung der Anlagenbetreiber treten.

Anlagenbetreiber, die von der Direktvermarktungsoption der §§ 33a ff. EEG 2012 Gebrauch gemacht haben, dürften den Strom nach dem Ende des Förderzeitraums nicht mehr selbst vermarkten, wobei aufgrund des gesetzlich vorgegebenen Höchstpreises der wirtschaftliche Anreiz für eine Direktvermarktung ohnehin entfallen würde.

Anlagenbetreiber von Anlagen, für die die obligatorische Direktvermarktung nach dem (geplanten) EEG 2014 gilt, wären nicht betroffen. Der EEG-Vorleistungsfonds soll der Übernahme der Finanzierungslasten für die vor dem EEG 2014 in Betrieb genommenen Anlagen dienen, so dass auch die Mechanismen zur Refinanzierung des Fonds sich nur auf solche Anlagen erstrecken, die die Förderung nach dem EEG 2000 bis EEG 2012 in Anspruch genommen haben.

#### **b) Preisregulierung und Direktvermarktung**

Alternativ käme in Betracht, keine Einspeiseverpflichtung und zentrale Vermarktung durch die ÜNB vorzusehen, sondern die Vermarktung den Anlagenbetreibern zu überlassen und lediglich gesetzliche Höchstpreise festzulegen.

Damit das Ziel der Preisregulierung – eine Refinanzierung der Aufwendungen des Fonds – erreicht werden kann, wären die Abnehmer des Stroms zu verpflichten, die von ihnen aufgrund der Differenz zwischen dem regulierten Abnahmepreis und den am Markt erzielbaren Vermarktungserlösen ganz oder teilweise an den Fonds abzuführen. Die Abführungsverpflichtung könnte sich dabei alternativ nicht auf den tatsächlichen Vermarktungsüberschuss, sondern – in Anlehnung an das Verfahren zur Berechnung der Marktprämie nach der Anlage 4 zum EEG 2012 – auf einen Referenzmarktwert beziehen. Dadurch bliebe für die Abnehmer des Stroms ein Anreiz für die Mitwirkung an der Direktvermarktung bestehen.

#### **c) Vor- und Nachteile der Vermarktungsmodelle**

Aus rechtlicher Sicht erscheinen beide Vermarktungsmodelle für eine Preisregulierung grundsätzlich gangbar, wie im Folgenden näher darzulegen sein wird<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Die nachfolgende Untersuchung befasst sich mit den Belastungen der Anlagenbetreiber. Die in der Vermarktungsverpflichtung der ÜNB und ihrer Verpflichtung zur Verrechnung der Vermarktungsüberschüsse auf dem EEG-Konto liegende Belastung der ÜNB bedarf keiner vertieften rechtlichen Prüfung, weil sie nicht über die den ÜNB aus den geltenden Regelungen des EEG auferlegten Pflichten hinausgeht. Die Verpflichtung der ÜNB zur Abführung von Vermarktungsüberschüssen an den Fonds ist

Das Modell einer Verbindung der gesetzlichen Preisregulierung mit einer Einspeiseverpflichtung und einer zentralen Vermarktung durch die ÜNB hat in praktischer Hinsicht Vorteile:

- Es ermöglicht, die Vermarktungsüberschüsse dem EEG-Umlagekonto gutzuschreiben, solange noch durch die ÜNB eine EEG-Umlage bei dem EVU erhoben wird.
- Abführungen an den Fonds erfolgen nur durch die vier Übertragungsnetzbetreiber. Im Direktvermarktungsmodell wird demgegenüber ein erheblicher bürokratischer Aufwand erforderlich, weil die Abschöpfung bei einer Vielzahl von Abnehmern zu erfolgen hat und durch den Fonds eine Kontrolle einer Vielzahl von Direktvermarktungs-Beziehungen zwischen den Anlagenbetreibern und ihren Abnehmern zu erfassen und zu kontrollieren ist.

Gegen das Modell einer zentralen Vermarktung durch die ÜNB spricht, dass es sich bei diesem Vermarktungsmodell um ein „Auslaufmodell“ handelt. Nach dem EEG 2014 soll künftig grundsätzlich eine obligatorische Direktvermarktung erfolgen und nur noch für kleine Anlagen ein gesetzlicher Anspruch auf eine Einspeisevergütung mit Abnahmeverpflichtung der Netzbetreiber und Vermarktungsverpflichtung der ÜNB bestehen. Allerdings wird diese obligatorische Direktvermarktung nicht für Anlagen gelten, die vor dem EEG 2014 in Betrieb genommen sind. Insoweit bleiben die gesetzlichen Ansprüche auf Abnahme und Zahlung der Einspeisevergütung durch die Netzbetreiber mit anschließender zentraler Vermarktung durch die ÜNB auch durch die Regelungen des EEG 2014 voraussichtlich unberührt.

---

rechtlich unproblematisch, weil sie nur Vorteile abschöpft, die durch die gesetzliche Preisregulierung zu Lasten der Anlagenbetreiber bei den ÜNB entstehen. Gleiches gilt für die im Direktvermarktungsmodell vorgesehene Abschöpfung der Differenz zwischen dem gesetzlich festgelegten Abnahmepreis und dem tatsächlichen Verwaltungserlös bzw. Referenz-Marktwert bei den Abnehmern.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass seit Inkrafttreten des EEG 2012 ein erheblicher Teil der Anlagenbetreiber von der freiwilligen Direktvermarktungsoption nach den § 33a ff. EEG 2012 Gebrauch gemacht hat. Bereits im Dezember 2012 wurden 43 % des erzeugten EEG-Stroms durch die Anlagenbetreiber direkt vermarktet<sup>97</sup>.

