

Grenzen der nationalen Ausgestaltung der Mehrerlösabschöpfung im Stromsektor

im Auftrag des
Bundesverband Solarwirtschaft e.V.

erstellt durch die Rechtsanwältinnen

Anna von Bremen
Helena Schutte
Antonia Bundschuh

Berlin, 20. Oktober 2022

A. Executive Summary

Der Rat der Europäischen Union hat am 6. Oktober 2022 die Verordnung (EU) 2022/1854 über Notfallmaßnahmen als Reaktion auf die hohen Energiepreise¹ („VO“) beschlossen. Art. 6 VO sieht eine Begrenzung der Markterlöse von Stromerzeugern auf 180 EUR/MWh vor. Wenige Tage vor Beschlussfassung wurde in Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO eine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung einer technologiespezifischen Obergrenze eingefügt. Die Hintergründe hierfür sind den offiziellen Erwägungsgründen nicht zu entnehmen. Art. 7 Abs. 3 VO ermächtigt die Mitgliedstaaten, Strom in Anlagen mit einer installierten Kapazität von bis zu 1 MW von der Mehrerlösabschöpfung auszunehmen. Nach Art. 7 Abs. 5 VO können die Mitgliedstaaten ferner beschließen, die Erlösobergrenze nur auf 90 % der Markterlöse anzuwenden. Die Mehrerlösabschöpfung gilt gemäß Art. 22 Abs. 2 lit. c) VO vom 1. Dezember 2022 bis zum 30. Juni 2023.

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Verordnung bislang nicht umgesetzt. Allerdings sind erste Überlegungen aus dem BMWK bekannt geworden, die technologiespezifische Erlösobergrenzen sowie eine rückwirkende Erlösabschöpfung seit dem 1. März 2022 zum Gegenstand haben. Um eine kurzfristige Auszahlung der Entlastungen von den Übertragungsnetzbetreibern an die Versorger zu gewährleisten, sollen die finanziellen Mittel durch den Wirtschaftsstabilisierungsfonds („WSF“) vorfinanziert werden. Anlässlich dieser Verlautbarungen sind wir von dem Bundesverband Solarwirtschaft e.V. gebeten worden, die rechtlichen Grenzen der nationalen Umsetzung der VO aufzuzeigen. Unserer Auffassung nach sind die folgenden europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Maßgaben zu beachten:

- Technologiespezifische Erlösobergrenzen, die auf die unterschiedlichen Grenzkosten verschiedener Erzeugungstechnologien aufsetzen, sind sowohl im Lichte der VO als auch nach nationalem Verfassungsrecht unzulässig:
 - Die Einführung von technologiespezifischen Obergrenzen unter Abweichung von einer einheitlichen Erlösobergrenze muss sich an den Maßstäben von Art. 8 Abs. 2 VO messen lassen. Danach müssen sie **verhältnismäßig** und **diskriminierungsfrei** sein, dürfen **Investitionssignale nicht gefährden** und müssen mit dem **Unionsrecht vereinbar** sein. Soweit technologiespezifische Obergrenzen an die unterschiedlichen Grenzkosten verschiedener Erzeugungstechnologien aufsetzen, läge darin **kein zulässiger Differenzierungsgrund** im Sinne der VO. Denn es ist gerade das Ziel einer einheitlichen Erlösobergrenze, dass der „**Preiswettbewerb** zwischen den Stromerzeugern, die verschiedene Technologien nutzen, insbesondere im Bereich erneuerbarer Energien, **gewahrt wird.**“ (Erwägungsgrund 27). Eine technologiespezifische Obergrenze muss diesen Preiswettbewerb unangetastet lassen. Damit ist eine Anknüpfung an die Erzeugungstechnologien allenfalls unter grenzkostenunabhängigen Gesichtspunkten zulässig. Wie ein derartiger Mechanismus

¹ ABI. L 261 I vom 7. Oktober 2022, S 1.

aussehen könnte, ist schwer vorstellbar. Als Ausnahmeregelung zu einer einheitlichen Obergrenze obliegt die Rechtfertigung hierfür jedoch dem nationalen Gesetzgeber.

- Ebenso bestehen Bedenken gegen die **Verhältnismäßigkeit** im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. a) VO. Angesichts der in Deutschland weit verbreiteten Portfoliovermarktung lassen sich vermarktete Strommengen kaum oder nur mit erheblichem Aufwand einzelnen Erzeugungstechnologien zuordnen. Zudem droht eine technologiespezifische Obergrenze angesichts der hierdurch sinkenden Rentabilität von Investitionen die Strompreise weiter zu befeuern, wodurch das eigentliche Ziel der VO konterkariert würde.
- Zudem würden technologiespezifische Erlösobergrenzen zulasten der Erneuerbaren Energien „**Investitionssignale gefährden**“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. b) VO. Während sich bereits durch die allgemeine Erlösobergrenze ein Investitionsrückgang abzeichnet, würde dieser bei einer darunterliegenden Grenze für bestimmte Technologien noch verstärkt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Kommission die Erlösobergrenze von 180 EUR/MWh auf Basis von Erzeugungsdaten der Jahre 2008 bis 2018/2019 errechnet hat. Die seit dem Jahr 2021 um etwa 60 bis 65 % gestiegenen Finanzierungs-, Lohn- und Materialkosten sind hierbei nicht eingeflossen. Schon die Annahme, dass die allgemeine Obergrenze keine Investitionen gefährde, ist damit nicht mehr zutreffend. Umso weniger würde dies für eine technologiespezifische Obergrenze gelten.
- Schließlich liegt bei einer technologiespezifischen Erlösobergrenze eine Verletzung von **europäischem Primärrecht**, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit nahe. Die Verordnungsgründe selbst stellen fest, dass „unkoordinierte Obergrenzen für Markterlöse aus der Erzeugung von Strom in Anlagen mit niedrigeren Grenzkosten wie erneuerbare Energien, Kernkraft oder Braunkohle (inframarginale Erzeugungsanlagen) [...] **erhebliche Verzerrungen** zwischen den Erzeugern in der Union mit sich bringen [können], da diese unionsweit auf einem gekoppelten Strommarkt miteinander konkurrieren“ (Erwägungsgrund 11).
- Auch nach den Maßstäben des **nationalen Verfassungsrechts** bestehen Bedenken gegen eine technologiespezifische Begrenzung der Stromerlöse. Dabei sind insbesondere die Garantien des **Eigentumsrechts aus Art. 14 Abs. 1 und 2 GG** zu beachten. Maßnahmen, die an die Erlöse anstelle von Erträgen anknüpfen, sind dem deutschen Rechtssystem grundsätzlich fremd. Sie sind allenfalls als Sanktionsmaßnahme aus dem Strafrecht und dem Kartellrecht (§ 34 GWB) bekannt. Im Lichte der Eigentumsgarantie ist eine Erlösabschöpfung unter mehreren Gesichtspunkten problematisch. Eingriffe in das Eigentum durch Abgaben und Steuern müssen in der Regel aus den Erträgen finanziert werden können. Andernfalls kommt ihnen eine **konfiskatorische**

Wirkung (Übermaßverbot) zu, weil solche Abgabenlasten nur aus dem Bestand finanziert werden können. Zudem müssen Ausgaben gegengerechnet werden (Nettoprinzip). Im Bereich der Vermögensbesteuerung gilt zudem der Grundsatz, dass die Erträge ca. zur Hälfte bei dem Steuerschuldner verbleiben müssen (Halbteilungsgrundsatz). Unter diesen Gesichtspunkten erscheint bereits die allgemeine Vorgabe einer Erlösobergrenze ohne Berücksichtigung von tatsächlich erzielten Gewinnen problematisch, die jedoch für die Geltungsdauer der VO nicht anhand der deutschen Verfassung überprüfbar ist.² Jedenfalls eine technologiespezifische Absenkung ist jedoch nicht europarechtlich vorgegeben, sondern vielmehr als Ausnahme konzipiert. Die konfiskatorische Wirkung wird durch eine technologiespezifische Absenkung verstärkt, weshalb ein Eingriff in Art. 14 Abs. 1 und 2 GG naheliegt.

Jenseits des Übermaßverbots ist zudem das mit der Abschöpfung verfolgte Finanzierungsziel mit dem übrigen Verfassungsrecht abzuwägen. Nach der **Klimaschutz-**Entscheidung des BVerfG aus 2021 ist der Schutz der natürlichen Ressourcen ein Staatsziel nach Art. 20a GG, dass grundsätzlich nicht in die Zukunft verschoben werden darf. Bei der Abwägung der „Dringlichkeit“ des Klimaschutzes mit der „Dringlichkeit“ des Finanzbedarfs der Bundesrepublik muss angesichts der erheblichen finanziellen Ressourcen Deutschlands die Hebung kurzfristiger Finanzmittel zurücktreten.

