

Dr. Peter Becker

Rechtsanwalt und Notar a.D.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kreuzbergweg 11
34253 Lohfelden

RA Dr. Peter Becker • Kreuzbergweg 11 • 34253 Lohfelden

Landgericht Marburg
Universitätsstraße 48
35037 Marburg

Lohfelden, 13. September 2018
11/17 I/kf D2/13356

In dem Rechtsstreit

Amprion GmbH ./s. Sonneninitiative e.V.

- 5 O 37/18 -

wird innerhalb der nachgelassenen Frist vorgetragen.

Es wird beantragt,

das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Frage vorzulegen, ob die Besondere Ausgleichsregelung der §§ 64 bis 66 EEG 2014 bzw. §§ 60a bis 69 EEG 2017 mit Artikel 3 Abs. 1 GG unverträglich ist.

Dieser Antrag nimmt zwei gesetzliche Regeln in den Blick, weil die streitgegenständlichen Kürzungen für 2016 und 2017 den genannten aufeinanderfolgenden Regelungen unterfallen.




I. Überblick

Das Verfahren zur Finanzierung der Energiewende wurde schon im Stromeinspeisungsgesetz 1990

vom 7. Dezember 1990, BGBl I S. 2633 (zur Folge der EEGs vgl. Wikipedia, Erneuerbare-Energien-Gesetz, **Anlage B 1**)

festgelegt, dem alle im Bundestag vertretenen Parteien zustimmten. Danach hatten alle Investoren in Erneuerbaren Strom den Anspruch gegen den für

Kontakt:


 (05 61) 51 09 17 79  (05 61) 51 09 17 74
 01 71 75 00 440/1


 peter.becker@rechtsanwalt-peterbecker.de,

peter.becker@jalana.de

[http://de.wikipedia.org/wiki/Peter_Becker_\(Jurist\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Peter_Becker_(Jurist))

Sekretariat:

Kristina Fischer
 (0 64 29) 53 69 58 0

 0321 2106 4252

 kristina.fischer@rechtsanwalt-peterbecker.de

Bankverbindung:

Sparkasse Marburg-Biedenkopf
IBAN: DE59 5335 0000 0000 0664 19

SWIFT-BIC: HELADEF1MAR

Steuer-Nr. 031 805 00774

sie zuständigen Netzbetreiber, den von ihnen erzeugten Strom abzunehmen und zu festen Sätzen zu vergüten, die im Gesetz geregelt waren – das System der Einspeisevergütungen. Dieses Gesetz wurde durch das EEG 2000 vom 29. März 2000, BGBl I 305

abgelöst, weil das Verfahren zur Aufnahme des Stroms durch den Netzbetreiber an seine Grenzen gekommen war. Die Finanzierung der Einspeisevergütungen wurde durch das in § 11 des Gesetzes geregelte Verfahren zum Lastenausgleich geregelt. Danach hatten die Stromhändler auf jede von ihnen verkaufte Kilowattstunde (kWh) denjenigen Anteil an den Gesamtkosten des von ihnen verkauften Stroms zu tragen, der dem Anteil der von ihnen verkauften kWh an den Gesamtkosten des bundesweit abgesetzten Stroms aus erneuerbaren Quellen entsprach. Klar war, dass mit diesem Verfahren stromintensive Industrien (SIU) einen hohen Kostenanteil für den von ihnen verbrauchten Strom zu tragen hatten.

Das EEG 2000 enthielt noch keine Kostenentlastung für SIU und Schienenbahnen. Auf Proteste aus der Industrie wurde mit dem EEG-Änderungsgesetz 2000 vom 16.07.2003 eine Entlastungsregelung eingeführt, deren Verfassungsmäßigkeit von Anfang an umstritten war. Dennoch gibt es die Entlastungen bis heute. Zwar war mit dem EEG 2004 zum Schutz der nicht privilegierten Letztverbraucher eine Obergrenze für das Gesamtentlastungsvolumen aufgenommen worden, der sogenannte Zehn-Prozent-Gesamtdeckel: eine ahnungsvolle Schutzregelung für die nicht entlastete Industrie, das Gewerbe und die Haushaltskunden. Sie wurde aber gleich wieder abgeschafft, und zwar durch das EEG-Änderungsgesetz 2004, „um so die Planungssicherheit der stromintensiven Unternehmen zu erhöhen“. Heute ist dieser Deckel weit überschritten, und die nicht entlasteten Industrie-, die Gewerbe- und die Haushaltskunden tragen einen fast 25-prozentigen Anteil an der EEG-Umlage mit, der ihnen durch die Entlastung der SIU und der Schienenbahnen zusätzlich aufgebürdet wird.

Der Beklagte hält das für verfassungswidrig.

Die Verfassungswidrigkeit ergibt sich daraus, dass die nicht entlastete Industrie und die Haushaltskunden gegenüber den SIU ungleich behandelt werden (Art. 3 Abs. 1 GG). Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehand-

lung gibt es nicht. Insbesondere folgt sie nicht aus der angeblich durch den erhöhten Strombedarf gefährdeten internationalen Wettbewerbschancen der SIU und schon gar nicht aus der Entlastung der Schienenbahnen. Letztere begründet der Gesetzgeber mit ‚Daseinsvorsorge‘, deren Wahrnehmung aber Aufgabe der Allgemeinheit ist. Genauso steht es um die internationalen Wettbewerbschancen der SIU.

Außerdem spricht für die Rechtswidrigkeit auch die Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz vom 10.05.2016, das das EEG 2012 auch wegen der Privilegien der SIU als verbotene Beihilfe einstuft.

II. Die gesetzliche Entwicklung

Im EEG 2000 waren noch keine Regelungen für die Entlastung der SIU und der Schienenbahnen enthalten. Diese Unterlassung führte zu großem Druck der SIU und ihrer Verbände auf den Gesetzgeber. Sie setzten mit dem Ersten Änderungsgesetz zum EEG 2000 vom 16.07.2003

BGBI I 1459; Anlage B 2

die Einfügung eines § 11a in das Gesetz mit dem folgenden Wortlaut durch:

„Besondere Ausgleichsregelung

(1) Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle begrenzt auf Antrag den Anteil der Strommenge nach § 11 Abs. 4 Satz 1, der von Elektrizitätsversorgungsunternehmen an Letztverbraucher, die Unternehmen des produzierenden Gewerbes sind, weitergegeben wird, um dadurch die sich aus der Weitergabe der Strommenge für diese Unternehmen ergebenden Kosten zu verringern, soweit hierdurch die Ziel des Gesetzes nicht gefährdet werden und die Begrenzung mit den Interessen der Gesamtheit der Stromverbraucher vereinbar ist.“

Außerdem wurde Absatz 3 Satz 2 wie folgt gefasst:

„Der Von-Hundert-Anteil ist so zu bestimmen, dass die Differenzkosten für die anteilig weitergereichte Strommenge bezogen auf die gesamte über 100 Gigawattstunden [1 Gigawattstunde = 1 Million Kilowattstunden (kWh); Anm. d. Unterzeichners] hinausgehende Strommenge unter Zugrundelegung der nach § 11 Abs. 4 Satz 1 und 5 zu erwartenden Vergütung 0,05 Cent je Kilowattstunde betragen.“

Die Regelung hielt sich, was den Kreis der antragsberechtigten Unternehmen stark einschränkte, sehr zurück, wenn sie Anspruch auf Entlastung von

einem Ingesamt-Strombezug von zumindest 100 GWh abhängig machte.
In Absatz 4 der Regelung hieß es:

„Bei der Bemessung der Höhe der Begrenzung ist zu berücksichtigen, in welchem Maße die Differenzkosten zu der erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit beitragen. Die Begrenzung darf die Ziele des Gesetzes nicht gefährden und muss mit den Interessen der Gesamtheit der Stromverbraucher vereinbar sein.“

In der amtlichen Begründung hieß es, mit der Regelung solle die „*erhebliche und nicht nur vorübergehende Beeinträchtigung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit*“ der betroffenen Unternehmen vermieden werden

// vgl. BR-Drs. 242/03, S. 4 bzw. BT-Drs. 15/810, S. 5;
Anlage B 3 (Anl. B 3) und **Anlage B 4**.

Einen Nachweis der Gefährdung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit müssen die einzelnen SIU aber nicht erbringen – und zwar bis heute.