Unabhängig davon und unabhängig von den Regelungen zur obligatorischen Direktvermarktung im EEG 2014 wird es voraussichtlich auch künftig für mindestens weitere 20 Jahre beide Vermarktungssysteme – Direktvermarktung durch die Anlagenbetreiber und zentrale Vermarktung durch die ÜNB – nebeneinander geben. Eine zentrale Vermarktung des Stroms aus ehemals geförderten Anlagen nach dem Ende des Förderzeitraums durch die ÜNB wäre daher auch künftig nicht systemwidrig.

Denkbar erscheint auch, für die Preisregulierung des Stroms aus ehemals geförderten Anlagen am „goldenen Ende“ beide Vermarktungsmodelle alternativ vorzusehen und es damit – entsprechend der Wahlmöglichkeiten unter dem EEG 2012 – den Anlagenbetreibern zu überlassen, ob sie sich für eine Direktvermarktung oder eine Abgabe des Stroms an die Netzbetreiber entscheiden. Der Gesetzgeber könnte auch vorschreiben, dass das vor dem Ende des Förderzeitraums durch den Anlagenbetreiber gewählte Vermarktungsmodell auch für die Zeit nach dem Ende des Förderzeitraums fortzuführen ist.

## **2. Vereinbarkeit mit Art. 12**

Durch die Normierung eines Höchstpreises wird den Anlagenbetreibern die Möglichkeit genommen, den Strompreis mit den jeweiligen Abnehmern marktgerecht frei zu vereinbaren.

---

<sup>97</sup> BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V., Energieinfo – Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken (2013), Seite 58.

Die Normierung einer Einspeiseverpflichtung führt zudem dazu, dass die Anlagenbetreiber ihren Strom weder selbst verbrauchen noch den Abnehmer aussuchen können. Mit derartigen Verpflichtungen geht ein Eingriff in das aus Art. 12 GG folgende Grundrecht auf Berufsfreiheit einher. Nicht berührt ist hingegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG, da die bestehenden Anlagen den Betreibern ebenso verbleiben wie deren Nutzung.

Regelungen zur Preisregulierung sind in der deutschen Rechtsordnung derzeit die Ausnahme, rechtlich aber nicht ausgeschlossen und namentlich zum Verbraucherschutz in bestimmten Wirtschaftsbereichen auch praktiziert. Zu erwähnen ist beispielsweise die Regulierung auf dem Arzneimittelmarkt. Nach § 78 AMG werden die Preise von Arzneimitteln auf den Handelsstufen reguliert. Diese Regulierung wird als verfassungsrechtlich und europarechtlich gerechtfertigt angesehen, da sie der Versorgungssicherheit von Patienten dient.<sup>98</sup>

Auch die Regelung des EEG, durch die die Netzbetreiber verpflichtet werden, den in EEG-Anlagen erzeugten Strom abzunehmen und dafür eine gesetzlich vorgegebene Mindestvergütung zu zahlen, stellt sich als Preisregulierung dar, die vom Gesetzgeber durch Gemeinwohlinteressen – Förderung der Erzeugung erneuerbarer Energien – gerechtfertigt wird. Es erscheint daher naheliegend, auch die hier beabsichtigte umgekehrte Preisregulierung durch Festlegung von Höchstpreisen für die Einspeisung von Strom, der in Anlagen produziert wird, die eine Vergütung nach dem EEG erhalten haben und durch die mittelbar die Strompreise für die Endverbraucher stabilisiert werden sollen, als gerechtfertigt anzusehen.

Der in einer solchen Regulierung der Einspeisevergütung liegende Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG findet auf der niedrigsten der möglichen Eingriffsstufen statt. Berufsausübungsbeschränkungen, die die Wahl eines Berufs nicht beeinflussen, können durch jede vernünftige Erwägung des Ge-

---

<sup>98</sup> Hofmann, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 1. Aufl. 2012, § 78, Rn. 28.



meinwohls legitimiert werden.<sup>99</sup> Dabei steht dem Gesetzgeber ein erheblicher Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.<sup>100</sup>

Der Eingriff in die Berufsfreiheit befolgt zunächst einen verfassungslegitimen Zweck, indem versucht wird, durch die Absenkung des Volumens der EEG-Umlage eine Entlastung der Verbraucher zu erreichen. Dieser Zweck kann auch durch Vorgabe von bestimmten Einspeisepreisen erreicht werden, so dass sich die Maßnahme auch als geeignet darstellt. Andere, weniger in die Freiheit der Anlagenbetreiber eingreifende aber gleich wirksame Mittel sind nicht ersichtlich. Die Maßnahme stellt sich auch als verhältnismäßig dar: Indem der Gesetzgeber versucht, die hohen Erträge am „goldenen Ende“ der Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien „abzuschöpfen“ und dadurch zur Absenkung des Strompreises beizutragen, verfolgt er ein sozial- und wirtschaftspolitisches Ziel, das sich innerhalb vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls bewegt. Die Regelung einer Einspeiseverpflichtung und Preisregulierung ist auch angemessen, wobei die Höhe der Einspeisevergütung so zu wählen sein wird, dass den Anlagenbetreibern ein angemessener Restgewinn verbleibt. Dies ist einerseits rechtlich geboten, andererseits aber auch erforderlich, um nicht den energiepolitisch wünschenswerten Weiterbetrieb abgeschriebener EEG-Anlagen „abzuwürgen“.

Die verbindliche Vorgabe eines Einspeisepreises – auch unter Begründung einer Einspeiseverpflichtung – ist damit mit Art. 12 GG vereinbar.