- In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass eine Anwendung der Erlösobergrenze auf Erlöse seit Ausbruch des Ukrainekrieges bzw. März 2022 eine verfassungsrechtlich unzulässige „echte“ **Rückwirkung** wäre. Ein zwingender Gemeinwohlbelang, der dies rechtfertigen könnte, ist hierfür nicht ersichtlich. Auch eine Beibehaltung der Erlösabschöpfung im nationalen Alleingang nach Auslaufen der VO wäre angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Erlösabschöpfung im Lichte von Art. 14 Abs. 1 und 2 GG sowie europäischem Primär- und Sekundärrecht unzulässig.

Aus dem Gesagten folgen für die nationale Umsetzung folgende Maßgaben:

- Eine **technologiespezifische Erlösobergrenze**, die an die unterschiedlichen Grenzkosten anknüpft, wäre unzulässig, weil sie entgegen der zentralen Zielsetzung der VO den Preiswettbewerb verschiedener Erzeugungstechnologien außer Kraft setzen würde. Sie würde zudem unter Verstoß gegen die Eigentumsgarantie die konfiskatorische Wirkung der Maßnahme verstärken.
- Zur Vermeidung eines Eingriffs in Art. 14 GG darf die Privatnützigkeit des Eigentums ab einer bestimmten Obergrenze nicht vollständig beseitigt werden. Daher muss jedenfalls der in der VO vorgesehene **Prozentsatz von 10 %** der Erlöse beim Stromerzeuger verbleiben.

² BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

RAUE

- Vor dem Hintergrund des massiven administrativen Aufwands, der durch die allgemeine und verstärkt durch eine technologiespezifische Obergrenze ausgelöst würde, ist zur Wahrung des in Art. 8 Abs. 2 lit. a) VO vorgegebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von der *de-minimis*-Regelung für Anlagen **unterhalb von 1 MW** Gebrauch zu machen.
- Eine **rückwirkende Erlösabschöpfung** wäre eine echte Rückwirkung und damit verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Eine **Verlängerung der Maßnahme** nach Auslaufen der VO scheidet im Lichte von Art. 14 GG sowie europäischem Primär- und Sekundärrecht aus.
- Abschließend geben wir zu bedenken, dass aufgrund der geplanten Vorfinanzierung der durch die VO vorgeschriebenen Entlastungen durch den WSF die Erlösabschöpfung insgesamt in eine **Sonderabgabe** umschlagen dürfte, deren finanzverfassungsrechtliche Voraussetzungen allerdings nicht vorliegen.

B. Rechtliche Würdigung

Nachfolgend legen wir dar, dass die Festlegung einer technologiespezifischen Obergrenze für Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und nach nationalem Recht unzulässig wäre (unten, I.). Im Anschluss führen wir aus, dass angesichts der rechtlichen Bedenken gegen sowohl die allgemeine als auch die technologiespezifische Obergrenze eine Beschränkung auf 90 % der Erlöse und eine Ausnahme für Anlagen unterhalb von 1 MW geboten ist (unten, II.). Eine rückwirkende Anwendung der VO scheidet nach unserem Dafürhalten verfassungsrechtlich aus (unten, III.). Auch eine Verlängerung der Maßnahme über Juni 2023 hinaus wäre sowohl nach Europarecht als auch nationalem Verfassungsrecht rechtswidrig (unten, IV.). Schließlich prüfen wir, inwieweit die Vorfinanzierung durch den WSF dazu führt, dass die Erlösabschöpfung insgesamt in eine finanzverfassungsrechtlich problematische Sonderabgabe umschlägt (unten, V.).

I. Technologiespezifische Erlösobergrenze

Die Einführung von technologiespezifischen Erlösobergrenzen gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO stellt eine Abkehr von der Grundidee einer europaweit einheitlichen Obergrenze dar. Ihre Einführung ist – anders als die einheitliche Obergrenze – nicht voraussetzungslos möglich, sondern muss sich an den in Art. 8 Abs. 2 VO hierfür aufgestellten Maßstäben messen lassen. Sie unterliegt damit einer besonderen Rechtfertigungslast durch den nationalen Gesetzgeber. Nach Art. 8 Abs. 2 VO müssen von den Mitgliedstaaten beschlossene Abweichungen von der einheitlichen Erlösobergrenze verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sein, dürfen Investitionssignale nicht gefährden und müssen mit dem übrigen Unionsrecht vereinbar sein. Liegt auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, muss die Einführung von technologiespezifischen Obergrenzen unterbleiben.

Wir legen im Folgenden dar, dass bei Einführung einer technologiespezifischen Erlösobergrenze durch den deutschen Gesetzgeber keine dieser Voraussetzungen gewahrt wäre (unten, 1.). Die Einführung von technologiespezifischen Erlösobergrenzen wäre auch mit deutschem Verfassungsrecht nicht vereinbar (unten, 2.).

1. Technologiespezifische Erlösobergrenzen verstoßen gegen Vorgaben aus Art. 8 Abs. 2 VO

a) Art. 8 Abs. 2 lit. a) VO: Vorgabe der Diskriminierungsfreiheit

Die Einführung einer technologiespezifischen Erlösobergrenze dürfte gegen die Vorgabe der Diskriminierungsfreiheit in Art. 8 Abs. 2 lit. a) VO verstoßen. Eine Diskriminierung ist die Ungleichbehandlung von zwei vergleichbaren Sachverhalten ohne sachlichen Grund.

Verschiedene Erzeugungstechnologien haben bekanntlich unterschiedliche Grenzkosten. Fraglich ist aber, ob dieser Unterschied die Einführung von technologiespezifischen Obergrenzen unter Abkehr von dem Grundsatz einer einheitlichen Erlösobergrenze von 180 EUR/MWh rechtfertigt. Das hängt davon ab, ob unterschiedliche Grenzkosten nach den Regelungszielen der VO ein zulässiges Differenzierungskriterium sind. Die Erwägungsgründe der VO setzen sich wiederholt mit den unterschiedlichen Grenzkosten von Erzeugungsanlagen und den Auswirkungen auf die Erlösobergrenze auseinander. Dabei betonen die Erwägungsgründe durchweg, dass der Vorteil einer einheitlichen Erlösobergrenze gerade darin liege, den Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Erzeugungstechnologien aufrechtzuerhalten. Insoweit soll der „Preisvorteil“ von emissionsarmen Erzeugungstechnologien erhalten bleiben:

„Die Höhe der Obergrenze für Markterlöse sollte die Möglichkeiten der betroffenen Erzeuger, **einschließlich der Erzeuger erneuerbarer Energien**, nicht beeinträchtigen, ihre Investitions- und Betriebskosten zu decken, und künftige Investitionen in die erforderlichen Kapazitäten für ein **emissionsarmes** und zuverlässiges Elektrizitätssystem erhalten sowie Anreize dafür schaffen. Die Obergrenze für Markterlöse, als eine unionsweit einheitliche Obergrenze, ist am besten dafür geeignet, das **Funktionieren des Strombinnenmarkts aufrechtzuerhalten**, da dadurch der **Preiswettbewerb zwischen den Stromerzeugern**, die verschiedene Technologien nutzen, **insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien**, gewahrt wird.“ (Erwägungsgrund 27 der VO, Hervorhebung nur hier)

Dagegen könnten

„unkoordinierte Obergrenzen für Markterlöse aus der Erzeugung von Strom in Anlagen mit niedrigeren Grenzkosten wie erneuerbare Energien, Kernkraft oder Braunkohle (inframarginale Erzeugungsanlagen) [...] erhebliche

Verzerrungen zwischen den Erzeugern in der Union mit sich bringen, da diese unionsweit auf einem gekoppelten Strommarkt miteinander konkurrieren.“ (Erwägungsgrund 11 der VO)

Die Erlösobergrenze von 180 EUR/MWh wird der Höhe nach dadurch gerechtfertigt, dass sie ein „normales“ Marktgeschehen vor Kriegsausbruch nachbilde (Erwägungsgrund 45 der VO, zur Herleitung im Einzelnen siehe Erwägungsgrund 28 der VO). Damit wird auch bei der Berechnung der einheitlichen Obergrenze auf die *Merit-Order*-Systematik der europäischen Strommärkte Bezug genommen, die einen einheitlichen *Clearing*-Preis für Stromerzeuger unterschiedlichster Technologien vorsieht. Die VO hält also ganz bewusst an einem System fest, indem die Anlagen mit den geringsten Grenzkosten die höchsten Erlöse erwarten können.

