

Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage? Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der "neuen Wälzung" im EEG 2012

Gawel, Erik

Veröffentlichungsversion / Published Version

Arbeitspapier / working paper

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung - UFZ

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Gawel, E. (2013). *Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage? Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der "neuen Wälzung" im EEG 2012*. (UFZ Discussion Papers, 1/2013). Leipzig: Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung - UFZ. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-339853>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-SA Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-SA Licence (Attribution-NonCommercial-ShareAlike). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

UFZ Discussion Papers

Department of Economics

1/2013

Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage?

**Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit
der „neuen Wälzung“ im EEG 2012**

Erik Gawel

Januar 2013

Finanzverfassungsrecht als Prüfmaßstab für die EEG-Umlage?

Zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der „neuen Wälzung“ im EEG 2012

Univ.-Prof. Dr. Erik Gawel, Leipzig

Unter Berufung auf die Kohlepfennig-Entscheidung des BVerfG ist immer wieder in Zweifel gezogen worden, dass die zwangsweise von den Stromverbrauchern zu finanzierenden Festvergütungen für Einspeisungen regenerativ erzeugten Stroms nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Umlage) verfassungskonform sein können, soweit nämlich eine unzulässige Finanzierungs-Sonderabgabe vorliege. Die Diskussion ist nach Einführung der sog. „neuen Wälzung“ 2010 neu entflammt. Der Beitrag geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, ob die neu gefasste EEG-Umlage als Sonderabgabe finanzverfassungsrechtlichen Bedenken begegnet oder lediglich als Preisregelung anzusehen ist.

Gliederung

I. Problemstellung

II. EEG-Umlage als öffentliche Abgabe?

- 1. Begriffsmerkmale einer Abgabe*
- 2. Zur Aufkommenswirkung*
- 3. Preisregelungen als „Als-ob-Abgaben“?*
- 4. Fallstricke von Wirkungsanalogien*

III. Austritt aus der Kategorie einer Preisregelung?

- 1. Abgrenzung der Kategorien*
- 2. Änderung der Sachlage durch „Umlage“ statt Abnahme- und Preisgarantie?*

IV. Zu den Anforderungen einer gerechtfertigten Finanzierungs-Sonderabgabe

V. Fazit

I. Problemstellung

Das erstmals zum 1.4.2000 in Kraft getretene Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG),¹ mit dessen Hilfe der Anteil erneuerbarer Energien an der Elektrizitätserzeugung systematisch erhöht werden soll, sieht – vergleichbar den Vorgängerregelungen des Stromeinspeisungsgesetzes (StromEinspG)² – in seiner aktuellen Fassung³ in § 8 zunächst eine Abnahme- und Durchleitungspflicht von regenerativ erzeugtem Strom durch die Netzbetreiber vor. Die §§ 16 ff. EEG normieren ferner für die geförderten Energieträger differenziert ausgestaltete, feste Vergütungssätze, die von den Netzbetreibern für die Einspeisung zu entrichten sind. Das Gesetz sieht schließlich eine neutralisierende Weiterwälzung der so entstehenden Zahllasten über die Wertschöpfungskette bis zum Stromversorger vor, der diese an den Endverbraucher weiterreicht: Zum 1.1.2010 wurde die sog. „neue Wälzung“ zunächst im Verordnungswege⁴ eingeführt, sodann mit „Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien“ v. 04.08.2011⁵ zum 1.1.2012 nunmehr auch gesetzlich in §§ 35-37 EEG⁶ verankert. Im Ergebnis erhalten Erzeuger, die Strom aus erneuerbaren Quellen bereitstellen, einen gesetzlich garantierten Mindestpreis, dessen über den jeweiligen Marktwert hinausreichende Refinanzierung im Wege einer Umlage der sog. Differenzkosten (Einspeisevergütung abzüglich Vermarktungswert) letztlich durch die Stromverbraucher getragen wird.