Der Gesetzesbeschluss erfolgte mit den Stimmen von SPD und Grünen. Die CDU/CSU und die FDP waren zwar im Grundsatz für die Regelung, bemängelten aber Unklarheiten

/ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zum Gesetzentwurf vom 04.06.2003, BT-Drs. 15/1121; **Anlage B 5**.

Da § 11a EEG 2003 am 1. Juli 2004 außer Kraft trat, wurde mit § 16 EEG 2004

/ vom 21. Juli 2004, BGBl. I 1918; **Anlage B 6**

eine Anschlussregelung geschaffen. Anspruch auf Förderung hatten nun SIU mit einem Mindeststrombezug an einer Abnahmestelle von über 10 GWh und einem Verhältnis der Strombezugskosten zur Bruttowertschöpfung von über 15 Prozent. Neu aufgenommen wurden Schienenbahnunternehmen ab einem Mindeststrombezug von 10 GWh, die in § 11a Abs. 4 EEG 2000 enthaltene Anspruchsvoraussetzung einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens wurde gestrichen. Unverändert blieb die Rechtsfolge der Kostenbegrenzung auf 0,05 Cent/kWh

/ zu allem Große/Kachel in: Altrock/Oschmann/Theobald: *EEG*, 4. Aufl., Rz 6 bis 11; **Anlage B 7**.

Allerdings wurde zum Schutz der nicht privilegierten Letztverbraucher eine Obergrenze für das Gesamtentlastungsvolumen aufgenommen (§ 16 Abs. 5 EEG 2004). Die Kosten für nicht begünstigte Letztverbraucher sollten nur um maximal 10 Prozent steigen dürfen (sogenannter Zehn-Prozent-Gesamtdeckel). Diese Regelung wurde jedoch durch das EEG-Änderungsgesetz 2004

vom 7. November 2006, BGBl. I 2550

wieder abgeschafft, „um so die Planungssicherheit der stromintensiven Unternehmen zu erhöhen“

BT-Drs. 16/2455, S. 1 und 8; **Anlage B 8**;

eine Regelung allein zugunsten der SIU. Die zusätzliche Belastung der nicht entlasteten Strombezieher bleibt ausgespart.

Mit den §§ 40 ff. EEG 2009 wurden die zuvor in § 16 EEG 2004 enthaltenen Regelungen untergliedert. In § 40 Abs. 2 Satz 1 wurde der Zweck der Besonderen Ausgleichsregelung (BesAR) wieder eingefügt, wonach die Begrenzung erfolge, um die Stromkosten der Unternehmen zu senken und so ihre internationale und intermodale Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten.

Außerdem wurden durch die Ausgleichsmechanismusverordnung

AusglMechV vom 17. Juli 2009, BGBl. I 2101

weitere Neuregelungen erforderlich. § 11 EEG 2000 hatte einen sogenannten ‚physikalischen Belastungsausgleich‘ vorgesehen. Mit dieser Regelung sollte erreicht werden, dass jeder Stromhändler erneuerbar erzeugten Strom (EE-Strom) entsprechend dessen Anteil an der bundesweit abgesetzten Gesamtmenge des Stroms an Letztverbraucher weiterverkaufte. Damit wurde die Durchreichung des EE-Stroms beim Letztverbraucher erreicht. Der Stromhändler hatte die Freiheit, seine Strompreise entsprechend dem Portfolio am insgesamt abgesetzten Strom zu kalkulieren.

Mit dem neuen § 3 der AusglMechV wurde die EEG-Umlage eingeführt. Damit trat an die Stelle des physikalischen Belastungsausgleichs ein finanzieller Belastungsausgleich. In der Umlage waren nicht nur die auf jede Kilowattstunde entfallenden anteiligen Kosten der Investitionen in die Produktion von EE-Strom aufgenommen, sondern erstmals wurde auch der Anteil

der Belastung jedes nicht privilegierten Stromabnehmers durch Entlastung der SIU erkennbar. Denn anstelle der zuvor anteilig weitergereichten EEG-Strommengen begrenzte das BAFA auf Antrag direkt die EEG-Umlage auf 0,05 Cent/kWh (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AusglMechV a.F.). Mit §§ 40 ff. EEG 2012

in Kraft getreten zum 1. Januar 2012, BGBl. I 2074; **Anlage B 9**

neu eingeführt wurde eine Ausweitung der privilegierten Unternehmen, die bereits dann profitieren konnten, wenn sie an einer Abnahmestelle lediglich 1 GWh – zuvor mindestens 10 GWh – abnahmen. Außerdem wurde das Verhältnis von Stromkosten zur Bruttowertschöpfung der Unternehmen von 15 auf 14 Pro-zent abgesenkt.

Schon nach altem Recht war die Hälfte des industriellen Stromverbrauchs ganz oder teilweise von der EEG-Umlage befreit, wodurch sich die EEG-Umlage für die Endverbraucher 2011 um etwa 0,9 ct/kWh erhöht hatte. Mit der EEG-Novelle 2012, durch die die Zahl der befreiten Unternehmen erheblich zunahm, profitierten im Jahr 2013 1.691 stromintensive Unternehmen von der Sonderregelung. Dies entsprach einem Anteil von 1,29 ct/kWh oder ca. 25 Prozent der Gesamthöhe der EEG-Umlage (5,28 ct/kWh). Bei voller Veranlagung hätten sie vier Milliarden Euro entrichten müssen. Im Jahr 2014 waren es schon 2.098 Unternehmen. Die privilegierte Strommenge dieser Unternehmen lag bei 107.101 GWh; immerhin etwa die Hälfte des insgesamt an die Industrie abgesetzten Stroms. Der Liste der betroffenen Unternehmen ist zu entnehmen, dass viele von ihnen keinen Handel mit dem Ausland betreiben

BAFA: *Liste der EEG-befreiten Unternehmen 2014*; Süddeutsche Zeitung vom 12. Juli 2013: *Immer mehr Konzerne fordern Strompreis-Rabatte*.

Das Gesetzgebungsverfahren war extrem umstritten. Es gibt beispielsweise ein Schreiben von prominenten CDU/CSU-MdBs

vom 9. Juni 2011 von Dr. Michael Fuchs, stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, und Dr. Joachim Pfeiffer, Vorsitzender der Arbeitsgruppe Wirtschaft und Technologie der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag, an den Fraktionsvorsitzenden und verschiedene andere Abgeordnete;

Anlage B 10

mit der Drohung, die Abgeordneten könnten „dem Energiepaket zur zustimmen, wenn sichergestellt wird, dass die deutsche Industrie auf Dauer wettbewerbsfähige Strompreise erhält [...]“. Andererseits schrieb der Bund der Energieverbraucher, ein Verein mit über 13.000 privaten und kleingewerblichen Verbrauchern, unter dem 20. Juni 2011 an eben diese Abgeordneten, dass die Entlastung der SIU zu beträchtlichen zusätzlichen Belastungen der übrigen Verbraucher führe. Das sei nicht europarechtskonform. Zum Jahresende übersandte der Verein der Europäischen Kommission eine „Mitteilung über rechtswidrige Beihilfe“

/ vom 2. Dezember 2011; **Anlage B 11**,

wo es hieß, die Entlastung zugunsten der SIU und der Schienenbahnen sei schon deswegen eine rechtswidrige Beihilfe, weil sie nicht notifiziert worden war und außerdem zur Mittelverschiebung durch eine staatliche Einrichtung führe, die europarechtlich verboten sei. Darauf leitete die Kommission ein formelles Beihilfeprüfverfahren ein

/ vgl. dazu Vermerk aus dem BMWi vom November 2012;
Anlage B 12,

das sich insbesondere gegen die BesAR im EEG richtete und zu einer Beanstandungsentscheidung der Kommission führte. Zwar wurde die Qualifizierung des gesamten EEG als verbotene Beihilfe durch intensive Bemühungen der Bundesregierung abgewendet, nicht aber die Beanstandung der BesAR (dazu später).