Unter dieser Zielsetzung sind aber gerade unterschiedliche Grenzkosten der Erzeugungstechnologien kein zulässiges Differenzierungsmerkmal. Denn gerade dies würde den Preiswettbewerb zwischen verschiedenen Technologien außer Kraft setzen und die berechtigten Markterwartungen von Betreibern von Erneuerbare-Energien-Anlagen entwerten. Vielmehr würden unter einer Abkehr eines von der VO vorgesehenen einheitlichen *Clearing*-Preises verschiedene Teilmärkte konstruiert. Unterschiedliche Grenzkosten sind damit gerade kein zulässiges Differenzierungsmerkmal für die Einführung von technologiespezifischen Erlösobergrenzen.

Daran schließt sich die Folgefrage an, welcher Anwendungsbereich für Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO in Bezug auf die Unterscheidung zwischen verschiedenen Technologien verbleibt. Weder die Ausführungen im ursprünglichen Kommissionsentwurf vom 14. September 2022 noch die offiziellen Erwägungsgründe geben hierauf eine Antwort. Dies liegt offensichtlich darin begründet, dass die Möglichkeit technologiespezifischer Obergrenzen erst kurz vor Beschlussfassung in die VO aufgenommen wurde. Gemessen an den Erwägungsgründen blieben als Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO daher allenfalls grenzkostenunabhängige Erlösobergrenzen und besondere Obergrenzen für Technologien, die ohnehin nicht in einem Preiswettbewerb stehen und sich außerhalb der *Merit-Order* befinden.

In jedem Fall hätte der Mitgliedstaat, der von den Abweichungskompetenzen gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO Gebrauch macht, die Einhaltung der Vorgaben von Art. 8 Abs. 2 VO darzulegen. Der Verweis auf unterschiedliche Grenzkosten verschiedener Erzeugungstechnologien reicht hierzu gerade nicht aus.

b) Art. 8 Abs. 2 lit. a) VO: Vorgabe der Verhältnismäßigkeit

Eine von einem Mitgliedstaat auf Basis des Art. 8 Abs. 1 VO optional eingeführte nationale Krisenmaßnahme muss sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Dies stellt die VO in Art. 8 Abs. 2 lit. a) noch einmal ausdrücklich klar. Der

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass eine Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist zur Erreichung des angegebenen Zwecks.

Sollte der deutsche Gesetzgeber gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. a) VO eine technologiespezifische Erlösabschöpfung in Abweichung zu der von der VO grundsätzlich vorgesehenen einheitlichen Obergrenze (vgl. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VO) einführen, so bestehen jedoch – abhängig von der konkreten Ausgestaltung – begründete Zweifel an der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

aa) Legitimer Zweck

Zweck der VO und damit auch der innerstaatlichen Durchführungsbestimmung ist es, kurzfristig finanzielle Mittel zu generieren, um damit Unterstützungsmaßnahmen von Endverbrauchern zu finanzieren (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO). Durch die Einführung einer technologiespezifischen Erlösobergrenze und die Abschöpfung von weiteren Erlösen bei einzelnen Technologien – allen voran bei den Erzeugern von erneuerbaren Energien – sollen noch höhere Einnahmen generiert werden. Mit einer Entlastung der Endverbraucher sollen gleichzeitig die Inflation bekämpft und die Wirtschaft insgesamt gestärkt werden (vgl. Erwägungsgrund 8 der VO). Für sich genommen handelt es sich hierbei um legitime Zwecke.

bb) Geeignetheit

Allerdings bestehen unter zwei Aspekten Zweifel an der Geeignetheit von technologiespezifischen Erlösobergrenzen.

Eine technologiespezifische Erlösobergrenze würde den Preiswettbewerb der Technologien außer Kraft setzen. Der Vorteil insbesondere von Erneuerbare-Energien-Anlagen, die in der Regel zu Beginn der Merit Order bieten, wäre hierdurch entwertet. Schon bei der von der VO grundsätzlich vorgesehenen einheitlichen Mehrerlösabschöpfung oberhalb von 180 EUR/MWh ist bereits jetzt ein Rückgang von Investitionen zu beobachten. Würde der deutsche Gesetzgeber nun verschärfend hierzu je nach Technologie unterscheiden und bei Stromerzeugern aus erneuerbaren Energien eine Abschöpfung (möglicherweise weit) unterhalb der Grenze von 180 EUR/MWh vorsehen, so würde dies die Situation noch weiter zuspitzen. Es ist zu erwarten, dass der bereits eingetretene Investitionsrückgang sich nochmals dramatisch beschleunigt. Abgesehen von abnehmenden Investitionstätigkeiten ist zudem zu erwarten, dass Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten vorgezogen werden, da während der Geltungsdauer der Erlösabschöpfung der Betrieb weniger lohnenswert ist als zu anderen Zeiten. Sowohl der Investitionsrückgang als auch die Außerbetriebsetzung von Anlagen treibt die Strompreise.

Schlussendlich würde eine technologiespezifische Preisobergrenze Mittel für Entlastungen von Preisanstiegen heben, die durch selbige überhaupt erst verursacht wurden.

Zudem wäre eine technologiespezifische Obergrenze gerade in Deutschland besonders schwer umsetzbar, was die Geeignetheit dieses Instruments weiter in Frage stellt. Eine Besonderheit des deutschen Strommarktes besteht darin, dass Gebote nicht nur von einzelnen Kraftwerken, sondern von einem Portfolio verschiedener Anlagen abgegeben werden.³ In dem zitierten Gutachten von Agora Energiewende heißt es:

„Dabei Anlagen nach Technologien zu trennen, scheint kaum möglich, wenn man den Grundsatz der Portfoliogebote nicht aufheben will.“⁴

Portfoliogebote, hinter denen Anlagen verschiedener Erzeugungstechnologien stehen, könnten damit kaum sinnvoll den verschiedenen Obergrenzen zugeordnet werden. Eine solche Aufsplittung ist bereits bei einer technologieunabhängigen Erlösobergrenze eine Herausforderung, weil jedenfalls Steinkohle- und Gaskraftwerke herauszurechnen sind. Eine technologiespezifische Erlösobergrenze würde jedoch den Umsetzungsaufwand nochmals signifikant erhöhen. Soweit eine Aufsplittung auf Ebene der das Portfolio vermarktenden Handelsgesellschaft überhaupt möglich ist, wäre sie jedenfalls mit einem derartigen Aufwand verbunden, dass das Ziel der VO im Sinne einer schnellen Hebung finanzieller Ressourcen torpediert werden würde. Eine technologiescharfe Erlösobergrenze wäre daher schon kein geeignetes Mittel, das von der VO vorgegebene Ziel zu verwirklichen.

c) Art. 8 Abs. 2 lit. b) VO: Keine Gefährdung von Investitionssignalen

Darüber hinaus dürfen die von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 Abs. 1 VO eingeführten nationalen Krisenmaßnahmen Investitionssignale nicht gefährden (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. b) VO). Es ist jedoch absehbar, dass eine technologiespezifische Abschöpfung eine solche Gefährdung von Investitionssignalen jedenfalls im Bereich der erneuerbaren Energien zur Folge hätte.

Die Erwägungsgründe der VO betonen, dass künftige Investitionen insbesondere in den erforderlichen Ausbau der erneuerbaren Energien durch die Erlösabschöpfung nicht beeinträchtigt werden dürfen:

³ Agora Energiewende, Schutz in der fossilen Energiekrise – Optionen für Ausgleich und Entlastung, September 2022, S. 9, abrufbar unter <https://www.agora-energiewende.de/veroeffentlichungen/schutz-in-der-fossilen-energiekrise/>, letzter Abruf: 19. Oktober 2022.

⁴ Agora Energiewende, Schutz in der fossilen Energiekrise – Optionen für Ausgleich und Entlastung, September 2022, S. 9.

„Die Höhe der Obergrenze für Markterlöse sollte die Möglichkeiten der betroffenen Erzeuger, einschließlich der Erzeuger erneuerbarer Energien, nicht beeinträchtigen, ihre Investitions- und Betriebskosten zu decken, und **künftige Investitionen in die erforderlichen Kapazitäten für ein emissionsarmes und zuverlässiges Elektrizitätssystem erhalten sowie Anreize dafür schaffen.** [...]“ (Erwägungsgrund 27 der VO)

Die VO beschreibt ferner, dass bei Festlegung der Obergrenze für Markterlöse mit in Betracht gezogen werden müsse, welche Erwartungen die Marktteilnehmer mit Blick auf ihre Investitionsentscheidung hatten:

„Daher **sollte die Obergrenze für Markterlöse nicht unter den begründeten Erwartungen der Marktteilnehmer** vor dem Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine hinsichtlich des durchschnittlichen Strompreisniveaus während der Tageszeiten, zu denen die Stromnachfrage am höchsten war, **liegen.**“ (Erwägungsgrund 28 der VO)

Die Erwartung bei Investitionen insbesondere in Erneuerbare-Energien-Projekte ist jedoch auch die Fortgeltung eines Markträumungspreises, der gerade für erneuerbare Energien, die keine Brennstoffkosten haben, von Vorteil ist. Die unterschiedlich hohen Grenzkosten und die Aussicht auf die Vereinnahmung der dadurch entstehenden Differenz zum Markträumungspreis macht Investitionen in Erneuerbare-Energien-Projekte attraktiv. Würde nun eine technologiespezifische Obergrenze beschlossen, so würden genau diese Erwartungen enttäuscht werden.