Bereits die Vorgängerregelungen im StromEinspG führten in den 1990er Jahren zu einer Diskussion über die verfassungsgemäße Ausgestaltung von Abnahme- und Vergütungspflichten zugunsten erneuerbarer Energien.⁷ Insbesondere die Entscheidung des BVerfG 1994 zur finanzverfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Ausgleichsabgabe zugunsten des Steinkohlebergbaus („Kohlepfennig“)⁸ beflügelten die Debatte: In der Subventionierung der Kohle zum Zwecke einer politisch gewollten und gegenüber den Marktbedingungen abweichenden Zusammensetzung des Energieträgermix‘ bei gleichzeitiger Refinanzierung über die Stromversorger, die diese Last an die Endkunden weiterreichen, wurde eine finanzverfassungsrechtlich relevante Analogie zum StromEinspG gesehen. Hieraus wurden erhebliche Zweifel an der Verfassungsfestigkeit von Abnahme- und Vergütungsregelungen für erneuerbare Energien

¹ Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG) v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305).

² Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz) v. 7.12.1990, BGBl. I, S. 2633.

³ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730).

⁴ Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Ausgleichsmechanismusverordnung), v. 17.7.2009, BGBl. I S. 2101.

⁵ BGBl. 2011 I, S. 1634.

⁶ Entsprechend wurde auch die AusglMechV geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.08.2012 (BGBl. I S. 1754), ebenso die Ausgleichsmechanismus-Ausführungsverordnung (AusglMechAV) vom 22.02.2010 (BGBl. I S. 134).

⁷ Siehe im Überblick *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 79 ff., m. w. Nachw.

⁸ BVerfG, B. v. 11.10.1994 – 2 BvR 633/86, BVerfGE 91, 186.

abgeleitet und die zur Kohlepfennig-Entscheidung analoge Forderung abgeleitet, die Förderung statt dessen aus allgemeinen Steuermitteln zu finanzieren.⁹

Die Kritik blieb jedoch folgenlos: Die Rechtsprechung des BGH¹⁰ und des EuGH¹¹ haben das StromEinspG jeweils passieren lassen. Auch das BVerfG hat weder Richtervorlagen noch Verfassungsbeschwerden gegen StromEinspG oder EEG angenommen und in einer Nichtannahmeentscheidung 1996 vielmehr durchblicken lassen, dass hierbei „die Anwendung der Finanzverfassung auf den ersten Blick durchaus zweifelhaft“ erscheint.¹² Schließlich hat sich auch im Schrifttum die Auffassung, das EEG sei nicht verfassungsfest, nicht durchsetzen können.¹³

Die zwischenzeitlich beruhigte finanzverfassungsrechtliche Diskussion des EEG gewinnt jedoch in neuerer Zeit wieder an Fahrt. In verschiedenen Beiträgen wurde jüngst die Auffassung vertreten, die seit 2010 auf Basis der AusglMechV praktizierte und zum 1.1.2012 nunmehr auch gesetzlich in §§ 35-37 EEG verankerte „neue Wälzung“ stelle eine substantiell veränderte Sachlage dar und lasse mittlerweile keinen Zweifel mehr an der Eigenschaft der EEG-Umlage als Finanzierungs-Sonderabgabe, die unter Verweis auf die Kohlepfennig-Entscheidung des BVerfG mangels geeigneter Rechtfertigung als verfassungswidrig einzustufen sei.¹⁴ Als „neue Wälzung“ wird dabei die Weiterentwicklung der ursprünglichen Abnahme- und Vergütungsgarantien für erneuerbare Energien mit Ausgleichsregelungen zwischen den vergütungspflichtigen Netzbetreibern zu einer bundeseinheitlichen Umlage bezeichnet, welche die dabei entstehenden Differenzkosten der Förderung (Pflicht-Vergütung abzüglich Vermarktungswert) systematisch und unter Aufsicht der Bundesnetzagentur faktisch bis an das Ende der Wertschöpfungskette, d. h. zu den Stromverbrauchern, weiterreicht. Dabei wurde die bisherige physikalische Wälzung des EEG-Stroms an die Vertriebsunternehmen durch eine rein finanzielle Kostenwälzung ersetzt – mit der Folge einer bundesweit einheitlichen EEG-Umlage. Aus der stufenweisen Vergütung bezogenen Öko-Stroms wurde so ein anteiliger Kostenersatz für das Gesamtunterfangen „Förderung von Öko-Strom“. Diese Neuregelung sollte insbesondere die Risiken im Stromvertrieb eliminieren, die sich aus schwankenden Mengen innerhalb der rollierenden physikalischen Wälzung ergaben und vor allem Klein- und Mittelversorger in Schwierigkeiten gebracht hatten, sowie die Transparenz und Planbarkeit im Wälzungsmechanismus erhöhen und dadurch die privatwirtschaftlichen Kosten des EEG-Managements senken.¹⁵

⁹ Arndt, RdE 1995, 41, 45; Friauf, ET 1995, 597; Dederer/Schneller, RdE 2000, 214, 217; Kube/Palm/Seiler, NJW 2003, 927, 931 f.