Dennoch hielt die schwarz-rote Koalition mit dem EEG 2014

vom 21. Juli 2014, BGBl 2014 I 1066

an der BesAR fest. Im Koalitionsvertrag vom 27.11.2013 hieß es, dass die BesAR erhalten, aber europarechtskonform weiterentwickelt werden sollte, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie sicherzustellen. Die Regelungen zur BesAR finden sich jetzt in den §§ 63 bis 69. Sie wurden in einem eigenen Gesetzgebungsverfahren beschlossen, mit dem auch die SIU in angemessener Weise an den Kosten für den Ausbau der Erneuerbaren Energien beteiligt werden sollten. Außerdem erfolgte eine Anpassung an die Vorgaben der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien der EU-Kommission

BR-Drs. 191/14, S. 2 und 27; dazu Posser/Altenschmidt, in: Frenz/Müggenborg/Cosack/Ekardt (Hrsg.): *EEG Kommentar*, 4. Aufl., mit den Änderungen durch das zweite EEGÄndG vom 29. Juni 2015, Einführung vor §§ 63 bis 69 EEG.

Im EEG 2017

Vom 8. Juli 2016, BGBl. I 1066

wurde ein grundsätzlicher Systemwechsel vom Modell der Einspeisevergütungen hin zu Ausschreibungsverfahren geregelt

Martin Altrock/Jens Vollprecht: *Das EEG 2017 im Überblick*, ZNER 2016, 306.

An der Privilegierung der SIU und der Schienenbahnen wurde festgehalten. § 61 EEG 2014 wurde allerdings durch § 60a ersetzt; mit Anpassungen bei den Folgerregeln in §§ 61 bis 69. Zum Gesetz mit seinen 104 Paragraphen und vier Anlagen kam ein weiteres Gesetz hinzu, nämlich das Windenergieauf-See-Gesetz mit 79 Paragraphen.

Altrock kommentierte das Gesetzgebungsverfahren

Editorial zu ZNER Heft 4/2016, ZNER 2016, 287

wie folgt: *„Die vergangenen Wochen waren überstrahlt von der Verabschiedung des EEG 2017 am 8. Juli 2016. Bundestag und Bundesrat entschieden an diesem denkwürdigen Freitag in einem zeitlichen Abstand, der eher in Minuten denn in Stunden zu bemessen ist, über zum Teil grundsätzliche Änderungen des Rechts der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern [...] Bemerkenswert ist, dass die Ausschussmitglieder (Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Energie) erst wenige Minuten vor der Sitzung die ausformulierte Änderung der Endfassung des Änderungsantrags erhielten. Für eine inhaltliche Prüfung war dann allerdings keine Zeit mehr [...]“* Die BesAR mit ihren Änderungen konnte folglich auch nicht intensiv diskutiert werden, was wegen der wiederum feststellbaren Ausweitungen ein empfindlicher Mangel war. Allein diese Vorgehensweise des Gesetzgebers wirft die Frage nach ihrer Verfassungsmäßigkeit auf. Denn entschieden hat eigentlich die Ministerialbürokratie. Den Abgeordneten blieb keine Zeit mehr für inhaltliches Durchdenken.

Diese Schlussbemerkung für dieses Kapitel gehört zwar nicht unmittelbar zum Thema der Klageerwiderung. Da aber auch die Beschlussfassungen

der vorherigen Novellen von einem unglaublichen Zeitdruck bestimmt waren, dürften dem Gesetzgeber einfach Zeit und Mittel gefehlt haben, die ständigen Ausweitungen der BesAR zu Lasten der sonstigen Industrie, des Gewerbes und der Haushalte richtig zu verstehen, geschweige denn zu konterkarieren. Das inhaltliche Letztentscheidungsrecht lag letztlich nicht mehr beim Gesetzgeber, sondern bei den Lobbyisten.

III. Die Privilegierung der SIU und der Schienenbahnen in Zahlen; monetäre Auswirkungen

1. Ausnahmeregelung nur für die Industrie bei Energie- und Strompreisen

Die SIU sind keineswegs allein durch die BesAR entlastet. Es gibt vielmehr ein ganzes Bündel von Ausnahmeregelungen, nämlich bei

- der Energie- und Stromsteuer,
- der EEG-Umlage, weil sie sich zusammensetzt aus der BesAR und der Eigenverbrauchsvergünstigung,
- den Konzessionsabgaben,
- den Netznutzungsentgelten,
- der KWK-Umlage,
- der Offshore-Haftungs-Umlage,
- der Umlage nach § 19 Abs. 2 StromNEV aufgrund eines besonderen Antragsverfahrens, hier wird im Einzelfall eine Vergütung für abschaltbare Lasten bezahlt, also die Bereitschaft von Unternehmen, bei hoher Netzbelastung Aggregate vom Netz zu nehmen,
- beim Emissionshandel durch kostenlose Zuteilung von Zertifikaten und Strompreiskompensation.

Die Einzelheiten wurden vom Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft in einer Kurzanalyse

04/2017, Umfang 18 Seiten mit zahlreichen Tabellen, Grundlagen i.d.R. BMWi, BMU und Angaben der Übertragungsnetzbetreiber; **Anlage B 13**

abgeschätzt. Die Regelungen hätten insgesamt in den Jahren 2015 und 2016 zu Entlastungen von rund 17 Milliarden Euro geführt. Dabei entfiel im Jahr 2016 mehr als ein Drittel (6,5 Mrd. Euro) auf Ausnahmen bei der EEG-Umlage.

2. Die Entwicklung der Entlastungen der SIU und der Schienenbahnen und der korrespondierenden Belastungen

In diesem Kapitel werden die Entlastungen der SIU einerseits und die Belastungen der nicht entlasteten Industrie, des Gewerbes und der Haushalte gegenübergestellt.

a) Anzahl Privilegierte nach BesAR, Strommenge und Entlastung

Die Zahl der privilegierten Unternehmen ist in den letzten Jahren stark angestiegen. Im Jahr 2015 sind fast viermal so viele stromintensive Unternehmen begünstigt wie im Jahr 2010. Die Anzahl der begünstigten Schienenbahnen hat sich mehr als verdoppelt. Besonders die Novellierung des EEG 2012, in der der Grenzwert für die Strommenge, ab der eine Begrenzung der EEG-Umlage gewährt werden kann, von 10 GWh/a auf 1 GWh/a und die ‚Stromintensität‘ von 15 Prozent auf 14 Prozent gesenkt wurde, führte zu einem sprunghaften Anstieg von Begünstigten. Die Summe, mit der Unternehmen und Schienenbahnen entlastet werden, hat sich im Zeitraum 2010 bis 2017 fast verdoppelt.

Jahr	Anzahl Begünstigte	Unternehmen	Bahnen	Strommenge in Gwh	Entlastung der Begünstigten in Mrd. EUR
2010	570	521	49	86.594	k. A.
2011	603	554	49	75.974	2,74
2012	735	684	51	85.420	2,5
2013	1.716	1.663	53	96.397	3,9
2014	2.098	2.026	72	106.189	5,1*
2015	2.180	2.052	128	107.302	4,8*
2016		2.137		107.000	4,7**
2017	2.092	1.955	137		5,1

* Quelle: BAFA, Statistische Auswertungen zur BesAR, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung 2013, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung 2015

** Quelle: BAFA, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung vom 04.04.2017

b) Auswirkung auf EEG-Umlage für nicht privilegierte Letztverbraucher

Mit der Zunahme der Privilegierungen für SIU und Schienenbahnen in der EEG-Umlage hat sich auch die Belastung erhöht. Im Jahr 2015 lag der geschätzte Anteil bei 1,37 ct/kWh. Für einen Drei-Personen-Haushalt mit ei-

nem Jahresverbrauch von 3.500 kWh bedeutete dies, dass ca. 57 Euro (inkl. MwSt.) für die Umlagenbefreiung über den Strompreis gezahlt wurden.