### 3. Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes

Aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips folgt als Teilkomponente der Vertrauensschutz, der ein Rückwirkungsverbot enthält. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird unterschieden zwischen einer im Regelfall unzulässigen (echten) Rückwirkung (eine echte Rückwirkung liegt vor, „*wenn der Gesetzgeber nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift*“)<sup>101</sup> und einer

<sup>99</sup> BVerfGE 78, 155, 162; BVerfGE 103, 110.

<sup>100</sup> BVerfGE 102, 197, 218; BVerfGE 116, 202, 224 ff.

<sup>101</sup> BVerfGE 114, 258, 300.

unechten Rückwirkung. Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn „*eine Norm auf gegenwärtige noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet*“.<sup>102</sup>

Vorliegend ist davon auszugehen, dass jedenfalls kein Fall der echten Rückwirkung vorliegt, da nicht einmal eine Regelung der noch in der Zukunft liegenden Vergütungssätze für die Einspeisung für den durch das EEG garantierten Zeitraum von 20 Jahren erfolgen soll, sondern lediglich eine Vorgabe weit in der Zukunft liegender Vergütungen für die Einspeisung von Energien nach Ablauf des Förderzeitraumes. Damit stellt sich lediglich die Frage, ob es sich um eine unechte Rückwirkung handelt. Davon ist zumindest für diejenigen Anlagen auszugehen, die bereits eine Einspeisevergütung nach dem EEG erhalten. Denn bei diesen Anlagen ist nur die Inbetriebnahme und die Begründung des Anspruchs auf die Einspeisevergütung nach dem EEG bereits erfolgt, der durch die Einspeiseregulierung betroffene Sachverhalt (Betrieb der Anlage) ist aber noch nicht abgeschlossen. Nunmehr soll für die Zukunft festgelegt werden, dass nach Ablauf der Vergütungszeit, eine Einspeiseverpflichtung gepaart mit einer Preisregulierung besteht.

Eine unechte Rückwirkung ist in der Regel zulässig.<sup>103</sup> Sie ist nur ausnahmsweise unzulässig, wenn das Gesetz einen Eingriff vornimmt, „mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also auch bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte“<sup>104</sup> und sich das Vertrauen des Betroffenen als schutzwürdiger erweist, als die mit dem Gesetz verfolgten Anliegen.<sup>105</sup>

Die vorgenannten Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Unzulässigkeit der unechten Rückwirkung sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Das EEG beinhaltet keine Regelung des Vergütungsregimes für den Zeitraum nach Ablauf der garantierten Einspeisevergütung. Daher steht dem

---

<sup>102</sup> BVerfGE 101, 239, 263.

<sup>103</sup> BVerfGE 97, 271, 289; BVerfGE 109, 96, 122.

<sup>104</sup> BVerfGE 68, 287, 307.

<sup>105</sup> BVerfGE 89, 48, 66; BVerfGE 103, 392, 403.

Anliegen, durch eine Regulierung von Preisen eine Reduktion der EEG-Umlage und damit eine Reduktion der Preise für die Endkunden herbeizuführen, nicht ein schutzwürdiges Vertrauen der Betroffenen auf unbeschränkte Ausnutzung des „goldenen Endes“ ihrer Anlagen entgegen. Zudem fehlt es an der kumulativ erforderlichen ersten Voraussetzung, denn die Betreiber mussten damit rechnen, dass sich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vermarktung des Stroms nach dem Ende der garantierten Einspeisevergütung ändern können.

Schutzwürdiges Vertrauen besteht hinsichtlich des Fortbestandes der garantierten Einspeisevergütung für den garantierten Zeitraum, nicht aber für die rechtlichen Rahmenbedingungen nach Ablauf des garantierten Vergütungszeitraums, die nie Gegenstand der Regelungen des EEG waren. Auch können die Anlagenbetreiber nicht im Vertrauen auf eine unveränderte Rechtslage vertrauensschutzbegründende Dispositionen für die Zeit nach Ablauf der Einspeisevergütung getroffen haben, zumal für sie ohnehin nicht absehbar war, wie sich die Preise am Strommarkt insgesamt entwickeln werden.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Preisregulierung bei gleichzeitiger Festlegung einer Einspeisepflicht auch mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar ist.

#### 4. Vereinbarkeit mit Art. 3 GG

Es ist zu prüfen, ob die Preisregulierung auch mit Art. 3 GG vereinbar ist, soweit die Preisvorgabe lediglich für solche Anlagen erfolgt, die eine Förderung nach dem EEG erhalten haben. Dazu ist zunächst darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber über einen weiten Spielraum verfügt. Insbesondere bei sachbezogenen Ungleichbehandlungen genügt in der Regel eine Willkürprüfung.<sup>106</sup> Unter Berücksichtigung, dass vorliegend ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gegeben ist, wird teilweise ein etwas strengerer Maßstab gefordert, wonach Willkürfreiheit nicht ausreicht,

---

<sup>106</sup> BVerfGE 116, 135, 161.

sondern Verhältnismäßigkeit erforderlich ist.<sup>107</sup> Selbst wenn allerdings eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden hat, ist die Ungleichbehandlung im Ergebnis gerechtfertigt, da die Anlagenbetreiber geförderter Anlagen die Vorteile aus dem Fördersystem des EEG gezogen haben und ihre besondere Belastung daher angemessen ist.

## 5. Vereinbarkeit mit Europarecht

Auch europarechtliche Erwägungen stehen der Einführung einer Preisregulierung nicht entgegen. Dem Europarecht selbst ist die direkte Preisregulierung nicht fremd. So ist etwa in der Verordnung Nr. 717/2007 EG festgelegt, welche Gebühren für das Roaming innerhalb der Europäischen Union erhoben werden dürfen.