Bereits jetzt ist an den Marktaktivitäten sichtbar, dass Investitionen in erneuerbare Energien zurückgehen. So waren die jüngsten Ausschreibungen für Solaranlagen (Freiflächen und Dachanlagen) weit unterzeichnet.⁵ In diesem Zusammenhang muss auch berücksichtigt werden, dass die aktuellen Kosten von Infrastrukturprojekten deutlich höher sind als noch vor zwei Jahren. Betrachtet man etwa die aktuellen Kosten für Solaranlagen bei Freiflächenprojekten, so liegen die konsolidierten Kosten (EPC-Kosten, Netzanschlusskosten, Finanzierungskosten) nach Branchenangaben um ca. 60 bis 65 % über den Kosten im Jahr 2020. Grund hierfür sind höhere Kosten für Rohstoffe, Logistik und Löhne, der Wertverlust des Euros und ein erhöhtes Zinsniveau. Bei Solaranlagen ist im Rahmen der Kostenbetrachtung ferner das Portfoliorisiko zu berücksichtigen. Damit ist gemeint, dass nicht sämtliche unter Kostenaufwand geplante Solaranlagen auch tatsächlich bis

⁵ Öffentliche Bekanntgabe der Bundesnetzagentur, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Ausschreibungen/Solaranlagen1/BeendeteAusschreibungen/Ausschreibungen2022/Gebotstermin01062022/start.html> und <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Ausschreibungen/Solaranlagen2/Gebotstermin01082022/start.html>, letzter Abruf 14. Oktober 2022.

zur Umsetzung gelangen und daher umgesetzte Projekte diese „verlorenen“ Kosten mit erwirtschaften müssen.

Dagegen leitet die Europäische Kommission die Erlösbergrenze von 180 EUR/MWh aus den Preisspitzen der „vergangenen Jahrzehnte“ her.⁶ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag stellt fest, dass diese Grenze oberhalb der Stromgestehungskosten der inframarginalen Erzeugungstechnologien liege. Die hierzu zitierte Quelle⁷ ist der Report „*Energy costs, taxes and the impact of government interventions on investments: final report, Trinomics, Oktober 2020.*“ Der Bericht referenziert wiederum auf Daten von Anlagenbetreibern aus den Jahren 2008 bis 2018/2019.⁸ Die extremen Kostensteigerungen bei den Finanzierungs-, Lohn- und Materialkosten seit etwa Sommer 2021 sind damit nicht einmal in die Herleitung der allgemeinen Erlösbergrenze eingeflossen. Vor diesem Hintergrund wäre bei Einführung einer technologiespezifischen Erlösbergrenze unterhalb der von der VO vorgesehenen 180 EUR/MWh-Grenze ein noch deutlicherer Rückgang der Investitionen zu befürchten.

Schließlich müssten technologiespezifische Obergrenzen, damit sie Investitionen in Erneuerbare-Energien-Anlagen nicht gefährden, die Frage nach der angemessenen Marge beantworten. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass der *Clean-Spark-Spread* von Gaskraftwerken im Herbst 2022 auf fast 700 EUR/MWh gestiegen ist, ohne dass die Betreiber dieser Kraftwerke staatliche Eingriffe zu befürchten hätten. In die Berechnung einzustellen wäre ferner, dass die VO ihrer Zielsetzung nach lediglich *krisisbedingte* Mehrerlöse abschöpfen will. Die Erwartungen der Marktteilnehmer vor dem Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine sollen dagegen erhalten bleiben.⁹ Diese Erwartungen liegen aber gerade in der Fortgeltung eines Markträumungspreises und damit auch in der Vereinnahmung des Preisabstands zum Grenzpreis, den die VO auf Grundlage des Vorkriegsniveaus auf 180 EUR/MWh taxiert. Ein technologiespezifischer Cap wäre dagegen ein „*cost plus*“ Ansatz, der dem europäischen Strommarkt grundsätzlich fremd ist und damit auch nicht zur Herleitung einer angemessenen Marge von Erneuerbare-Energien-Anlagen herangezogen werden kann. Damit spricht *prima facie* alles dafür, dass technologiespezifische Obergrenzen Investitionssignale gefährden.

⁶ Erwägungsgrund 28.

⁷ Vorschlag der Kommission vom 14. September 2022, COM (2022) 473 final, Fn. 3.

⁸ Energy costs, taxes and the impact of government interventions on investments: final report, Trinomics, Oktober 2020, S. III, abrufbar unter <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/76c57f2f-174c-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-en>

⁹ Erwägungsgrund 28.

d) Art. 8 Abs. 2 lit. e) VO: Vereinbarkeit mit sonstigem Unionsrecht

Eine technologiespezifische Erlösobergrenze müsste gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. e) VO mit sonstigem Unionsrecht vereinbar sein. Sie dürfte jedoch im Lichte der europäischen Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit und der Warenverkehrsfreiheit (unten, aa)) problematisch sein. Auch die Vereinbarkeit mit den Umweltzielen der Union ist zweifelhaft (unten, bb)).

aa) Vereinbarkeit mit Grundfreiheiten

Die Einführung technologiespezifischer Erlösobergrenzen durch den deutschen Gesetzgeber könnte die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen. Eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit liegt vor, wenn durch die nationale Vorschrift Hindernisse für grenzüberschreitende Wirtschaftsaktivitäten geschaffen werden.¹⁰ Die zugrunde liegende Ermächtigungsgrundlage in Art. 6 VO knüpft angesichts der erforderlichen Umsetzungsakte durch die Mitgliedstaaten stillschweigend an den Sitz des Stromerzeugers an, dessen Erlöse abgeschöpft werden sollen. Gerade bei grenzüberschreitenden Transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen ist es ohne Weiteres denkbar, dass hierdurch deutsche Tochterunternehmen von Mutterunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten systematisch benachteiligt werden. Wenn beispielsweise ein deutsches Tochterunternehmen einer französischen Mutter an diese den Strom aus in Deutschland gelegenen Erzeugungsanlagen zu Spotpreisen verkauft, wäre für diese Transaktion die technologiespezifische Erlösobergrenze einschlägig. Solche spotbasierten Transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen sind in der Energiewirtschaft weit verbreitet. Die französische Mutter wiederum könnte die Strommengen unter einem langfristigen PPA zu einem unterhalb der Erlösobergrenze liegenden Preis weiter veräußern. In diesem Fall würden die Erlöse der deutschen Tochter abgeschöpft, obwohl der Konzern und insbesondere die französische Mutter mit den erzeugten Strommengen keine „krisenbedingten Mehrerlöse“ erwirtschaftet. Noch stärker wird die Diskriminierung, wenn die deutsche Tochter gleichzeitig wiederum im Ausland gelegene Erzeugungsanlagen betreibt. Auch für diese würden dann möglicherweise die technologiespezifischen Grenzen des deutschen Gesetzgebers gelten, obwohl im Ausland wiederum ganz andere Grenzkosten herrschen. Nicht zuletzt stellt der Rat eine entsprechende Beeinträchtigung der Wirtschaftsaktivitäten in den Erwägungsgründen der VO heraus:

„Unkoordinierte Obergrenzen für Markterlöse aus der Erzeugung von Strom in Anlagen mit niedrigeren Grenzkosten wie erneuerbare Energien, Kernkraft oder Braunkohle (inframarginale Erzeugungsanlagen)

¹⁰ Korte, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49, Rn. 56.

können erhebliche Verzerrungen zwischen den Erzeugern in der Union mit sich bringen, da diese unionsweit auf einem gekoppelten Strommarkt miteinander konkurrieren.“ (Erwägungsgrund 11 der VO)

Aus dem gleichen Grund liegt eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV nahe. In dem genannten Beispiel wäre es ökonomisch zweckmäßig, dass die deutsche Tochter nicht mehr an die französische Mutter verkauft, sondern die französische Mutter direkt aus Frankreich den Strom aus den in Deutschland gelegenen Anlagen veräußert. Damit ist der Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Eine Rechtfertigung anhand der Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 36 AEUV ist nicht ersichtlich. Eine Rechtfertigung anhand anderer zwingender Gemeinwohlgründe müsste den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot einhalten. Hier gelten die bereits oben dargestellten Bedenken entsprechend (oben, a) und b)).