¹⁰ BGH, U. v. 22.10.1996, KZR 19/95, NJW 1997, 574, BGHZ 155, 141.

¹¹ EuGHE 2001, I-2099 (PreussenElektra); dazu auch Koenig/Kühling, NVwZ 2001, 768; Schneider, ZNER 2003, 95.

¹² BVerfG, B. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, Rn. 15 (Juris).

¹³ Siehe etwa Scholz, ET 1996, 600; Schneider, ZNER 2003, 93; Koch/Schütte, ZNER 1998, 3; Ossenbühl, ET 1996, 94; Hucko, RdE 1995, 141 f.

¹⁴ So insbesondere Manssen, WiVerw 2012, 170; ders. DÖV 2012, 499; ders., ET 2012, Heft 11, 49.

¹⁵ Siehe BReg, EEG-Erfahrungsbericht 2011 (Entwurf), http://www.clearingstelle-eeg.de/files/EEG_Erfahrungsbericht_2011_Entwurf.pdf.

Vor dem Hintergrund der mit Blick auf die „neue Wälzung“ abermals entflammten Kritik erscheinen in erster Linie folgende Fragen von Bedeutung: Verkörpert die EEG-Umlage, zumindest in der Gestalt der sog. „neuen Wälzung“, tatsächlich eine öffentliche Abgabe (II.)? Weiterhin sind Argumente zu prüfen, wonach zumindest diese neue Wälzung aus der Begriffskategorie einer staatlichen „Preisregelung“ austrete (III.). Hilfsweise Überlegungen zum Gehalt und zur Rechtfertigung als Finanzierungs-Sonderabgabe (IV.) sowie ein Fazit (V.) beschließen diesen Beitrag.

II. EEG-Umlage als öffentliche Abgabe?

1. Begriffsmerkmale einer Abgabe

Als öffentliche Abgaben werden die von einem Hoheitsträger kraft öffentlichen Rechts auferlegten Geldleistungspflichten bezeichnet, die ein Gemeinwesen mit Finanzkraft ausstatten sollen.¹⁶ Sie unterscheiden sich damit von Naturalleistungen (keine Leistung in Geld), von sonstigen Geldleistungen wie Geldstrafen, Zwangsgeldern etc. (kein Finanzausstattungszweck), von privatrechtlich veranlassten Haushaltseinnahmen (z. B. Verkaufserlöse) sowie von freiwillig oder aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrages geleisteten Mittelzuflüssen (mangels Auferlegung). Für eine nachvollziehbare Subsumtion der EEG-Umlage unter den Abgabebegriff wäre vor dem Hintergrund dieser Definitionsmerkmale im Wesentlichen das zweifelhafte Kriterium der Finanzkraftausstattung eines Gemeinwesens darzutun: Typischerweise gehen Abgabenerhebungen mit Kaufkrafttransfers von den Abgabepflichtigen zu einem öffentlichen Aufgabenträger einher, der diese Mittel vereinnahmt. Daran ermangelt es offensichtlich vorliegend insoweit, als eine öffentliche Haushaltssphäre, gleich welcher Art, durch den Umlagemechanismus auch nach der „neuen Wälzung“ nicht berührt wird. Anders als im Falle des Dritten Verstromungsgesetzes¹⁷ („Kohlepennig“) hat der Gesetzgeber keinen öffentlich-rechtlichen Sonderfonds errichtet, über den die Mittel geführt werden: Eine Etatisierung der über die EEG-Umlage bewegten Mittel findet gerade nicht statt. Insofern ist – wie das BVerfG in seiner Kammerentscheidung von 1996 zu Recht ausführt – zunächst darzutun, inwieweit dennoch von einer „Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand“¹⁸ gesprochen werden könne, um die Eigenschaft einer öffentlichen Abgabe überhaupt bejahen zu können.