Soweit Maßnahmen von der Kommission beanstandet werden – wie etwa die italienische Preisregulierung für Breitbanddienste<sup>108</sup> – ist Anknüpfungspunkt jeweils die Behinderung der Geschäftstätigkeit anderer Marktteilnehmer. Da im vorliegenden Fall jedoch eine Festlegung der Preise unterhalb des Marktniveaus für einen sehr begrenzten Ausschnitt von Marktteilnehmern erfolgen soll, ist nicht davon auszugehen, dass eine Behinderung der Geschäftstätigkeit der Marktteilnehmer erfolgen wird.

## 6. Abschöpfung der Vermarktungsüberschüsse durch den Fonds

Bisher ist davon ausgegangen worden, dass die von den ÜNB aus der Vermarktung des einspeisepflichtigen und preisregulierten Stroms erzielten Verwaltungsüberschüsse Schadensersatz dem EEG-Konto gutgeschrieben werden, dadurch die Höhe der von den ÜNB bei den Energieversorgern erhobenen EEG-Umlage reduziert wird und mittelbar die von den Endverbrauchern zu zahlenden Strompreise entlastet werden. Allerdings sollen die von den ÜNB bzw. den Abnehmern bei Direktvermarktung erzielten Vermarktungsüberschüsse ganz oder teilweise auch unmittelbar durch den Fonds abgeschöpft werden, um frühere Zahlungen des Fonds an die ÜNB zur Entlastung der EEG-Umlage zu refinanzieren.

<sup>107</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 3, Rn. 21.

<sup>108</sup> Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12.08.2013, Digitale Agenda: Kommission stellt Methode der italienischen Regulierungsbehörde zur Regulierung der Preise für Breitbanddienste in Frage, IP/13/774.

Bei einer solchen Verwendung der Vermarktungsüberschüsse kann die rechtliche Rechtfertigung der Einspeiseverpflichtung und Preisregulierung gegenüber den Anlagenbetreibern nicht durch das Ziel einer mittelbaren Reduzierung der von den Endverbrauchern zu zahlenden Strompreise erfolgen. Bei einer solchen Verwendung des Vermarktungsüberschusses steht nicht das wirtschafts- und sozialpolitische Ziel einer mittelbaren Strompreisregulierung im Vordergrund, sondern die (Re-)Finanzierungsfunktion für den Fonds. Wegen dieser Finanzierungsfunktion wäre eine solche Zweckbestimmung der Vermarktungsüberschüsse und der Preisregulierung mit der Belastung der Anlagenbetreiber mit einer Sonderabgabe gleichwertig. Eine Regelung zur Preisregulierung darf aber nicht zu einer unzulässigen Umgehung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben führen. Eine solche Regelung wäre daher rechtlich nur zulässig, wenn auch die gegenüber einer Regelung zur Preisregulierung strengeren Anforderungen für die Erhebung von Sonderabgaben erfüllt sind. Wie unter C.I.1. dargelegt, ist dies der Fall.

Damit die von den ÜNB bzw. Direktabnehmern erwirtschafteten Vermarktungsüberschüsse an den Fonds abgeführt werden, müsste die gesetzliche Regelung eine entsprechende Verpflichtung der ÜNB bzw. Direktabnehmern vorsehen. Bei einer solchen Verpflichtung würde es sich ungeachtet der zivilrechtlichen Ausgestaltung der sonstigen Zahlungsflüsse materiell um eine hoheitliche Abgabe handeln, da der Fonds öffentlich-rechtlich strukturiert ist. Auch steht der Zahlungsverpflichtung der ÜNB bzw. Direktabnehmer an den Fonds keine Gegenleistung gegenüber. Dies spricht dafür, die Zahlungsverpflichtung der ÜNB bzw. Direktabnehmern an den Fonds ihrerseits als Sonderabgabe anzusehen. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sonderabgaben sind aber auch insoweit erfüllt. Zwar erfolgt keine gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens in Bezug auf die Gruppe der ÜNB bzw. Direktabnehmer. Die Verpflichtung ist aber aus der Natur der Sache zu rechtfertigen, weil die Zahlungsverpflichtung lediglich diejenigen Vorteile abschöpft, die durch die Preisregulierung im Verhältnis zu den Anlagenbetreibern bei den vermarktungspflichtigen ÜNB bzw. Direktabnehmern entstehen.

## 7. Zwischenergebnis

Die Normierung einer Preisregulierung durch Festlegung von Höchstpreisen für Strom, der in EEG-Anlagen nach dem Ende des Förder- und Abschreibungszeitraums erzeugt wird, steht im Einklang mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben.

### III. Ergebnis

Eine teilweise „Abschöpfung“ der Gewinne von Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien am „goldenen Ende“ zur Refinanzierung des Fonds bzw. zur Reduzierung der EEG-Umlage ist nach den vorstehenden Untersuchungen auf mehreren Wegen möglich.

Die Erhebung einer (Sonder-)Steuer auf die Erzeugung von Strom in EEG-Anlagen ist rechtlich grundsätzlich möglich, aus mehreren Gründen aber nicht zielführend. Einerseits wäre für die bundesrechtliche Einführung einer solchen Steuer eine Grundgesetzänderung erforderlich, da das Grundgesetz derartige Erzeugungs-Steuern nicht nennt und im Rahmen der Steuersystematik des Grundgesetzes nur eine Einordnung als besondere Gewerbesteuer in Betracht käme, deren Aufkommen den Gemeinden zusteht. Das Aufkommen aus einer Sondersteuer müsste zudem in den allgemeinen Haushalt fließen und könnte nicht durch das Erhebungsgesetz unmittelbar und unabhängig von den jährlichen Haushaltsgesetzen dem Fonds zugewiesen werden. Eine Differenzierung der Besteuerung danach, ob es sich um ehemals geförderte oder nicht geförderte EEG-Anlagen handelt, erscheint im Hinblick auf den steuerlichen Gleichbehandlungsgrundsatz fraglich.