Letztlich bedarf die Einführung einer technologiespezifischen Obergrenze einer besonderen Rechtfertigung durch den nationalen Gesetzgeber, der insoweit die fehlende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf einem einheitlichen EU-Binnenmarkt darzulegen hätte. Eine solche Rechtfertigung ist angesichts der Funktionsweise des verbundenen europäischen Strommarktes nicht ersichtlich.

bb) Vereinbarkeit mit Umweltzielen

Maßnahmen, die eine Verringerung von Investitionen in erneuerbare Energien zur Folge haben, laufen entgegen Erwägungsgrund 69 der VO dem im Mai 2022 veröffentlichten REPowerEU-Plan¹¹ zuwider. Der Plan ist Teil des europäischen grünen Deals und sieht den beschleunigten Ausbau erneuerbarer Energien vor. Zwar handelt es sich bei der Mitteilung der Kommission insoweit um rechtlich unverbindliches „*soft law*“. Gemäß Art. 11 AEUV müssen Erfordernisse des Umweltschutzes jedoch bei der Festlegung und Durchführung von Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden. Dabei wird über den Begriff der „Durchführung“ eine entsprechende Pflicht der Mitgliedstaaten begründet, da Unionspolitiken in der Regel durch die Mitgliedstaaten

¹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, REPowerEU-Plan, COM (2022) 230 final vom 18. Mai 2022.

vollzogen werden.¹² Aufgrund des oben dargelegten Investitionsrückgangs in erneuerbare Energien ist eine Vereinbarkeit mit Art. 11 AEUV zweifelhaft.

2. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

a) Ungerechtfertigter Eingriff in das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG

aa) Die Erlösabschöpfung greift in den Schutzbereich von Art. 14 GG ein

Der Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG erfasst alle vermögenswerten Rechte. Bloße Gewinnerwartungen und Verdienstmöglichkeiten unterfallen nicht dem Schutz des Art. 14 GG.¹³ Abgabepflichten, die an den Bestand des Hinzuerworbenen anknüpfen, sind dagegen von Art. 14 GG geschützt.¹⁴

Die Strommarkterlöse stellen geschützte vermögenswerte Rechtspositionen dar. Nach Art. 2 Nr. 5 VO fallen unter den Begriff der abzuschöpfenden „Markterlöse“ die realisierten Erträge, die ein Erzeuger für den Verkauf und die Lieferung von Strom in der Union erhält. Damit wird nicht an bloße Gewinnerwartungen, sondern an bereits konkretisierte und erworbene Eigentumspositionen angeknüpft.

bb) Der Eingriff in Art. 14 GG ist nicht gerechtfertigt

Der Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Hier ist zu differenzieren zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen sowie Enteignungen, wobei die Abgrenzung nach formalen Kriterien erfolgt.¹⁵ Eine Enteignung ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet.¹⁶ Sie setzt zwingend einen Akt der Güterbeschaffung aus Gründen des Allgemeinwohls voraus. Eine solche Güterbeschaffung ist hier nicht ersichtlich. Auch ein enteignungsgleicher Eingriff liegt nicht vor, weil dieser durch Rechtsfortbildung entwickelte Entschädigungsanspruch an rechtswidriges Verwaltungshandeln oder rechtswidrige untergesetzliche Normen anknüpft, bei legislativem

¹² Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 11 AEUV Rn. 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 76. EL Mai 2022, Art. 11 AEUV Rn. 17.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002 – 1 BvR 558/91 - Glykolwarnung.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 18.01.2006 - 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97, 112 – Halbteilungsgrundsatz.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1981 – 1 BvL 77/78 - Nassauskiesung.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 6. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11 - Atomausstieg.

Unrecht dagegen ausscheidet.¹⁷ Damit handelt es sich hier um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, die durch Festlegung einer Erlösobergrenze die mit dem Eigentum verbundenen Rechte regelt.

Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung muss verhältnismäßig, das heißt im Hinblick auf ein legitimes Ziel geeignet, erforderlich und angemessen sein.

(1) Legitimes Ziel

Die Generierung finanzieller Mittel durch den Staat zum Zweck der kurzfristigen Entlastung der Stromendverbraucher ist ein legitimes Ziel.

(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Abschöpfung der Erlöse von Stromerzeugern müsste zur Erreichung dieses Ziels geeignet sein. Im Hinblick auf eine technologiespezifische Erlösobergrenze ist zweifelhaft, ob eine solche Regelung geeignet ist, kurzfristig finanzielle Mittel zu generieren. Hier gelten die oben genannten Bedenken entsprechend. Eine technologiespezifische Erlösobergrenze würde angesichts des Investitionsrückgangs in erneuerbare Energien die Strompreise weiter treiben. Aufgrund der in Deutschland verbreiteten Portfoliovermarktung setzt sie zudem einen massiven administrativen Aufwand in Gang, soweit eine Zuordnung zu einzelnen Technologien überhaupt möglich ist (oben, 1.b)). Vor diesem Hintergrund wäre eine technologieunabhängige Erlösobergrenze jedenfalls im Rahmen einer Erforderlichkeitsprüfung das mildere Mittel.

(3) Angemessenheit

Schließlich müssten technologiespezifische Obergrenzen angemessen sein, d.h. das Maß der den Einzelnen treffenden Belastungen muss noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen stehen.

(a) Grundsätze der BVerfG-Rechtsprechung im Steuern- und Abgabenrecht

Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer Erlösabschöpfung existiert soweit ersichtlich nicht. Das Rechtsinstrument der Erlösabschöpfung wird in Deutschland bislang vor allem als Sanktionsmaßnahme eingesetzt, etwa im Strafrecht oder Kartellrecht. Im Rahmen der Regulierung

¹⁷ BGH, Urteil vom 20. Februar 1992 – III ZR 188/90.

von Monopolunternehmen, etwa Netzbetreibern¹⁸, gelten ebenfalls Erlösobergrenzen, die jedoch an Erlöse auf Unternehmensebene anknüpfen.

Allerdings dürfte auf solche staatlichen Abschöpfungsregeln wegen der vergleichbaren Belastungen des Einzelnen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Steuern- und Abgabenrechts übertragbar sein. Danach dürfen hoheitliche Belastungen keine konfiskatorischen Wirkungen haben. Eine konfiskatorische Wirkung wird angenommen, wenn die Abgabepflicht nicht mehr aus den Erträgen des Vermögens bestritten werden kann.¹⁹ Im Steuerrecht kommt in diesem Zusammenhang das sog. Nettoprinzip zum Tragen, nachdem bei der Ermittlung der Einkünfte Erwerbsaufwendungen abgezogen werden müssen.²⁰ Für den Bereich der Erbschafts- und Vermögenssteuer hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Gesamtbelastung des Sollertrages bei typisierender Betrachtung von Einnahmen, abziehbaren Aufwendungen und sonstigen Entlastungen „in der Nähe der hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand“ verbleiben muss (sog. Halbteilungsgrundsatz).²¹ Die Übertragung dieses Halbteilungsgrundsatzes auf andere Abgabenformen hat das Bundesverfassungsgericht in späteren Entscheidungen abgelehnt, jedoch betont, dass schwerwiegende, konfiskatorisch wirkende hoheitliche Eigentumseingriffe unter besonderem Rechtfertigungsdruck stehen.²² Derartige Maßnahmen kommen danach nur in Fällen innerer und äußerer Notlagen, extremer Finanznot oder sonstiger Ausnahmefälle in Betracht.²³

Da die in der VO vorgesehene Abschöpfung an *Erlöse* anstelle von *Erträgen* anknüpft, ist eine Verletzung der oben genannten Grundsätze besonders naheliegend. Eine Beurteilung, ob dem Anlagenbetreiber selbst bei Geltung der 180 EUR/MWh Einheitsgrenze wenigstens noch die Hälfte der Erträge verbleibt, hängt nicht zuletzt von seinen individuellen Kosten, der Portfoliosituation auf Unternehmensebene und den die Erlöse bestimmenden Strompreisen ab. Hat der Anlagenbetreiber die für die Zeit vom 1. Dezember 2022 bis zum 30. Juni 2023 erwarteten Erlöse bereits zur Grundlage oder Finanzierung einer weiteren Investitionsentscheidung gemacht, ist ein Eingriff in den Bestand des Vermögens und damit das Umschlagen in eine

¹⁸ § 21a EnWG.

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 1968 – 2 BvR 544/63, BVerfGE 23, 288, 305 – *Kriegsfolgelasten*; *Depenheuer/Froese* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 14 GG, Rn. 388.

²⁰ *Wendt* in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 44 Rz. 143. Zur Frage, inwieweit das Nettoprinzip verfassungsrechtlich vorgegeben ist: *Kischel* in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 3 Rz. 149.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, 138 – *Vermögenssteuer*.

²² BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97, 113 – *Halbteilungsgrundsatz*.

²³ *Depenheuer/Froese* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 14 GG, Rz. 388.

konfiskatorische Maßnahme naheliegend. Auch die Einhaltung des Halbteilungsgrundsatzes, der eine maximal hälftige Aufteilung von Erträgen zwischen Staat und Privaten fordert, ist bei der Anknüpfung an Erlöse statt Erträge letztlich dem Zufall überlassen. Denn die Kosten des Stromerzeugers bleiben – entgegen dem Nettoprinzip – außer Acht. Je tiefer die technologiespezifische Erlösgrenze und je höher die Strompreise/-erlöse, desto eher wird die Abschöpfung mehr als die Hälfte der Erträge erfassen. Damit ist der konfiskatorische Charakter und damit eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG durch eine übermäßige Abgabenlast jedenfalls bei einer technologiespezifischen Absenkung der Grenzwerte zu erwarten.

Zudem ist eine besondere Finanznot, die im Einzelfall auch Maßnahmen mit konfiskatorischer Wirkung rechtfertigen kann,²⁴ jedenfalls in Bezug auf die Bundesrepublik Deutschland abzulehnen. Dies wird unter anderem daran deutlich, dass die Entlastungen zunächst durch den WSF zwischenfinanziert werden und den abgeschöpften Erlösen damit überhaupt keine kurzfristige Finanzierungsfunktion zukommt. Eine etwaige Finanznot wird auch durch die von der Bundesregierung kürzlich verkündete Gaspreisbremse mit einem Finanzierungsbedarf von etwa 200 Mrd. EUR²⁵ widerlegt, der nicht über einen Umlagemechanismus, sondern aus dem Staatshaushalt finanziert wird. Die Hebung finanzieller Ressourcen steht damit zu den durch die VO bewirkten Belastungen außer Verhältnis. Damit ist eine Rechtfertigung von abgesenkten technologiespezifischen Erlösobergrenzen als konfiskatorischer Maßnahme nicht erkennbar.

(b) Sonstiges Verfassungsrecht

Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung muss zudem auch allen übrigen Verfassungsnormen gerecht werden.²⁶ Selbst wenn unterstellt wird, dass die Erlösabschöpfung trotz der oben beschriebenen Umsetzungsschwierigkeiten und des nachteiligen Effekts auf die Strompreise tatsächlich kurzfristig zu signifikanten Mehrerlösen führen würde, steht die Maßnahme außer Verhältnis zu den durch sie implizit verursachten Umweltschäden. Bei technologiespezifischer Absenkung der Erlösobergrenze werden Investitionen in Infrastrukturprojekte im Bereich erneuerbarer Energien aufgrund von Rentabilitätsverlusten (weiter) zurückgehen. Ein rückläufiger Ausbau erneuerbarer Energien wirkt sich nachteilig auf das Klima aus. Das BVerfG entschied in dem „Klimaschutz“ Beschluss aus dem Jahr 2021 in Bezug auf die Reduzierung von CO₂-Emissionen, dass wirksamer Klimaschutz unter Art. 20a GG

²⁴ *Depenheuer/Froese* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 14 GG, Rz. 388.

²⁵ <https://www.businessinsider.de/politik/deutschland/200-mrd-euro-fuer-gaspreisbremse-was-das-fuer-kunden-heisst-a/>

²⁶ *BVerfG*, Beschluss vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95 - *Erweiterter Verfall*.

nicht in die Zukunft verlagert werden dürfe. Maßnahmen, die gegenwärtig unterbleiben, müssten in Zukunft unter möglicherweise noch ungünstigeren Bedingungen ergriffen werden.²⁷ Angesichts der Finanzkraft der Bundesrepublik muss daher im Rahmen der Angemessenheit ein „dringender“ Finanzierungsbedarf gegenüber den nicht mehr aufschiebbaren Klimaschutzmaßnahmen, zu denen auch der Ausbau der Erneuerbaren Energien gehört, zurücktreten.

Vor diesem Hintergrund dürfte eine kurzfristige Generierung finanzieller Mittel zur Entlastung von Endverbrauchern außer Verhältnis zu den durch Art. 20a GG geschützten Auswirkungen auf Umwelt und Klima stehen.

b) Ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Daneben liegt ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit vor. Die Berufsfreiheit umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder auszuhandeln. Maßnahmen, die sich auf das „Behaltendürfen“ von im Rahmen der beruflichen Tätigkeit generierten Einnahmen beziehen, greifen in die Freiheit der Berufsausübung ein.²⁸ Insoweit gelten die Grundrechtsgarantien von Art. 12 und Art. 14 GG nebeneinander.

Es handelt sich bei der Erlösabschöpfung um eine Berufsausübungsregelung, die die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand hat. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sind zulässig, soweit vernünftige Gründe des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen. Dabei muss die Maßnahme insgesamt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. An der Geeignetheit sowie der Erforderlichkeit einer technologiespezifischen Erlösobergrenze bestehen erhebliche Zweifel (oben, 1.b)). Die Maßnahme steht dabei auch außer Verhältnis zu den durch sie implizit verursachten Schäden für Klima und Umwelt (oben, a)bb)(3)(b)) und ist daher nicht angemessen. Damit dürfte auch ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen.

c) Ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten ohne sachlichen Grund. Dabei unterliegt auch die Prüfung des Gleichheitsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁹ Eine Ungleichbehandlung muss sich daher grundsätzlich am Ziel der gesetzlichen

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 - *Klimaschutz*.

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2009 – 1 BvR 2738/08 – *Netzentgeltregulierung*.

²⁹ Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rz. 20 ff.

Regelung messen lassen.³⁰ Angesichts des massiven Umsetzungsaufwands von technologiespezifischen Erlösbergrenzen sowie des zu erwarteten Investitionsrückgangs und damit verbundenen Anstiegs der Strompreise ist die Eignung des Differenzierungskriteriums zur Zielerreichung allerdings fraglich. Dieses Ziel, kurzfristig finanzielle Ressourcen zur Entlastung von Endverbrauchern zu generieren, wird durch grenzkostenabhängige Differenzierungskriterien vielmehr konterkariert. Damit dürfte aus den genannten Gründen auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen.

II. Begrenzung auf Anlagen oberhalb von 1 MW und 90 % der Erlöse

1. Ausnahme für Anlagen bis zu 1 MW gemäß Art. 7 Abs. 3 Satz 1 VO

Die oben diskutierten Eingriffe in Grundrechte unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch unter Anwendung einer einheitlichen Erlösbergrenze zieht die VO, die sowohl den Erzeuger selbst als auch dessen verbundene Unternehmen (im selben oder einem anderen Mitgliedstaat, vgl. Art. 6 Abs. 3 VO) als mögliche Adressaten definiert, einen kaum zu bewältigenden Meldeaufwand nach sich. Dieser Aufwand stellt bereits für sich die Geeignetheit dieses Instruments zur kurzfristigen Hebung finanzieller Ressourcen in Frage. Zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist der Gesetzgeber daher gehalten, von der in der VO angeführten Möglichkeit Gebrauch zu machen, Anlagen mit einer installierten Kapazität von bis zu 1 MW von der Erlösabschöpfung auszunehmen (vgl. Art. 7 Abs. 3 Satz 1 VO). Das Erfassen auch dieser Anlagen erscheint im Lichte des Gesetzeszwecks, nämlich der kurzfristigen Hebung finanzieller Ressourcen, ungeeignet. Der verursachte Aufwand würde außer Verhältnis zum Mehrwert stehen und jedenfalls die Umsetzung erheblich verzögern.

2. Begrenzung der Abschöpfung auf 90 % der Erlöse

Wie dargelegt, stellt eine Mehrerlösabschöpfung einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 und 2 GG dar (oben, I.2.a). Angesichts der Anknüpfung der VO an Erlöse anstelle von tatsächlich erwirtschafteten Erträgen besteht die Gefahr, dass die Maßnahme in eine konfiskatorische Belastung umschlägt. Die konfiskatorische Wirkung der Maßnahme ließe sich jedenfalls abmildern, indem dem Stromerzeuger 10 % der Erlöse belassen werden.

Unter dem Stichwort der vertikalen Steuergerechtigkeit gilt zwar der Grundsatz, dass höhere Einkommen auch höhere Steuersätze rechtfertigen können (Progression). Die Grenze der vertikalen Steuergerechtigkeit ist jedoch überschritten, wenn die Privatnützigkeit des Eigentums aufgrund der Höhe des Steuersatzes überhaupt nicht mehr zum Ausdruck kommt, also der Kernbestand des Erfolgs der wirtschaftlichen Betätigung nicht

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 17. November 2009, 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1, 23 - *Körperschaftsteuerminderungspotential*.

mehr sichtbar wird.³¹ Die VO hat letztlich eine 100 % „Besteuerung“ von Markterlösen oberhalb des jeweiligen Schwellenwerts zur Folge. Der wirtschaftliche Erfolg in Form höherer Stromerlöse wird damit bei Einnahmen oberhalb dieser Grenze (gar) nicht mehr sichtbar. Damit verbleibt dem Unternehmen nicht einmal ein Bruchteil des oberhalb des Grenzwertes erwirtschafteten unternehmerischen Erfolgs.