Jahr	EEG-Umlage in ct/kWh	Anteil der Privilegierung in ct/kWh	EEG-Umlage ohne Privilegierung in ct/kWh	Mehrkosten Haushalt mit 3.500 kWh/a (ohne und mit MwSt.)
2011	3.530	0,60	2,930	21,00 € / 24,99 €
2012	3.592	0,63	2,962	22,05 € / 26,24 €
2013	5.277	1,04	4,237	36,40 € / 43,32 €
2014	6.240	1,35*	4,890	47,25 € / 56,23 €
2015	6,170	1,37*	4,80	47,95 € / 57,06 €
2016	6,354			
2017	6,88			
2018	6,8	1,57	5,23	65,00 €

Quelle: BAFA, Hintergrundinformationen zur Ausgleichsregelung 2013, Hintergrundinformationen zur Besonderen Ausgleichsregelung 2015

* Schätzung BMU auf Basis der ÜNB

c) Politische Kritik

Die Entlastungen stießen insbesondere seit Einführung der EEG-Umlage wegen ihrer Wettbewerbsverzerrungen, Mehrbelastungen für Privatverbraucher und ökologisch fragwürdigen Anreizeffekte auf breite Kritik

Monitor vom 29.10.2011: *Regierung entlastet Industrie bei den Stromkosten*; Der Spiegel vom 11.10.2012: *Firmen tricksen bei Ökostrom-Abgabe*; Handelsblatt 10/2012: *Die Tricks der Energiekonzerne*; **Anlage B 14.**

Die EU-Kommission leitete ein Beihilfeverfahren gegen Deutschland ein, um die Subventionierung von Unternehmen durch die Teilbefreiung von der EEG-Umlage wettbewerbsrechtlich zu prüfen

18. Dezember 2013.

Die EU-Kommission hält die BesAR für eine verbotene Beihilfe. Das EuG schloss sich dieser Einschätzung an (dazu später).

Im Mai 2012 veröffentlichte die Bundesnetzagentur (BNetzA) einen Evaluierungsbericht

Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur zur Ausgleichsmechanismusverordnung vom 15. Mai 2012; dazu Der Spiegel vom 15. Mai 2012; **Anlage B 15** und **Anlage B 16**,

in dem die Ausnahmeregelungen für die Großindustrie kritisiert wurden. Sie betrachtete die „Reduktion des EEG-umlagepflichtigen Netzverbrauchs auf-

grund der Ausweitung der Privilegierungsregelungen mit Sorge“, da mit den derzeit geltenden Regelungen die privilegierten Unternehmen zwar ca. 18 Prozent des Stroms verbrauchten, allerdings nur 0,3 Prozent der EEG-Umlage trügen. Zukünftig gelte es, eine bessere Balance zwischen Großverbrauchern sowie kleineren und mittleren Unternehmen sowie Haushaltskunden zu finden. Durch die Privilegierung der stromintensiven Industrie würde diese um ca. 2,5 Milliarden Euro jährlich entlastet, die Kosten würden auf nicht privilegierte Unternehmen sowie Privathaushalte abgewälzt. Für die Produktion einer einzelnen Aluminiumhütte wurden so nach journalistischen Recherchen im Jahr 2014 rund 450 Millionen Euro Strompreisvergünstigungen gewährt. Da das betreffende Unternehmen jedoch nur 1.000 Beschäftigte hatte, ergab das eine Subvention von 440.000 Euro pro Jahr und Arbeitsplatz

Jürgen Döschner in der Tagesschau vom 25.02.2014: *Schmutzig, teuer, überflüssig.*

In einem gemeinsamen Papier des BMU und des BMWi

vom 13. Februar 2013: *Energiewende sichern – Kosten begrenzen*
Anlage B 17

wurden für die BesAR zwei Maßnahmen vorgeschlagen:

- Die Mindestumlage der privilegierten stromintensiven Unternehmen („Selbstbehalt“) wird ab 1. Januar 2014 angehoben.
- Branchen, die nicht in intensivem internationalen Wettbewerb stehen, werden aus der BesAR herausgenommen, werden also künftig nicht mehr privilegiert.

Im EEG 2014 finden sich aber nur minimale Veränderungen. Bislang wurden Firmen, deren Stromkosten 14 Prozent der Bruttowertschöpfung betragen, teilweise von der EEG-Umlage befreit. Dieser Schwellenwert steigt jetzt für 68 Kernbranchen, die in Anlage 4 zum Gesetz geregelt werden, auf 15 Prozent.

IV. Würdigung

1. Ein gewaltiger Erfolg der SIU – und eine Niederlage für die restlichen Stromverbraucher

Die SIU haben einen gewaltigen Erfolg erzielt: Die erste Änderung des EEG 2000 im Jahr 2003 widmete sich ausschließlich der Einführung der BesAR. Das kann nur mit den Einflussnahmen der Unternehmen und ihrer Verbände auf den Gesetzgeber erklärt werden. Hier gibt es übrigens eine Parallele zum Emissionshandel (Emissions Trade System, ETS) der EU, der 2005 eingeführt wurde. Auch hier gelang es der Industrie, durch Druck auf den Europäischen Gesetzgeber eine kostenlose Ausgabe der Emissionszertifikate zugunsten der Industrie zu erhalten

Claudia Kemfert/Jochen Diekmann: *Das Zusammenwirken verschiedener Klimaschutzinstrumente*, in: Thorsten Müller (Hrsg.): *20 Jahre Recht der Erneuerbaren Energien*, 2012 441 ff.; vgl. die Welt vom 30. März 2004: *Clement bekommt seinen Klima-Kompromiss*.

Plastischer wird das Bild mittels einer Übersicht über das Entlastungsvolumen bei der BesAR 2005 bis 2016 in Millionen Euro

Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft (FÖS) 4/2017: *Ausnahmeregelungen für die Industrie bei Energie- und Strompreisen*; Quelle: 2005 lt. BMWi/BMU 2012, übrige Jahre eigene Berechnung Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft e.V. auf Grundlage von Abrechnungs- und Prognosedaten der Übertragungsnetzbetreiber:

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
BesAR	345	338	582	708	688	1.218	2.178	2.265	3.556	4.643	4.290	4.203

Dieser Entlastung entspricht die steigende Belastung der nicht privilegierten Letztverbraucher von Brutto 24,99 Euro in 2011 auf 65,- Euro in 2018.

Diese Kostenbelastung darf man nicht in Beziehung setzen zum gesamten jährlichen Strompreis für einen Drei-Personen-Haushalt mit einem Bezug von 3.500 kWh. Dieser würde bei einem Preis von knapp 0,30 Cent – aktuell – 1.050,- Euro p.a. betragen. Denn in diesem Preis ist ein Anteil an Steuern und Abgaben von 55 Prozent und ein Anteil Netzentgelte von 25,6 Prozent enthalten. Er muss vielmehr in Beziehung gesetzt werden zum Anteil der

EEG-Umlage, der 23,6 Prozent beträgt (Stromauskunft im Internet). Dieser beträgt 247,8 Euro. 65,- Euro machen gut 26 Prozent davon aus. Das ist die konkrete Belastung, die vor allem die Haushalte mit voller Wucht trifft. Die nicht entlastete Industrie und das Gewerbe können schon die Mehrwertsteuer verrechnen und verfügen häufig über sehr viel günstigere Strombezugsquellen. Dazu muss man wissen, dass der Strompreis am Spotmarkt der EPEX-Börse in Paris im Mittel der letzten Jahre ca. 3 ct/kWh betrug.

Im Ergebnis führt die Entlastung bei den SIU und den Schienenbahnen zu den europaweit günstigsten Strombezugspreisen. Das liegt an der durch die AusglMechV im Regelfall vorgesehene Vermarktung von EE-Strom über die EPEX Spot. Die Überschüsse drücken die Preise. Im Jahr 2013 kostete eine Kilowattstunde am Spotmarkt im Schnitt 3,78 Cent. In Frankreich kostete das gleiche Produkt im selben Jahr dagegen 4,3 Cent, in Italien und Großbritannien 6,2 Cent

Memo: Aktuelle Stromkosten für die energieintensiven Industrien in Deutschland, Mai 2013, German Watch; DUH-Hintergrund: Die Energiewende und die Strompreise in Deutschland, Berlin 2013; VIK-Preisindex: Industrie-Strompreise fallen weiter, 7. März 2014.

Die nicht entlasteten Verbraucher zahlen hingegen weit höhere Strompreise, weil sie auch von den übrigen Entlastungen nicht profitieren. Allein darin liegt eine massive Wettbewerbsverzerrung.

Dazu kommt der internationale Wettbewerb: Im Januar 2014 kündigte eine niederländische Aluminiumhütte ihre Schließung an, da sie aufgrund des billigen Industriestroms in Deutschland nicht mehr wettbewerbsfähig sei

FAZ vom 12. Dezember 2014: Deutscher Strom zu billig – Energiewende verrückt.

2. Die öffentlichen Proteste

Im Evaluierungsprozess heißt es, dass bei gleicher Belastung aller umlagepflichtigen Netzverbraucher theoretisch eine Umlage in Höhe von knapp 3 ct/kWh ausreichend wäre – im Unterschied zu der tatsächlich festgesetzten EEG-Umlage von 3,6 ct/kWh.