2. Zur Aufkommenswirkung

Um die EEG-Umlage als „öffentliche Abgabe“ qualifizieren und damit von staatlichen Preisadministrierungen abgrenzen zu können, die nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht an den verfassungsrechtlichen Maßstäben für nichtsteuerliche Abgaben zu messen sind,

¹⁶ Siehe statt vieler nur *Henneke*, Finanzverfassung, PdK, E1 Bund, Rn. 127.

¹⁷ Gesetz v. 13. 12. 1974, BGBl. I S. 3473.

¹⁸ BVerfG, B. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, RdE 1996, 105 ff.

¹⁹ ist mithin darzulegen, dass den Umlageregeln in den §§ 16 ff. EEG sowie den zugehörigen Verordnungen zum „Ausgleichsmechanismus“ (AusglMechV und AusglMechAV) die Eigenschaft der öffentlichen Finanzkraftausstattung zukommt. Die diesbezüglichen Ausführungen des BVerfG im Kammerbeschluss von 1996 wurden im Schrifttum dahingehend ausgelegt, dass ein Mittelzufluss an die öffentliche Hand „nicht nötig“ sei, „um von einer öffentlichen Abgabe auszugehen“;²⁰ andernfalls hätte das Gericht die Existenz von Sonderabgaben jenseits von Fondslösungen kurzerhand ausschließen können.²¹ Hierbei dürfte es sich aber um eine Überinterpretation handeln: In der zitierten Kammerentscheidung bekräftigt das BVerfG lediglich das konstituierende Kriterium der „Aufkommenswirkung“ für eine öffentliche Abgabe und verlangt eine schlüssige Darlegung, inwiefern auch im Falle der EEG-Umlage hiervon die Rede sein könne. Dass eine solche Darlegung je nachvollziehbar gelingen könne und damit auch gleichsam „aufkommensfreie (Geldleistungs-) Abgaben“ kategorial denkbar wären, wird hingegen nicht ausgeführt. Vielmehr werden gerade Zweifel zum Ausdruck gebracht, da die Abgabeneigenschaft jedenfalls nicht klar zu Tage trete.

Manssen sieht in diesem Zusammenhang eine Aufkommenswirkung auch dann als gegeben an, „wenn sich das hoheitliche Gemeinwesen mit der Abgabe die Verfügungsgewalt über Finanzmittel verschafft, auch ohne dass die Abgabe in den Haushalt oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen fließt.“²² Dies darf wohl so verstanden werden, dass sich die öffentliche Hand mit der hoheitlichen Bewirkung eines außerbudgetären Finanzflusses zwischen Privatrechtssubjekten von A nach B das dadurch bewegte Finanzvolumen als „Aufkommen“ zurechnen lassen müsse. Ganz ähnlich hatten bereits *Kube/Palm/Seiler* mit Blick auf die EEG-Umlage Zweifel an einer öffentlichen Aufkommenswirkung zu entkräften versucht: Eine solche Aufkommenswirkung sei „wohl nur gegeben, wenn die Quersubventionierung dem Staat dergestalt zugerechnet werden kann, dass sie als abgekürzter Zahlungsweg einer vorangegangenen staatlichen Mittelvereinnahmung bei sofortiger Weiterleitung an die Begünstigten erscheint.“ Dies wurde von den Autoren im Falle der EEG-Umlage bejaht, da hier „zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar auf private Mittel“ zugegriffen werde, „um sie privaten Dritten zuzuwenden. Sie verfolgen dabei Gemeinwohlbelange, die außerhalb des im jeweiligen Privatrechtsverhältnis ausgestalteten Interessenausgleichs liegen.“²³

Eine derartige Begriffsexension von öffentlichem Aufkommen erscheint jedoch fragwürdig: Der Abgabebegriff würde auf diese Weise konturlos, wollte man jedwedem gesetzgeberisch intentional ausgelösten Finanzstrom ohne Beteiligung öffentlicher Haushalte als indirekt aufkommenswirksam und damit – bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale – zugleich als Abgabe qualifizieren. Denn jedwede hoheitlich initiierte Veränderung von Finanzströmen aus öffentlichen Belangen wäre damit als „Verschaffen von Verfügungsgewalt über Finanzmittel“ bzw. als abgekürzter Budgetkreislauf anzusprechen: Der legislative Eingriff in die Geldsphäre

¹⁹ Siehe etwa BVerfG, B. v. 13.09.2005 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196, 257.