In Betracht kommt demgegenüber die Erhebung einer Sonderabgabe, die (nur) von den Betreibern von ehemals geförderten EEG-Anlagen zu zahlen ist und deren Aufkommen nicht in den allgemeinen Haushalt, sondern unmittelbar in den Fonds fließt. Die in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – jüngst in dem Urteil vom 28.01.2014 zur Filmförderungsabgabe – für solche Sonderabgaben entwickelten Anforderungen (über die Einnahmeerzielung hinausgehender Sachzweck; Homogenität der belasteten Gruppe; Sachnähe und besondere Verantwortlichkeit der belasteten Gruppe für den Finanzierungszweck; gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens) sind erfüllt. Zwar kommt das Aufkommen aus der Abgabe im Erhebungszeitraum nicht

unmittelbar der Gruppe der Abgabepflichtigen zugute, sondern fließt in den Fonds und dient der Entlastung der Endverbraucher. Für die Beurteilung der Gruppennützigkeit ist jedoch eine zeitübergreifende Betrachtung unter Einbeziehung des Förderzeitraums geboten. Das Abgabenaufkommen dient der Refinanzierung der Belastungen, die durch die Zahlung der garantierte Einspeisevergütungen für die geförderten Anlagen entstanden sind und ist daher bei Gesamtbetrachtung gruppennützig. Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Gruppennützigkeit durch die Sachnähe zum Zweck der Abgabe und die Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe bereits indiziert ist.

Alternativ zur Erhebung von Sonderabgaben kommt auch ein Preisregulierungsmodell in Betracht, bei dem für die Zeit nach dem Ende des Förder- und Abschreibungszeitraums gesetzlich (niedrige) Höchstpreise festgelegt werden. Dabei kann entweder eine Einspeiseverpflichtung und eine zentrale Vermarktung durch die ÜNB oder eine Direktvermarktung durch die Anlagenbetreiber zu den regulierten Preisen vorgesehen werden. Bei zentraler Vermarktung durch die ÜNB wären die Vermarktungsüberschüsse entweder dem EEG-Konto zur Entlastung der laufenden EEG-Umlage gutzuschreiben, oder durch den Fonds zur Refinanzierung seiner früheren Leistungen abzuschöpfen. Bei preisregulierter Direktvermarktung würde die Abschöpfung der Differenz zwischen reguliertem Abgabepreis und den durch die Abnehmer erzielten Verwaltungserlös bzw. den Referenzmarktwert des Stroms durch den Fonds bei den Abnehmern erfolgen. Eine solche Preisregulierung (und ggf. Einspeiseverpflichtung) ist – im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG – durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt, verhältnismäßig und mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Gleichbehandlungsgebot vereinbar. Europarechtliche Vorgaben stehen nicht entgegen.

Bei der Entscheidung für eines der aufgezeigten Modelle kann berücksichtigt werden, dass die Voraussetzungen für die Erhebung einer Sonderabgabe enger gefasst sind, als für preisregulierende Regelungen, die lediglich den allgemeinen Anforderungen für Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit (vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, Verhältnismäßigkeit, Vertrauensschutz) entsprechen müssen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass aus der Kasuistik der Rechtsprechung keine sichere Prognose für zukünftige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erstellt werden kann. Soweit beabsichtigt ist, die im

Rahmen des unter II. vorgestellten Modells erzielten Verwaltungsüberschüsse durch den Fonds abzuschöpfen, besteht jedoch ebenso wie im erstgenannten Modell die Notwendigkeit, die Anforderungen der Sonderabgabenrechtsprechung einzuhalten.

Das Preisregulierungsmodell hat – in der Variante mit zentraler Verwaltung durch die ÜNB – gegenüber der Erhebung einer Sonderabgabe im Übrigen den Vorteil, dass keine hoheitliche Abgabenerhebung im Verhältnis zu einer Vielzahl von Anlagenbetreibern erfolgen muss, sondern der Fonds lediglich regelmäßig bei den vier Übertragungsnetzbetreibern die Vermarktungsüberschüsse einzuziehen hat. Das Modell der Preisregulierung ist marktbezogen und damit flexibel. Die Refinanzierung des Fonds kann so an die Entwicklung des Marktpreises gekoppelt werden, ohne dass jeweils gesetzlich die Abgabenhöhe „nachzuregulieren“ ist.

#### **D. Refinanzierung des Fonds durch zeitliche Streckung der EEG-Umlage**

Eine Refinanzierung des Fonds könnte alternativ zu oder in Kombination mit der Belastung der Anlagenbetreiber auch durch eine zeitliche „Streckung“ der Heranziehung der Endverbraucher erfolgen.<sup>109</sup> Im Wege der Übernahme von Finanzierungslasten durch den Fonds erfolgt eine Reduzierung der EEG-Umlage und damit eine Entlastung der heutigen Stromverbraucher. Durch das Finanzierungssystem des EEG sind technische Innovationen ausgelöst worden, die dazu führen, dass bereits heute und auch in künftigen Jahrzehnten die Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien kostengünstiger erfolgen kann, als in den Jahren bis 2012. Eine Beteiligung der künftigen Stromverbraucher, die Nutznießer dieses Förderungssystems werden, an den Kosten der „Anschubfinanzierung“, erscheint im Sinne eines „Generationenausgleichs“ angemessen.