Das TV-Magazin Monitor hatte schon am 27.10.2011 ausgeführt: *„Hinter verschlossenen Türen wird in den Bundesministerien klammheimlich ein Milliardengeschenk an die Industrie verteilt. Die Firmen werden in Zukunft jährlich 1,4 Milliarden Euro weniger Stromkosten zahlen.“* Professor Uwe Leprich von der Hochschule für Technik und Wirtschaft des Saarlandes sagte in der Sendung: *„Die Idee der Besonderen Ausgleichsregelung war die, dass man die Unternehmen, die im harten globalen Wettbewerb stehen, vor einseitigen Belastungen in Deutschland schützt. Seitdem ist nach meiner Ansicht diese Regelung völlig aus dem Ruder gelaufen – aus wissenschaftlicher Perspektive –, weil jetzt eine sehr große weitgehende Befreiung stattgefunden hat der Industrie von der EEG-Umlage, das lässt sich mit Wettbewerbsgesichtspunkten nicht mehr rechtfertigen...“* Die Moderatorin fragte, ob dahinter Lobby-Einfluss stecke. Dazu Leprich: *„Wir kriegen das als Wissenschaftler schon sehr konkret mit. Weil wir ja versuchen, bestmögliche Vorschläge zu machen, von denen wir meinen, dass sie auch begründbar sind, dass wir gute Argumente für diese Vorschläge haben. Und wenn die dann einfach vom Tisch gewischt werden, ohne Argumente, dann kann ja nur schiere Macht und schierer Lobbyismus dahinterstecken.“* Leprich bezweifelte mit Blick auf die Gewinne der Unternehmen, dass hier untragbare Zusatzbelastungen auf sie zugekommen wären. Die Moderatorin sagte dazu, dass eine Anfrage beim Bundesumweltministerium zur Auskunft geführt habe, inzwischen würden so viele Unternehmen bevorzugt, dass eine Prüfung schlicht *„nicht mehr praktikabel“* sei.

Spiegel online kommentierte am 15.05.2012 die Veröffentlichung der Bundesnetzagentur damit, dass von einer *„gleichmäßigen Verteilung der Last [...] längst keine Rede mehr sein“* könne. *„Das Papier der Bundesnetzagentur dürfte die Debatte befeuern, ob die Regierung ein ‚Zwei-Klassen-EEG‘ schafft.“* Spiegel online kommentierte am 11.10.2012 die Bekanntgabe der Steigerung der EEG-Umlage von 3,6 ct/kWh in 2012 auf 5,3 ct/kWh in 2013 mit der Überschrift: *„Firmen tricksen bei Ökostrom-Abgabe“*. Befreit würden *„Milchbetriebe, Schlachthöfe, Tierfutterhersteller, Kartoffelverarbeiter, Mineralwasserabfüller und Brötchenbäcker“*, die *„deutlich weniger stark im internationalen Wettbewerb stehen als die Schwerindustrie“*. Andere Unternehmen hätten ihren Stromverbrauch *„bewusst erhöht“*, um in den Genuss der

Entlastung zu kommen, „*beispielsweise indem sie in den Zeiten von Werksferien ihre Maschinen weiterlaufen ließen – ohne zu produzieren*“.

Die Reaktion von BMU/BMWi vom 13. Februar 2013 war die bereits erwähnte Veröffentlichung unter den Titeln „*Energiewende sichern – Kosten begrenzen. Gemeinsamer Vorschlag zur Dämpfung der Kosten des Ausbaus der Erneuerbaren Energien*“.

Diese Ankündigungen wurden mit dem EEG 2014 auch umgesetzt – aber letztlich erfolglos: FÖS

a.a.O. (B 12)

dazu:

„Die Teilbegünstigung ab der Schwelle von 14 Prozent Stromkostenanteil sichert dabei die Ausnahmen für diejenigen Unternehmen, die nach der Reform 2014 andernfalls nicht mehr begünstigt gewesen wären. Die Zahl der bewilligten Anträge ist seit Einführung der EEG-Umlage jährlich gestiegen – 2012 wurden rund 680 Industrieunternehmen begünstigt (BMWi und BAFA 2014), im Jahr 2016 profitierten insgesamt bereits 2.006 Unternehmen mit einer privilegierten Strommenge von 107,2 TWh von dieser Ausnahmeregelung (BMWi und BAFA 2016).“

3. Fazit

Es gelingt dem Gesetzgeber nicht, das Steuer herumzureißen. Auf vereinzelte Maßnahmen folgen sogleich konterkarierende. Der Druck des Lobbyismus ist einfach zu stark.

V. BesAR verfassungswidrig

Die BesAR verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG mit dem Wortlaut: „*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*“ Im Schrifttum wird nicht bestritten, dass die SIU und die Schienenbahnen einerseits und die nicht entlasteten Stromverbraucher andererseits ungleich behandelt werden. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt, weil

- die nicht entlasteten Stromverbraucher keine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit für die SIU und die Schienenbahnen trifft;

- die Entlastung nicht erforderlich ist; jedenfalls ist die Erforderlichkeit nicht nachgewiesen und insbesondere nicht durch Nachweisführung in jedem Einzelfall belegt;
- inzwischen die Belastung der nicht entlasteten Stromverbraucher völlig unverhältnismäßig geworden ist.

1. Das erste Gesetz zur Änderung des EEG und die Diskussion um seine Verfassungsmäßigkeit

a) Ansprechen der Belastungsungleichheit schon im Gesetzgebungsverfahren

Die Verfassungsmäßigkeit der BesAR insgesamt ist im Gesetzgebungsverfahren zum EEG 2003 nicht diskutiert worden. Jedoch stand intensiv die evidente Belastungsungleichheit der Stromabnehmer in Rede.

Festzuhalten ist, dass die Entlastung für die SIU – die Schienenbahnen standen noch nicht in Rede – erst ab einem Stromverbrauch an einer Abnahmestelle p.a. von 100 GWh gelten sollte. Gleichwohl warnte der Ausschuss auf Seite 5, dass es *„zu geringfügig höheren Haushaltsausgaben für den Strombezug von Bund, Ländern und Kommunen sowie von sonstigen Letztverbrauchern kommt“*. Die Verfassungsmäßigkeit unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes ist im Ausschuss nicht diskutiert worden. Jedoch wurde der Belastung der Letztverbraucher besondere Aufmerksamkeit gezollt:

„Darüber hinaus ist bei der Abwägung mit den Interessen der Gesamtheit der Stromverbraucher zu berücksichtigen, dass die Begrenzung keine unangemessene Erhöhung der Differenzkosten für die sonstigen Stromverbraucher zur Folge haben darf“
(Seite 7).

Die grundrechtliche Dimension des StrEG hatte schon der BGH gesehen

NJW 1997, 574, 576 ff.

Altrock hat dann in seiner Arbeit *„Subventionierende Preisregelungen“*

2002, 134 f.

den Aspekt der Belastungsgleichheit herausgearbeitet: *„Nach dem Grundsatz der Lastengleichheit sollen alle Bürger zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (relativ) gleichmäßig herangezogen werden.“* Altrock verweist insbesondere auf

BVerfGE 55, 274, 300, 302 in Anlehnung u.a. an Friauf: *Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger*, in *FS für Jahrreiß*, 45 ff.; ders.: *Zur Zulässigkeit von außersteuerlichen Sonderabgaben*, in *FS für Haubrecht*, 103, 106 f.

b) Kein Nachweis einer besonderen Finanzierungsverantwortung der nicht entlasteten Stromverbraucher: Das Schrifttum

Besonders bedeutsam ist der während der Erarbeitung des ersten Änderungsgesetzes zum EEG entstandene Aufsatz von Prof. Dr. Gabriele Britz und wiss. Mitarbeiter Felix Müller, Gießen

RdE 2003, 163; besonders bedeutsam deswegen, weil die Gießener Professorin Gabriele Britz nicht nur an einem der führenden Kommentare zum EnWG mitgearbeitet hat, sondern seit 2011 Richterin des Bundesverfassungsgerichts (im Ersten Senat) ist; **Anlage B 18**:

Die Kostenabwälzung auf Letztverbraucher im Rahmen der ‚subventionierenden Preisregelungen‘ nach KWKG und EEG. Die Autoren weisen insbesondere auf die Kraftanstrengungen der stromintensiven Industrien hin

vgl. den Bericht in: Die Zeit vom 27.02.2003, S. 23: *„Eine schöne Bescherung: Die Industrie will billigeren Strom – die Privatverbraucher könnten profitieren.“* Allerdings spricht viel dafür, dass die stromintensiven Letztverbraucher, gemessen am relativen Anteil zum Gesamtstromverbrauch, derzeit bereits einen deutlich geringeren Anteil an diesen Kosten tragen als die Tarifkunden, so die Fußnote weiter.