Bei der Umsetzung der VO ist daher sicherzustellen, dass den Stromerzeugern wenigstens ein Teil ihrer Einnahmen oberhalb von Markterlösen von 180 EUR/MWh verbleibt. Ob die in der VO angelegte Option einer 90 %-Abschöpfung verfassungsrechtlichen Maßstäben genügen würde, kann dabei offenbleiben. Die Reduzierung der Abschöpfung auf 90 % der Markterlöse würde jedenfalls den Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG abschwächen.

III. Rückwirkende Anwendung der Erlösabschöpfung bis zu Kriegsausbruch/März 2022 unzulässig

Art. 22 Abs. 2 lit. c) VO sieht vor, dass die verbindliche Obergrenze für Markterlöse gemäß Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VO ab dem 1. Dezember 2022 (und nicht rückwirkend) gelten soll:

„Die Artikel 6, 7 und 8 gelten vom **1. Dezember 2022** bis zum 30. Juni 2023.“

Die Möglichkeit, eine hiervon abweichende Zeitspanne für die Erlösabschöpfung zu bestimmen, enthält die VO nicht.

Würde der deutsche Gesetzgeber dennoch eine Regelung einführen wollen, wonach Erlöse bereits vor dem 1. Dezember 2022 etwa seit Kriegsausbruch oder März 2022 abgeschöpft werden, so wäre dies unzulässig. Eine solche nachträgliche Anwendung der Erlösabschöpfung würde eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen darstellen und wäre als sogenannte „echte“ Rückwirkung unvereinbar mit dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot gemäß Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

Eine Rechtsnorm entfaltet dann „echte“ Rückwirkung, wenn der Beginn ihrer zeitlichen Anwendung auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm gültig geworden ist.³² Treten die Rechtsfolgen hingegen erst nach Verkündung der Norm ein, erfasst ihr Tatbestand aber Sachverhalte, die bereits vor der Verkündung „in's Werk gesetzt“ wurden, so ist von einer sogenannten „unechten“ Rückwirkung die Rede.³³

³¹ *Wendt* in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 44 Rz. 143.

³² BVerfG, Beschluss vom 12. November 2015 – 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14; BVerfG, Urteil vom 05. Februar 2004 – 2 BvR 2029/01; BVerfG, Beschluss vom 3. Dezember 1997 – 2 BvR 882/97; BVerfG, Beschluss vom 22. März 1983 – 2 BvR 475/78.

³³ BVerfG, Urteil vom 5. Februar 2004 – 2 BvR 2029/01; BVerfG, Beschluss vom 5. Februar 2002 – 2 BvR 305/93 – *Sozialpfandbrief*; BVerfG, Beschluss vom 3. Dezember 1997 – 2 BvR 882/97 – *Schiffbauverträge*; BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1986 – 2 BvL 2/83 – *Doppelbesteuerungsabkommen*.

Eine Regelung, wonach eine Rechtsfolge bereits für einen vor der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum eintreten soll („echte“ Rückwirkung), ist grundsätzlich unzulässig. Denn aus den in der Verfassung verankerten Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit folgt, dass der Bürger grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass an sein Verhalten oder an ihn betreffende Umstände nicht nachträglich belastende Rechtsfolgen geknüpft werden.³⁴

Eine nationale Bestimmung, wonach Erlöse der Stromerzeugungsunternehmen auch nachträglich etwa seit Kriegsbeginn oder wie derzeit diskutiert März 2022 abzuschöpfen sind, würde eine solche echte Rückwirkung darstellen. Die Stromerlöse werden täglich generiert, so dass es sich insoweit um jeweils abgeschlossene Sachverhalte handelt und mithin eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen vorliegen würde (anders als ggf. bei Einführung neuer Unternehmenssteuern, die sich auf einen nach Jahresende festgestellten Gewinn beziehen³⁵). Der jeweilige Tatbestand der Erlöseinnahme ist in seiner Gesamtheit bereits vor Erlass der VO bzw. vor dem Beschluss der nationalen Durchführungsbestimmung verwirklicht worden. Entsprechend ist auch davon auszugehen, dass ein Großteil der Erlöseinnahmen der Stromerzeugungsunternehmen aus den vergangenen Monaten bereits reinvestiert oder anderweitig verbraucht ist. Besonders augenscheinlich ist dies bei Stromerzeugern mit einem unterjährigem Bilanzstichtag, die die im unterjährig endenden Geschäftsjahr erwirtschafteten Gewinne bereits entnommen und reinvestiert haben. Faktisch würde eine rückwirkende Anwendung mithin unter Umständen die Abschöpfung nicht mehr existenter Gelder bedeuten.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit einer echten Rückwirkung ist nur in wenigen Fällen denkbar, etwa wenn mit der gesetzlichen Änderung schon zu dem Zeitpunkt, auf den sich die Rückwirkung bezieht, gerechnet werden musste oder wenn die Rechtslage derart unklar war, dass eine Klarstellung zu erwarten war.³⁶ Derartige Gründe für eine Vorhersehbarkeit der Erlösabschöpfung im Strommarkt kommen hier jedoch nicht in Betracht. Vor der am 30. September 2022 erzielten Einigung über die VO mussten Stromerzeugungsunternehmen nicht mit einer Abschöpfung ihrer Erlöse rechnen. Daran ändern auch die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. März 2022 zu REPowerEU³⁷ nicht. Denn die dort diskutierten Eingriffe hatten lediglich *steuerliche* Maßnahmen auf nachträglich festgestellte *Übergewinne* zum Gegenstand. Um eine solche Maßnahme geht es bei der Erlösabschöpfung aber gerade nicht.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 05. Februar 2004 – 2 BvR 2029/01 – *Sicherungsverwahrung*; BVerfG, Beschluss vom 5. Februar 2002 – 2 BvR 305/93 – *Sozialpfandbrief*; BVerfG, Beschluss vom 3. Dezember 1997, 2 BvR 882/97 – *Schiffbauverträge*; BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1986 – 2 BvL 2/83 - *Doppelbesteuerungsabkommen*; BVerfG, Beschluss vom 10. März 1971 – 2 BvL 3/68.

³⁵ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2021 – 1 BvL 6/07 – *Streubesitzbeteiligung*.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. November 2015 – 1 BvR 2961/14, 1 BvR 3051/14 m.w.N.

³⁷ Abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_22_1512, Anlage 2 abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:71767319-9f0a-11ec-83e1-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_3&format=PDF

IV. Verlängerung über Juni 2023 wäre europarechtlich und verfassungsrechtlich unzulässig

Jedenfalls wäre eine Verlängerung des Zeitraums der Mehrerlösabschöpfung über Juni 2023 hinaus rechtswidrig. Eine Verlängerung der VO kommt insoweit nicht in Betracht (unten, 1.). In Abwesenheit einer EU-Verordnung wäre eine Verlängerung der Maßnahme im nationalen Alleingang ebenfalls unzulässig (unten, 2.).

1. Europarecht: Art. 122 Abs. 1 AEUV deckt nur kurzfristige Krisenmaßnahmen

Art. 1 Satz 1 VO regelt den Gegenstand der VO als Notfallmaßnahme, um die Auswirkungen der hohen Energiepreise durch „außerordentliche, gezielte und zeitlich begrenzte Maßnahmen“ abzumildern. Auch der ursprüngliche Kommissionsvorschlag betont, dass es sich um eine befristete Maßnahme handele.³⁸ Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Ermächtigungsgrundlage, Art. 122 Abs. 1 AEUV, um ein Instrument der Krisenvorsorge und -abwehr und daher um eine Ausnahmeregelung handelt,³⁹ die eine Beschlussfassung mit Dreiviertelmehrheit des Rates zulässt, ist eine Verlängerung der Maßnahme auf europäischer Ebene bereits von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt.