Der Grundgedanke des „Streckungs-Modells“ liegt darin, durch eine Zwischenfinanzierung durch den Fonds die EEG-Umlage etwa ab dem 01.01.2015 auf einen – politisch festzulegenden – Höchstbetrag zu „deckeln“, zum Ausgleich der Belastungen und zur Refinanzierung des Fonds die EEG-Umlage in der – politisch vorgegebenen – Höhe aber zeitlich länger zu erheben, als die Zahlungsverpflichtungen der ÜNB aus den ga-

---

<sup>109</sup> Vgl. zu dieser Lösung auch den Entwurf der bayerischen Staatsministerin für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, Ilse Aigner, Energiepolitische Prioritäten: Versorgung sichern, EEG reformieren, Dezember 2013.



rantierten Einspeisevergütungen der Anlagenbetreiber bestehen. Modellhaft könnten beispielsweise im Zeitraum 2015 bis 2024 Zahlungen des Fonds an die ÜNB zur „Deckelung“ der EEG-Umlage fließen und im Zeitraum ab 2025 nach Wegfall bzw. Reduzierung der Lasten aus den Einspeisevergütungen zum Ausgleich ein Rückfluss an den Fonds erfolgen. Zu prüfen ist, ob und wie eine Erhebung der „gestreckten“ EEG-Umlage erfolgen kann.

Eine Zuweisung dieser Aufgabe an die ÜNB ist nicht möglich, da diese keinen entsprechenden Aufwand für die Zahlung der EEG-Einspeisevergütung mehr haben werden. Eine zeitliche Streckung der Berechtigung der ÜNB, den ihnen durch die Einspeisevergütungen entstehenden Aufwand durch die EEG-Umlage auf die EVU abzuwälzen, kommt nicht in Betracht. Die ÜNB würden dadurch verpflichtet werden, einen Teil des ihnen durch das Finanzierungssystem des EEG jährlich entstehenden Aufwandes vorzufinanzieren und erst in künftigen Zeiträumen in die EEG-Umlage einzubeziehen. Für eine solche Belastung der ÜNB insbesondere mit Zinslasten fehlt es jedoch an einem verfassungskonformen rechtfertigenden Grund.

Denkbar wäre, in dem Zeitraum nach Wegfall bzw. wesentlicher Reduzierung der Lasten der ÜNB aus den Einspeisevergütungen bei den ÜNB eine Sonderabgabe oder Sondersteuer zu erheben und die ÜNB zu berechtigen, zur Refinanzierung von den EVU weiterhin eine EEG-Umlage zu fordern.

Die Belastung der ÜNB mit einer entsprechenden Sonderabgabe zur Refinanzierung des Fonds ist aber rechtlich zweifelhaft, weil insbesondere die Anforderungen der Sachnähe, Gruppenverantwortung und gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens bezüglich der Gruppe der ÜNB nicht gegeben sind.

Ein Modell zur „Streckung“ der EEG-Umlage, das auf einen generationsübergreifenden Ausgleich der Belastungen auf Seiten der Stromverbraucher abzielt, muss daher auch bei den Stromverbrauchern bzw. den EVU ansetzen.

Eine unmittelbare Belastung der Endverbraucher kann über eine Sonderabgabe (dazu I.) oder Sondersteuer (dazu II.) erreicht werden. Ebenso wäre es möglich, die Endverbraucher nur mittelbar zu belasten und die Energieversorgungsunternehmen als Abgabenschuldner auszuwählen.

## I. Erhebung einer Sonderabgabe

Wie bereits mit Blick auf die Refinanzierungsmodelle unter C.I. dargestellt, sind für die Erhebung einer Sonderabgabe die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Voraussetzungen zu erfüllen. Der Gesetzgeber darf sich des Instruments der Sonderabgabe nur zur Verfolgung eines Sachzwecks bedienen darf, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Weiter kann nur eine gesellschaftliche Gruppe belastet werden, die abgegrenzt werden kann und eine gewisse Homogenität aufweist. Diese so konkretisierte Gruppe muss eine Finanzierungsverantwortung für den Sachzweck haben. Daneben muss die erhobene Abgabe gruppennützig, also im Interesse der Mitglieder der Gruppe verwendet werden und schließlich ist eine Dokumentation der erhobenen Sonderabgabe in einer Anlage zum Haushaltsplan ebenso erforderlich wie eine regelmäßige Überprüfung der sachlichen Rechtfertigung.

### 1. Verfolgung eines Sachzwecks

Die Erhebung einer Sonderabgabe könnte zunächst direkt bei den Letztverbrauchern erfolgen. Der mit der Sonderabgabe verfolgte Sachzweck läge in der Refinanzierung des zuvor aufgelegten Fonds zur Dämpfung der EEG-Umlage. Wie bereits dargelegt, dürfen die auf diese Art und Weise beigebrachten Mittel nicht in den allgemeinen Haushalt eingestellt werden. Auf Grund der beabsichtigten Refinanzierung des Fonds ist diese Anforderung jedoch eingehalten.

Ebenso wie bei der Erhebung der Sonderabgabe bei den Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien wäre auch eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers für die Erhebung einer Sonderabgabe bei den Stromverbrauchern gegeben. Der Gesetzgeber könnte sich ebenso auf den Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen, da wiederum das Recht Wirtschaft einschließlich der Energiewirtschaft betroffen ist. Von dem Kompetenztitel erfasst ist u.a. auch die Energiepreisgestaltung.<sup>110</sup>

Auch bei Erhebung einer Sonderabgabe bei den Stromversorgungsunternehmen könnte sich der Gesetzgeber auf einen besonderen Sachzweck

---

<sup>110</sup> Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 74, Rn. 22.

berufen. Auch hier würde die Erhebung der Umlage der Refinanzierung des Fonds dienen.