Im Kapitel *„Verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen“* fragen die Autoren nach der verfassungsrechtlichen Legitimation der finanziellen Belastung durch KWKG und EEG. Ein Prüfungsmaßstab könnten insbesondere die Grundrechte werden. Vor allem gegenüber den Letztabnehmern bestehe grundrechtlicher Rechtfertigungsbedarf. *„Die staatliche Mitwirkung an der Strompreisbildung [...] durch das Zusammenspiel von KWKG, EEG und Tarifgenehmigung dürfte jedoch ausreichen, um einen Rechtfertigungsbedarf im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz herauszulesen.“* Vor dem Grundsatz der Belastungsgleichheit könne die Inanspruchnahme der Letztverbraucher *„als eine rechtfertigungsbedürftige Indienstrahmung Privater zur Erledigung einer öffentlichen Aufgabe angesehen werden“*. Hier verweisen Britz/Müller auf

BGH in NJW 97, 574, 578 zum Stromeinspeisungsgesetz.

Es müsse ein *„Zurechnungsgrund“* vorliegen:

„Dafür müsste sich nachweisen lassen, dass gerade die Gruppe der Stromverbraucher in eben dieser Eigenschaft eine Verantwortung für die Förderungsziele beider Gesetze trifft [...]“ a.a.O., S. 170.

Es fehle „jedoch an den oben beschriebenen Voraussetzungen eine Finanzierungsverantwortung. Mit den Wettbewerbsnöten der privilegierten stromintensiven Industrie und den damit verbundenen berechtigten Sorgen um die Erhaltung von Arbeitsplätzen haben die Stromverbraucher als solche nichts zu tun. Weil durch die Privilegierungsregel nicht die Betreiber ökologisch sinnvoller Stromerzeugungsanlagen, sondern privilegierte Endverbraucher gefördert werden, fehlt es am sachlichen Zusammenhang zum Stromverbrauch der zahlenden Endkunden“ (a.a.O., S. 170).

c) Kein Nachweis der besonderen Finanzierungsverantwortlichkeit der nicht entlasteten Stromverbraucher: Das ‚Kohlepfennig-Urteil‘

Genau dieser Aspekt trug schon die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum ‚Kohlepfennig‘

Vom 12. Oktober 1994, BVerfGE 91, 186; **Anlage B 19**.

Der Gesetzgeber hatte mit dem Kohlepfennig, einem Aufschlag auf jede abgesetzte Kilowattstunde, alle Stromabnehmer belastet. Dazu sagt das Bundesverfassungsgericht (S. 205 f.):

„Die mit der Abgabe belasteten Stromverbraucher bilden eine den Trägern von Verbrauchssteuern ähnliche Allgemeinheit von Betroffenen, die als solche keine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit für die Kohleverstromung trifft. [...] Die bloße Nachfrage nach dem gleichen Wirtschaftsgut aber formt die Verbraucher nicht zu einer Gruppe, die eine Finanzierungsverantwortlichkeit für eine bestimmte Aufgabe träge. Die Nachfrage mag Anknüpfungspunkt für eine Verbrauchssteuer sein, taugt aber nicht als Grundlage für eine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit, die die Nachfrage für eine bestimmte Struktur-, Arbeitsmarkt- und energiepolitische Sicherung in Pflicht nimmt. [...] Die mit einer Sonderabgabe eingeforderte Finanzverantwortung findet keine homogene Gruppe vor, deren gemeinsame Interessenlage eine besondere Sachnähe zur Kohleverstromung begründete. [...] Die Sicherstellung der Strom- oder Energieversorgung aber ist ein Interesse der Allgemeinheit, das deshalb als Gemeinlast – durch Steuer – finanziert werden muss“ (a.a.O., S. 206).

Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Urteil den Finanzierungsweg durch „Sonderabgabe“ – einen Aufschlag auf den Strompreis für jede abgesetzte kWh – verworfen und die Finanzierung der staatlichen Aufgabe durch Steuer vorgeschrieben.

Zwar hat der BGH in der Auseinandersetzung um die Rechtmäßigkeit der Entlastung der SIU entschieden

mit Urteil vom 25. Juni 2014, VIII ZR 169/13,

dass die EEG-Umlage, soweit sie die Entlastung der SIU und der Schienenbahnen vorsehe, keine Sonderabgabe sei. Die Verletzung des Gleichheitssatzes hat der BGH aber nicht diskutiert.

Diese Ausführungen im Kohlepfeffig-Urteil können eins zu eins auf die Privilegierung der SIU übertragen werden. Die nicht privilegierten Letztverbraucher tragen für die Sicherung der internationalen oder „intermodalen“ – wohl branchenbezogenen – Wettbewerbsfähigkeit keine besondere Finanzierungsverantwortung. Die Erhaltung der Arbeitsplätze in den SIU ist ein allgemeines arbeitsmarktpolitisches Interesse des Staates. Daher muss diese Aufgabe der Steuerzahler finanzieren.

Dasselbe gilt erst recht für die Schienenbahnen, die durch § 16 Abs. 1 EEG 2004 in den Kreis der privilegierten Unternehmen aufgenommen wurden. Das EEG 2008 hielt an dieser Privilegierung fest. In der amtlichen Begründung

BT-Drs. 16/8148, S. 66, zu § 42; **Anlage B 20**

heißt es:

„Die Einbeziehung der Schienenbahnen in die Förderung ist aus verkehrspolitischen Gründen gerechtfertigt, da diese Aufgaben der Daseinsvorsorge auf besonders umweltfreundliche Art und Weise wahrnehmen und auf den Bezug von Elektrizität angewiesen sind.“

Wo liegt die besondere Finanzierungsverantwortung der nicht entlasteten Letztverbraucher und vor allem der Haushalte für Aufgaben der Daseinsvorsorge? Deren Gewährleistung ist Sache des Staates und damit des Steuerzahlers.

2. Erforderlichkeit

Die Ungleichbehandlung muss nach der verfassungsrechtlichen Dogmatik zu Art. 3 GG erforderlich sein

Paehlke-Gärtner, in: Umbach/Clemens: GG, Art. 3 I, Rz 139;
vgl. auch BVerfGE 51, 1, 24; 81, 208, 224:

Demgemäß fragen Oschmann/Thorbecke

Erneuerbare Energien und die Förderung stromintensiver Unternehmen, ZNER 2006, 304; Oschmann war Referent im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und gehört zur Redaktion der ZNER; **Anlage B 21**,

ob die Entlastung der SIU überhaupt erforderlich war. Erneuerbare Energien würden nämlich den durchschnittlichen Börsenpreis für Strom am Markt in einem Umfang senken, der über den durch das EEG verursachten Mehrkosten liege

a.a.O., S. 308 f.

Die Ursache liege in Besonderheiten des Strommarktes

Bode/Groscurth: *Zur Wirkung des EEG auf den „Strompreis“*, HWWA Discussion Paper 348, Hamburg 2006; Neubarth u.a., ET 2006

EE würden den Strompreis absenken. *„Bei einem Stromletzterverbrauch in Deutschland von rund 450 Terawattstunden (ohne EEG-Strom) entspricht dies einer Stromkostenreduktion zwischen 1,3 und 4,5 Milliarden Euro. Der Vergleich dieser Kostensenkungen mit den infolge des EEG entstandenen Mehrkosten von etwa 2,4 Milliarden Euro macht deutlich, dass das EEG im Jahr 2005 in der Summe je nach Studie bis zu Gesamteinsparungen für die Stromkunden von über zwei Milliarden Euro pro Jahr geführt hat. Von diesem Effekt profitiert die Industrie aufgrund ihres hohen Stromverbrauchanteils von über 40 Prozent mit 0,5 bis 1,9 Milliarden Euro mit Abstand am meisten. Innerhalb der Gruppe der Unternehmen wiederum sind die stromintensiven Unternehmen und Schienenbahnen die wahren Gewinner, denn sie werden von § 16 EEG im Umfang von etwa 400 Millionen Euro jährlich zusätzlich gefördert. Den EEG-Mehrkosten dieser Unternehmen in Höhe von etwa 70 Millionen Euro im Jahr 2005, die sich infolge der Neuregelung in 2006 weiter reduzieren werden, stehen damit Einsparungen bei den Strombezugskosten von rund 180 bis 640 Millionen Euro gegenüber. Diese*

Unternehmen verbuchen folglich durch das EEG einen Nettogewinn, der von den anderen Stromverbrauchern einschließlich der konkurrierenden Unternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich des § 16 EEG fallen, finanziert wird“ (a.a.O., S. 308).