2. Ohne VO verstößt eine Mehrerlösabschöpfung gegen europäisches Primär- und Sekundärrecht und deutsches Verfassungsrecht

a) Verstoß gegen Verfassungsrecht

Eine Beibehaltung einer Erlösabschöpfung über den 30. Juni 2023 begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Die europäische Vorgabe einer Erlösobergrenze von 180 EUR/MWh ist zwar solange nicht am Verfassungsrecht zu überprüfen, wie sie tatsächlich auf der VO fußt.⁴⁰ Nach Auslaufen der VO bestehen jedoch gegen eine einheitliche und umso mehr gegen technologiespezifische Obergrenzen aus den bereits genannten Gründen verfassungsrechtliche Bedenken. Die Erlösabschöpfung, die ungeachtet von tatsächlichen Erträgen greift, kann unter Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 und 2 GG eine konfiskatorische Wirkung zukommen, da sie eine Abschöpfung von 100 % der Erlöse ohne Anrechnungen von Kosten und Aufwendungen vorsieht (oben, I.2.a). Eine derartige Maßnahme ist nach der Rechtsprechung des BVerfG allenfalls in Zeiten besonderer Finanznot denkbar. An dem Bestehen einer derartigen Krisensituation bestehen bereits aktuell gewichtige Zweifel (oben, I.2.a). Jedenfalls aber würde durch eine Verlängerung der Maßnahme im nationalen Alleingang die konfiskatorische Wirkung perpetuiert. Eine

³⁸ Vorschlag der Kommission vom 14. September 2022, COM (2022) 473 final, S. 16.

³⁹ Häde, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 122, Rn. 2.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

Rechtfertigung einer zeitlichen Ausweitung der Maßnahme ist daher nicht ersichtlich. Sie würde damit gegen Art. 14 Abs. 1 und 2 GG verstoßen.

b) Verstoß gegen europäisches Primärrecht

Die Beibehaltung von technologiespezifischen Erlösobergrenzen würde auch den bereits diskutierten Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV und die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 49 AEUV verstärken (oben, I.1.d)aa). Sie wäre daher auch im Lichte des europäischen Primärrechts unzulässig.

c) Verstoß gegen europäisches Sekundärrecht

Auch ein Verstoß gegen europäisches Sekundärrecht liegt nach Ablauf der Geltungsdauer der VO nahe.

Für staatliche Eingriffe gelten gemäß Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2019/994 mit gemeinsamen Vorschriften über den Elektrizitätsbinnenmarkt („**StrommarktRL**“) spezifische Bedingungen. Sie müssen gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. a) StrommarktRL dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse dienen und nicht über das hinausgehen, was zur Verfolgung dieser allgemeinen Interessen erforderlich ist. Sie müssen ferner gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. b) StrommarktRL transparent, diskriminierungsfrei und überprüfbar sein. Gemäß Art. 5 Abs. 4 lit. d) StrommarktRL müssen sie zudem zeitlich begrenzt sein. Mit dieser Vorgabe setzt sich auch der Vorschlag der Kommission zu der vorliegenden VO auseinander und stellt fest, dass angesichts des Ausnahmezustands auf dem Strommarkt ein zeitlich begrenzter Eingriff zulässig sei.⁴¹ Eine nationale Verlängerung der Erlösabschöpfung wäre jedoch nicht mehr zeitlich begrenzt in diesem Sinne. Zudem ist die Maßnahme aus den oben genannten Gründen diskriminierend und unverhältnismäßig.

Zudem verbietet Art. 10 VO (EU) 2019/943 vom 5. Juni 2019 („**StrommarktVO**“) jeden direkten oder indirekten Eingriff in die Preisbildung auf den Großhandelsmärkten. Ohne eine von diesem Prinzip abweichende Verordnung würde eine Maßnahme des nationalen Gesetzgebers über Juni 2023 hinaus gegen dieses Prinzip verstoßen.

Eine nationale Verlängerung scheidet damit auch nach europäischem Sekundärrecht aus.

V. Unzulässige Sonderabgabe

Angesichts des erheblichen Zeitverzuges von unter einer Erlösabschöpfung generierten Mitteln soll nach der aktuellen Planung eine Zwischenfinanzierung durch den WSF

⁴¹ Vorschlag der Kommission vom 14. September 2022, COM (2022) 473 final, S. 4.

erfolgen. Der WSF überlässt den Übertragungsnetzbetreibern die finanziellen Mittel, die wiederum der Erstattung der Mehrkosten der Lieferanten im Rahmen der Entlastungsmaßnahmen dienen. Nach diesem Konstrukt dienen die von den Stromerzeugern – zeitversetzt – abgeschöpften Erlöse letztlich der Rückzahlung der bei dem WSF aufgenommenen Mittel durch die Übertragungsnetzbetreiber. Es findet folglich ein Mittelfluss von den Erzeugern an die Übertragungsnetzbetreiber und von dort an den WSF statt. Damit könnte die Mehrerlösabschöpfung in eine verfassungsrechtlich unzulässige Sonderabgabe umschlagen.

Voraussetzung für das Vorliegen einer Sonderabgabe ist eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand. Diese setzt voraus, dass die öffentliche Hand Verfügungsgewalt über die mit der Umlage generierten Geldmittel erlangt.⁴² Für das Vorliegen einer Sonderabgabe reicht es aus, wenn die öffentliche Hand mittelbar involviert ist, etwa in Form der Verwaltung eines staatlichen Sonderfonds.⁴³

Der Staat kann auf die Mittel, die ihm von den Erzeugern über die Übertragungsnetzbetreiber an den WSF zufließen, aufgrund des organisatorischen Aufbaus des WSF zugreifen. Gesetzliche Grundlage des WSF ist das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds. Mit diesem wird das Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz („StFG“) geändert. Gemäß §§ 16 Abs. 3, 17 StFG handelt es sich um ein nicht-rechtsfähiges Sondervermögen. Gemäß § 20 Abs. 1 StFG entscheidet das Bundesministerium der Finanzen im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz über vorzunehmende Stabilisierungsmaßnahmen. Geht es um Grundsatzfragen oder Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, entscheidet einvernehmlich ein interministerieller Ausschuss. Insoweit besteht staatliche Verfügungsgewalt über die Geldmittel des WSF. Es handelt sich aufgrund der dargestellten Zahlungsströme damit gerade nicht um eine „umgekehrte EEG-Umlage“, weil der Mittelfluss nicht ausschließlich zwischen Privaten erfolgt.⁴⁴

Sonderabgaben sind nach der Rechtsprechung des BVerfG nur unter engen Voraussetzungen zulässig.⁴⁵ Erstens muss die Abgabe einen über die bloße Mittelbeschaffung hinausgehenden Zweck verfolgen. Ein solcher Zweck liegt hier in der finanziellen Entlastung der Stromendverbraucher. Als zweite Voraussetzung muss es sich bei den Stromerzeugern um eine von der Allgemeinheit durch eine gemeinsame Interessenlage abgrenzbare homogene Gruppe handeln. Zwar haben die Stromerzeuger ein gemeinsames Interesse an dem Verkauf von Strom, das sich jedoch in diesem Punkt erschöpft. Notwendig wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Verbundenheit der Gruppe,

⁴² BVerfG, Urteil vom 10. Dezember 1980 – 2 BvF 3/77, Rz. 70 – *Berufsausbildungsabgabe*; BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 24. November 2009 – 2 BvR 1387/04, Rn. 51 ff. – *Wertpapierhandel Sonderabgabe*.

⁴⁴ vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13.

⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 2014 – 2 BvR 1139/12 – *Weinabgabe*.

die auf den Abgabenzweck bezogen ist und die nicht erst durch die Abgabenregelung selbst begründet wird.⁴⁶ Eine solches gemeinsames Interesse der Stromerzeuger an der finanziellen Entlastung von Haushaltskunden besteht nicht.

Es liegt auch keine, von der Rechtsprechung als dritte Voraussetzung geforderte besondere Gruppenverantwortung der mit der Abgabe belasteten Gruppe für die Erfüllung der zu finanzierenden Aufgabe vor. Dabei muss die Aufgabe überwiegend in die Verantwortung der belasteten Gruppe, nicht in die der staatlichen Gesamtverantwortung fallen. Die Entlastungsmaßnahmen zu Gunsten von Letztverbrauchern liegen jedoch nicht in der Hand der Stromerzeuger, sondern sind eine Gemeinwohlaufgabe.

Zuletzt muss das Aufkommen gruppennützig verwendet werden, d.h. es muss eine sachgerechte Verknüpfung bestehen zwischen den durch die Sonderabgabe entstehenden Belastungen und den Begünstigungen, die die Sonderabgabe bewirkt. Auch daran fehlt es hier. Das Aufkommen wird zur Entlastung der Stromendkunden verwendet. Bei den durch die Erlösabschöpfung belasteten Stromerzeugern entsteht dagegen kein spezifischer Nutzen.

Folglich dürfte die Mehrerlösabschöpfung in der aktuell angedachten Form insgesamt nicht mit finanzverfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar sein.

* * *

⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 28. Januar 2014 – 2 BvR 1561/12 – *Filmabgabe*; BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 2014 – 2 BvR 1139/12 – *Weinabgabe*.