## 2. **Gruppenhomogenität**

Voraussetzung für die Erhebung der Sonderabgabe ist wiederum, dass diejenigen, von denen die Abgabe erhoben werden soll, eine abgrenzbare gesellschaftliche Gruppe bilden.<sup>111</sup>

Soll die Sonderabgabe von den Stromkunden erhoben werden, so fehlt es bereits an einer von der Allgemeinheit abgrenzbaren gesellschaftlichen Gruppe. Zwar könnte argumentiert werden, dass belastet nur diejenigen sind, die Inhaber eines Vertrages sind und damit in Privathaushalten nicht zwingend jede Person. Jedoch ist bei einer generalisierenden Betrachtungsweise festzustellen, dass letztlich jede juristische und private Person Verbraucher von Strom ist und daher durch die Sonderabgabe belastet würde. Eine Unterscheidung zur Allgemeinheit der Steuerzahler kann daher insoweit nicht gemacht werden.

Von daher kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass eine Erhebung einer Sonderabgabe bei den Endverbrauchern nicht in Betracht kommt.

In Betracht kommt daneben eine Anknüpfung bei den Energieversorgungsunternehmen. Diese bilden eine von der Allgemeinheit abgegrenzte und bereits durch die Rechtsordnung gesondert erfasste Gruppe. Mit Blick auf die Energieversorgungsunternehmen ist die Voraussetzung der Gruppenhomogenität daher zu bejahen.

## 3. **Finanzierungsverantwortung und gruppennützige Verwendung**

Die Erhebung einer Sonderabgabe von den Energieversorgungsunternehmen würde weiterhin voraussetzen, dass diese eine besondere Finanzierungsverantwortung für die Rückzahlung der Beiträge in den Fonds trifft. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

---

<sup>111</sup> Vgl. oben C.I.1.b).

richts zum „Kohlepfennig“<sup>112</sup> ist davon auszugehen, dass die Finanzierungsverantwortung der Energieversorgungsunternehmen für die Rückführung der Mittel in den Fonds zumindest sehr zweifelhaft erscheint. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Finanzierungsverantwortung der privaten Stromverbraucher im Hinblick auf die Kohleverstromung verneint. Zwar liegt es näher, die Energieversorgungsunternehmen mit der Refinanzierung der EEG-Umlage zu belasten als die Endverbraucher. Jedoch erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine deutlich sachnähere Gruppe existiert – nämlich die Gruppe der Betreiber von Anlagen zur Gewinnung von Strom aus Erneuerbaren Energien –, eine Heranziehung der Energieversorgungsunternehmen verfassungsrechtlich zweifelhaft.

Jedenfalls scheitert eine Heranziehung der Energieversorgungsunternehmen an der gruppennützigen Verwendung der Abgabe. Die Energieversorgungsunternehmen, die nur teilweise Erzeuger von Strom sind, profitieren nicht unmittelbar oder mittelbar von der Refinanzierung des Fonds. Anders als die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien haben sie auch nicht von der Einspeisevergütung nach dem EEG profitiert, so dass auch eine zeitübergreifende Betrachtungsweise nicht zu einer gruppennützigen Verwendung der Sonderabgabe führen würde.

#### **4. Zwischenergebnis**

Eine Refinanzierung des Fonds, aus dem eine Dämpfung der EEG-Umlage finanziert worden ist, über eine bei den Endverbrauchern oder den Energieversorgungsunternehmen erhobene Sonderabgabe ist nicht möglich.

## **II. Erhebung einer (Sonder-) Steuer**

Da die Erhebung einer Sonderabgabe nicht möglich ist, ist zu prüfen, ob eine Erhebung einer steuerlichen Abgabe bei den Endverbrauchern oder Energieversorgungsunternehmen zulässig wäre, deren Aufkommen dann zur Refinanzierung des Fonds verwendet werden kann.

---

<sup>112</sup> BVerfGE 91, 186.

Dazu ist vorab darauf hinzuweisen, dass eine steuerliche Abgabe nicht direkt dem Fonds zufließen kann, sondern dem allgemeinen Haushalt zugeführt werden muss. Der Haushaltsgesetzgeber hat dann die Möglichkeit im Rahmen der jährlichen Haushaltsplanung die Einnahmen aus dieser Steuer ganz oder teilweise dem Fonds zuzuweisen.

### 1. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für die Erhebung einer derartigen Steuer folgt aus Art. 105 GG, da dem Bundesgesetzgeber das Aufkommen der Steuer zusteht. Die auf den Strom zu erhebende steuerliche Abgabe ist eine Verbrauchssteuer, deren Aufkommen von Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bund zugewiesen wird. Dabei ist keine Unterscheidung dahingehend zu machen, ob die Steuer bei den Endverbrauchern oder den Versorgungsunternehmen erhoben wird. Es handelt sich in beiden Fällen um eine (Strom-)Verbrauchssteuer.

### 2. Steuergerechtigkeit

Es bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Steuergerechtigkeit, soweit die Steuer unterschiedslos von allen Stromverbrauchern erhoben wird. Soweit Differenzierungskriterien mit unterschiedlichen Steuersätzen oder Befreiungstatbestände vorgesehen werden sollen, sind diese nach sachlichen Kriterien festzulegen. Auch insoweit steht dem Gesetzgeber ein weiter Ermessenspielraum zu.

### 3. Steuerschuldner

Für die Auswahl des Steuerschuldners kommen zum einen die Endverbraucher von Strom und zum anderen die Stromversorger in Betracht. Dem Gesetzgeber steht dabei ein weiter Ermessenspielraum zu. Eine Erhebung ist verfassungsrechtlich ebenso bei den Letztverbrauchern wie bei den Energieversorgungsunternehmen zulässig.