Oschmann/Thorbecke folgern daraus, dass die Entlastungsregelung keine „*Verschonungssubvention*“ sei, sondern eine „*positive Wirtschaftsförderung mit subventionierender Wirkung*“. Ein Grund für die Ungleichbehandlung existiere nicht. Das gelte insbesondere für die Schienenbahnen, da sie nicht im internationalen Wettbewerb stünden.

Denselben Ansatz legt das EuG bei der Prüfung zu Grunde, ob in der BesAR eine verbotene Beihilfe liege (dazu später).

3. Unverhältnismäßigkeit der BesAR

Der Argumentationsgang ist bei Große/Kachel

in Altrock/Oschmann/Theobald: *EEG*, 4. Aufl. 2013 (eine neuere Bearbeitung liegt noch nicht vor; Anlage B 7)

zusammengefasst. Die hiesige Darstellung folgt ihrem Argumentationsgang.

Große/Kachel bejahen die Ungleichbehandlung, so dass Art. 3 Abs. 1 GG vom Ansatz her anwendbar ist. Fraglich sei allerdings, ob die Ungleichbehandlung verhältnismäßig sei. Die Rechtsprechung des BVerfG habe sich insoweit einer strengen Verhältnismäßigkeitsbetrachtung weitgehend angenähert. Große/Kachel verweisen auf

Jarass/Pieroth: GG, Art. 3, Rz. 17 ff.

Die Unverhältnismäßigkeit könne sich daher daraus ergeben, dass einerseits die EEG-Belastung der privilegierten und der nicht privilegierten Stromverbraucher zu weit auseinanderklaffe und andererseits die hohe Entlastung durch die BesAR zu einer zusätzlichen Belastung der nicht privilegierten Verbraucher führe. Diese Folge wird auch nicht bestritten

Große/Kachel, a.a.O., Rz. 36; VG Frankfurt, U. v. 13.03.2008, ZNER 2009, 63 f.

Diese Mehrbelastung sei aufgrund der Aufhebung der ‚Deckelungsregelung‘ durch EEG 2004 der Höhe nach auch nicht mehr begrenzt, so dass gleiches für die Differenz zwischen reduzierter und regelmäßiger EEG-Umlage gelte. Hinzu komme, dass der Beitrag der nicht privilegierten Stromverbraucher zur Schädigung des Klimas jedenfalls nicht höher, aufgrund des geringeren Stromverbrauchs eher geringer ausfalle. Für die mit der BesAR bezweckten Industrie- und Wirtschaftsförderung trügen die nicht privilegierten Stromverbraucher auch keine herausgehobene eigene Verantwortung. Insoweit verweisen die Autoren auf

Britz/Müller, RdE 2003, 163, 170; man müsste an dieser Stelle auch auf das Kohlepfennig-Urteil zurückgreifen.

Aufgrund dessen werde die BesAR teilweise als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG angesehen.

Zu beachten sei allerdings, dass der Gesetzgeber eine breite Entschädigungsprärogative habe, die allerdings nicht so weit reiche wie im Bereich des Steuerrechts, denn bei der EEG-Umlage handele es sich nicht um eine Steuer. Große/Kachel verweisen auf

die Entscheidung des BVerfG zur Ökosteuer, BVerfGE 110, 274, 299 f.

Die durch die BesAR ausgelöste Ungleichbehandlung könne aber durch das wirtschaftspolitische Ermessen des Gesetzgebers gerechtfertigt sein. Große/Kachel verweisen in Fußn. 61 auf

Büdenbender/Rosin: KWK-AusbauG, § 9, Rz. 210, wo ähnliche verfassungsrechtliche Fragen berührt würden.

Der weite Prognosespielraum des Gesetzgebers sei erst erschöpft, wenn das eingesetzte Mittel „*objektiv untauglich*“ sei.

Allerdings habe der Gesetzgeber die Regelung des § 16 Abs. 5 EEG 2004 mit seinem ‚Deckel‘ gestrichen. Bisweilen werde behauptet, der Wegfall dieser Deckelung stelle die Verhältnismäßigkeit zunehmend in Frage. Hier verweisen die Autoren auf

Fricke, RdE 2010, 83, 86.

Diese Grenze sei noch nicht erreicht, weil die Verhältnisse des Jahres 2012 eine Belastung des Referenzhaushaltes von drei Personen mit einem jährli-

chen Stromverbrauch von 3.500 kWh in Höhe von ca. 21,60 Euro auslöse.
Hier verweisen die Autoren auf das

BMU und seine Informationen zur Anwendung des § 40 EEG
für das Jahr 2012.

Da der Erfahrungsbericht nach § 65 EEG die Situation regelmäßig bewerte,
sei sichergestellt, dass der Gesetzgeber gegensteuern könne, wenn Zweifel
an der Verhältnismäßigkeit entstünden.

Schließlich liege auch deswegen keine verfassungswidrige Ungleichbe-
handlung vor, weil eine Entlastung vorliege, die von Schwellenwerten ab-
hängig sei. Diese führten zu einer Typisierung, die aus Gründen der Prakti-
kabilität und Rechtssicherheit erforderlich sei. Hier verweisen die Autoren
auf die Schrift des BMU in Fußnote 65.

4. Bewertung

Den Darlegungen von Große/Kachel kann aus mehreren Gründen nicht zu-
gestimmt werden:

Erstens können Verhältnismäßigkeitserwägungen und ein weites wirt-
schaftspolitisches Ermessen des Gesetzgebers nicht von der Notwendigkeit
einer besonderen Finanzierungsverantwortung der nicht privilegierten
Stromverbraucher entbinden, wie sie im Kohlepennig-Urteil und von
Britz/Müller gefordert werden. Zu Verhältnismäßigkeitserwägungen kommt
man doch nur, wenn diese besondere Finanzierungsverantwortung gegeben
ist. Aber alle Stromverbraucher tragen zur Belastung des Klimas mit CO₂
bei; und zwar die SIU in weit überproportionalem Maße. Deswegen kann
gerade nicht auf umweltpolitische Gründe verwiesen werden.

Aber selbst wenn man Verhältnismäßigkeitserwägungen überhaupt zulassen will

das ist schon streitig: vgl. Henn, in: Dreier: GG (1996), Art. 3
Rz. 25 Fußn. 143,

ist mit Fricke

RdE 2010, 83

und Große/Kachel

a.a.O., Rz. 39 (Anlage B 7)

anzunehmen, dass die Inanspruchnahme Privater unverhältnismäßig geworden ist. Das ist daran zu erkennen, dass nicht nur die Grenzen des ehemaligen Zehn-Prozent-Deckels inzwischen weit überschritten sind, sondern auch an der Warnung der BNetzA und dem gemeinsamen Maßnahmenplan von BMWi und BMU zur Novellierung der BesAR.

VI. Europarechtliche Situation

Die Anfangskritik an der Verträglichkeit der BesAR mit dem Europarecht entzündete sich an der Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit. Denn die finanzielle Förderung der stromintensiven Unternehmen und der Schienenbahnen habe zwar eine begünstigende Wirkung. Sie werde aber nicht durch den „*Staat oder aus staatlichen Mitteln*“ gewährt, sondern von den übrigen Stromverbrauchern gezahlt und falle demnach nicht unter das Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV

so Oschmann/Thorbecke: *Erneuerbare Energien und die Förderung stromintensiver Unternehmen*, ZNER 2006, 304, 305; sie verweisen auf Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.): *EGV*, 2. Aufl. 2002, Art. 87, Rn. 7; v. Wallenberg, in: Grabitz/Ilf: *EGV*, 25. Ergänzungslieferung, Januar 2005, Art. 87, Rn. 12, jeweils mit Nachweisen.