Für die bereits bestehende Stromsteuer hat der Gesetzgeber die Versorger als Steuerschuldner gewählt (§ 5 Abs. 2 Var. 1 StromStG). Lediglich die Eigenenerzeuger sind selbst steuerpflichtig (§ 5 Abs. 2 Var. 2 StromStG).

Für eine Heranziehung der Stromversorger spricht vor allem die erhöhte Praktikabilität bei der Erhebung der Steuer. Würden die Letztverbraucher als Steuerschuldner gewählt, müssten sie sämtlich Adressaten eines Steuerbescheides in Abhängigkeit vom individuellen Stromverbrauch werden.

Werden hingegen die Versorger Steuerschuldner, ist eine Erhebung wie schon bisher bei der Stromsteuer praktiziert, möglich: Die Stromversorger führen die Steuer an den Fiskus ab und legen die „verauslagte“ Steuer auf die Endverbraucher um.

#### 4. Ausgestaltung

Die Ausgestaltung einer derartigen Steuer zur Refinanzierung des Fonds kann auf unterschiedliche Weise erfolgen.

Der Gesetzgeber ist zunächst frei, ob er an die bestehende Stromsteuer anknüpft und deren Satz für einen begrenzten Zeitraum – bis zur Erreichung des Finanzierungsziels – anhebt. Ebenso ist es möglich, eine neue gesetzliche Grundlage zu schaffen und eine gesonderte „EE-Steuer“ zu erheben und diese namentlich von der bestehenden Stromsteuer abzugrenzen.

Einer solchen „Zweifachbesteuerung“ des Stromverbrauchs stehen keine verfassungsrechtlichen Grundsätze entgegen. Ein verfassungsrechtliches Verbot der „Zweifachbesteuerung“ derselben Steuerquelle besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass es *„keinen Verfassungsrechtssatz des Inhalts gibt, dass alle Steuern aufeinander abgestimmt werden müssen, also etwa keine Lücken entstehen dürfen bzw. mehrfache Belastungen vermieden werden“* müssen.<sup>113</sup>

Der BFH verweist in seiner Rechtsprechung darauf, dass das Nebeneinander von verschiedenen Steuern, die dieselbe Steuerquelle belasten, wie z. B. das Nebeneinander von Einkommens- und Gewerbesteuer weder

---

<sup>113</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.01.1999, Az.: 1 BvL 14-98, NJW 1999, 1098, 1099; ebenso BFH, Urt. v. 17.02.2010, Az.: II R 23/09, NJW 2010, 2974, 2976.

steuersystematisch noch verfassungsrechtlich zu beanstanden ist.<sup>114</sup> Lediglich kompetenzrechtlich ergeben sich Grenzen für eine Mehrfachbesteuerung derselben Steuerquelle. Einen Tatbestand, an den ein Bundesgesetz bereits eine Steuer geknüpft hat, kann der Landesgesetzgeber nicht mit einer gleichartigen Steuer belegen.<sup>115</sup> Vorliegend ist der Bundesgesetzgeber aber frei, ob er zur Refinanzierung des Fonds eine Anhebung der Stromsteuer oder die Einführung einer gesonderten „EE-Steuer“ vorsieht.

Die Erhebung einer gesonderten „EE-Steuer“ hätte den Vorteil, dass sowohl die Regelungen zur Höhe des Steuersatzes als auch die Regelungen zu Ausnahmen und Befreiungen unabhängig von den entsprechenden Regelungen der Stromsteuer vom Gesetzgeber gestaltet werden können. Auch würde durch die Ausgestaltung als gesonderte „EE-Steuer“ Transparenz für die Verbraucher geschaffen, welcher Anteil des aktuellen Strompreises für die (Re-)Finanzierung der Aufwendungen für die Energiewende und die Förderung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien entfällt.

Je nach Finanzierungsbedarf könnte eine Anpassung der Höhe der Steuer erfolgen. Dieses Finanzierungsinstrument beinhaltet daher eine hohe Flexibilität.

## 5. Zwischenergebnis

Eine Refinanzierung des Fonds, aus dem eine Dämpfung der EEG-Umlage finanziert worden ist, ist über eine Verbrauchssteuer möglich. Steuerschuldner können dabei entweder die Endverbraucher oder – praktikabler – die Energieversorgungsunternehmen sein. Bei der Ausgestaltung der Steuer hat der Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum. Er kann den Steuersatz der Stromsteuer für die Dauer des Refinanzierungsbedarfs des Fonds erhöhen oder eine gesonderte „EE-Steuer“ erheben.

---

<sup>114</sup> BFH, a. a. O.; BFH, Urt. v. 18.01.2011, Az.: X R 63/08, NJW 2011, 1535, 1536.

<sup>115</sup> BVerfG, Beschl. v. 04.02.1958, Az.: 2 BvL 31 und 33/56, NJW 1958, 625.

### III. Ergebnis

Eine Belastung der Endverbraucher von Strom zur Refinanzierung des Fonds ist rechtlich nur über eine Steuer, nicht hingegen im Wege einer Sonderabgabe möglich. Die Inanspruchnahme der Versorgungsunternehmen als Steuerschuldner, die die Belastung auf die Endverbraucher abwälzen, liegt dabei nahe. Hinsichtlich Höhe und Ausgestaltung der Steuer hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Er kann den Steuersatz der Stromsteuer für die Dauer des Refinanzierungsbedarfs des Fonds erhöhen oder eine gesonderte „EE-Steuer“ erheben. Das Aufkommen aus der Steuer fließt zunächst in den allgemeinen Haushalt und kann durch den Haushaltsgesetzgeber jährlich ganz oder teilweise dem Fonds zugewiesen werden.