Sie gründen die Bedenken vielmehr auf die Verletzung der Warenverkehrsfreiheit. Die SIU und die Schienenbahnen, die von § 16 EEG gefördert werden, müssten weniger EEG-Strom abnehmen, also ihrem Verursacherbeitrag entspreche. Diese Mengen würden vielmehr gleichmäßig auf alle Stromlieferanten in Deutschland verteilt. Die Folge sei, dass den Stromhändlern insoweit die Möglichkeit genommen werde, ihren Strombedarf von Stromlieferanten aus einem anderen Mitgliedsstaat zu beziehen. Dadurch sei die BesAR geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, was eine von Art. 28 EG grundsätzlich verbotene Maßnahme gleicher Wirkung wäre wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung. Die von § 16 EEG intendierte Wirtschaftsförderung sei jedoch keine Ausnahme, die die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen könnte. So im Ergebnis auch

Fricke: *Die Privilegierung der stromintensiv arbeitenden Industrie*, RdE 2010, 83, 90 f.

Die europäische Gerichtsbarkeit hat diesen Ansatz jedoch nicht übernommen. Das europäische Gericht erster Instanz hat vielmehr mit Entscheidung vom 10. Mai 2016

ZNER 2016, 22 ff.; **Anlage B 22**

angenommen, dass das EEG 2012 eine verbotene Beihilfe sei, und zwar wurde mit dem ersten tragenden Grund die BesAR als verbotene Beihilfe eingestuft.

Die Vorgeschichte war die bereits erwähnte Eingabe des Bundes der Energieverbraucher vom Dezember 2012 bei der Europäischen Kommission, in der geltend gemacht wurde, dass bestimmte Maßnahmen des EEG 2012 mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfen darstellten. Diese Bedenken wurden von der Kommission übernommen

die Begründung ist in der Entscheidung des EuG wiedergegeben: ZNER 2016, 222 f.

Das EuG nahm entgegen der Auffassung der Bundesregierung an, dass die BesAR eine verbotene Beihilfe sei. Zulässig wäre sie gewesen, wenn die privilegierten Unternehmen mit Leistungen betraut seien, die zur Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen erbracht würden. *„Im vorliegenden Fall geht aus der Akte jedoch nicht hervor, dass die SIU mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind und Gemeinwohlverpflichtungen erfüllen müssen“* (ZNER 2016, 221, 225, Rz. 63).

Soweit die Bundesregierung den Sinn der Entlastung geltend gemacht habe, dass nämlich die SIU bei einer vollen Belastung mit der EEG-Umlage ihre Produktion unter Umständen ins Ausland verlagert hätten, heißt es: *„Die Bundesrepublik Deutschland erbringt jedoch keinen Beweis für dieses Vorbringen. Insbesondere hat sie weder dargetan, dass sie die finanzielle Situation der Unternehmen, denen die Begrenzung der EEG-Umlage zugutekommt, einzeln berücksichtigt hat, noch, dass diese Unternehmen ohne sie ihre Produktion tatsächlich verlagert hätten“* (a.a.O., S. 226, Rz. 67).

Die Kommissionsentscheidung, dass die SIU in den Genuss einer staatlichen Beihilfe gekommen seien, führte dazu, dass einige Unternehmen die EEG-Umlage hätten nachzahlen müssen. Deswegen klagten sie vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt. Das Verwaltungsgericht hat dem EuGH die

Frage vorgelegt, ob diese Klage zulässig sei. Der Generalanwalt am EuGH hielt in seiner Stellungnahme die Klage für unzulässig, weil die Unternehmen direkt gegen die Kommissionsentscheidung hätten klagen müssen, dies aber versäumt hätten. Der Generalanwalt schreibt in seiner Stellungnahme

Az. C-135/16, Dokument 62016CC0135

aber auch zur Sache höchst Aufschlussreiches:

„Randnummer 80: ‚Meines Erachtens gewähren die deutschen Behörden energieintensiven Unternehmen einen unbestreitbaren wirtschaftlichen Vorteil, wenn sie die bei ihnen zu erhebende EEG-Umlage ermäßigen [...]‘

Randnummer 85: ‚Es sieht nicht so aus, als ob die Strompreise, die diese Unternehmen in Deutschland zu tragen haben, trotz der EEG-Umlage höher seien als die Durchschnittspreise in den Ländern der Union. Der Nachweis für eine angebliche Benachteiligung dieser Unternehmen im Wettbewerb ist mithin nicht erbracht worden.‘

Randnummer 87: ‚Die Begrenzung dieser Kosten für energieverschlingende Betriebe stellt eine Ausnahmeregelung dar, die ihnen einen spezifischen Vorteil verschafft, da sie den Preis verringert, den sie sonst für den von ihnen verbrauchten Strom zahlen müssten.‘

Randnummer 94: ‚Die Klägerinnen führen aus, die Ermäßigung der von ihnen zu entrichtenden EEG-Umlage trage zum Klima- und Umweltschutz sowie zur nachhaltigen Entwicklung und Gewährleistung der Energieversorgung bei. Diese Gründe des allgemeinen Interesses gelten aber allenfalls für die allgemeine Regelung der EEG-Umlage, nicht aber für ihre Ermäßigung zugunsten einer spezifischen Kategorie von Industriebetrieben. Zudem wird durch ihre (teilweise) Freistellung von der allgemeinen Belastung durch die EEG-Umlage für diese Kategorie wirtschaftlicher Akteure gleichzeitig ein Anreiz für einen höheren Stromverbrauch geschaffen, und die Einnahmen, die zur Finanzierung erneuerbarer Energien zur Verfügung stehen, verringern sich.‘

Randnummer 96: ‚[Es] haben weder die Unternehmen noch die deutsche Regierung genaue Angaben zur Stützung der Behauptung gemacht, dass die Zahlung dieser Umlage unter den Voraussetzungen des Beschlusses 2015/1585 ihren Fortbestand gefährde. Dieser Mangel an Beweisen reicht aus, um das entsprechende Vorbringen zu entkräften [...]‘“ (zit. n. Energiedepesche 2/2018, S. 13).

Anlage B 23

Inzwischen hat der EuGH die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen, sich allerdings nicht zu den Erwägungen des Generalanwalts geäußert

Urteil vom 25. Juli 2018, ZNER 2018, 325.

Fazit:

Die Entscheidung des EuG ist richtig. Zwar hat Deutschland Beschwerde zum EuGH eingelegt. Dessen Entscheidung liegt noch nicht vor. Die Ausführungen des Generalanwalts im parallelen Verfahren sind aber bedeutsam, weil der EuGH in vielen Fällen der Auffassung des Generalanwalts folgt. In diesem Fall würde der EuGH feststellen, dass die Entlastung der SIU eine verbotene Beihilfe darstellt. Das wäre ein Präjudiz für die Entscheidung des EuGH zur Frage, ob die Entlastung der SIU und der Schienenbahnen eine verbotene Beihilfe ist. Ggf. würde damit schon europarechtlich festgestellt, dass die SIU und die Schienenbahnen zu Unrecht entlastet werden.

Die Erwägungen des EuG insbesondere zum fehlenden Nachweis der Erforderlichkeit der Entlastung der SIU und der Schienenbahnen strahlen auch auf die Verfassungsmäßigkeit der BesAR aus. Wenn die Ungleichbehandlung nämlich nicht erforderlich ist, sind die SIU und die Schienenbahnen zu Unrecht entlastet. Das ist verfassungswidrig.

VII. Vorlagevoraussetzungen

Nach § 80 Abs. 2 BVerfGG mit dem folgenden Wortlaut

„2) Die Begründung muss angeben, inwiefern von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gerichts abhängig ist und mit welcher übergeordneten Rechtsvorschrift sie unvereinbar ist. Die Akten sind beizufügen.“

muss das Gericht von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein

Bollinger, in: Umbach/Clemens: BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 80, Rz. 53 ff.

Das Gericht ist gebeten, sich im Rechtsgespräch – oder in einem Hinweisbeschluss vorab – dazu zu äußern. Sollten weitere Belege vonnöten sein, wird ebenfalls um einen Hinweis gebeten.

Ich stelle selbst zu.

Dr. Peter Becker
Rechtsanwalt