²⁰ *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 185; ähnlich *ders.*, DÖV 2012, 499, 502.

²¹ Ebenda, 183.

²² Ebenda. Dass hierbei die Abgabeneigenschaft definitorisch bereits vorausgesetzt wird, sei hier einmal dahingestellt.

²³ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927, 929.

der gesetzlich Betroffenen selbst wäre bereits als verfügende Finanzgewalt indirekt aufkommenswirksam – und zwar mit der Begründung, dass insoweit die mobilisierte Kaufkraft unter Auslassung öffentlicher Etats gleich an den beabsichtigten Bestimmungsort gelenkt werde. Dies ist ersichtlich zu weitgehend.

Legislative „Verfügungsgewalt“ entstände nach dieser Vorstellung sachlogisch bereits bei einer beliebigen Mobilisierung von Kaufkraft, indem bestimmten Personen Geldleistungspflichten auferlegt werden. Von „Aufkommen für die öffentliche Hand“ kann aber sinnvollerweise erst bei einer Etatisierung dieser mobilisierten Mittel gesprochen werden, denn nur derart tatsächlich vereinnahmte Mittel stehen einer anschließenden budgetären Disposition offen. Wird hingegen ein Finanzstrom außerhalb der öffentlichen Etats organisiert, ist jedenfalls auch keine Verkürzung parlamentarischer Befugnisse zu besorgen, denn der (Budget-) Gesetzgeber hat hier lediglich eine externe Kaufkraftverschiebung veranlasst und nicht etwa in einem Budget gesammelte Mittel einer exekutiven Instanz zur weiteren Verwendung angeeignet. Die bloße Mobilisierung von Kaufkraft für budgetexterne Zwecke ist daher sinnvollerweise von der Einnahmebeschaffung zu unterscheiden. Letztere setzt eine Etatisierung zuvor mobilisierter Kaufkraft voraus. Erst dann realisiert die öffentliche Hand ein budgetär disponibles Aufkommen.

Zudem liegt hier das Problem auf der Hand, was dann noch je eine „reine Preisregelung“ außerhalb des Abgabensystems sein könnte: Die Unterscheidung würde vielmehr hinfällig. Geht man einmal davon aus, dass intentionale staatliche Preiseingriffe jeweils öffentlichen Aufgaben dienen sollen, so sind durch derartige Maßnahmen stets Begünstigte und Belastete im Vergleich zu einer Situation ohne staatliche Intervention auszumachen. Derartige Preisregelungen ließen sich daher *immer* als gleichsam verkürzter Budgetkreislauf aus Kaufkraftabschöpfung beim Belasteten, Etatisierung von Einnahmen und anschließender Mittelverausgabung bei einem Begünstigten darstellen und mithin den abgaberechtlichen Maßstäben des Grundgesetzes unterwerfen; die sachkompetenzielle Ermächtigung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), auch durch Preisadministrierungen ordnend und lenkend in das Wirtschaftsgeschehen einzugreifen, liefe insoweit leer.

Dies wird auch aus der variierenden Begründung deutlich, wonach Aufkommenswirkung gegeben sei, „wenn der Staat und kein Privater entscheidet, wie die eingenommenen Mittel zu verwenden sind.“²⁴ Nun ist die hoheitliche Bestimmung über die Verwendung mobilisierter Mittel freilich kein Spezifikum von Abgaben, sondern auch für Preisregelungen typisch, denen ebenfalls beigegeben ist, was genau mit der beim Belasteten mobilisierten Kaufkraft zu geschehen habe, z. B. durch Zueignung zugunsten eines bestimmten Begünstigten(kreises). Nicht der private Belastete trifft bei Preisregelungen die nötige Zueignungsentscheidung, sondern naturgemäß der Hoheitsträger selbst.

Ohne Etatisierung kann daher kaum von einer abgabenkonstituierenden „öffentlichen Aufkommenswirkung“ die Rede sein. Lässt man hingegen für eine Abgabenregelung die wirkungsgleiche hoheitliche Verschiebung von Kaufkraft im privaten Sektor genügen, so drohen

²⁴ *Manssen*, DÖV 2012, 499, 502. Auch hier wird im Übrigen das Eingenommensein der Mittel bereits vorausgesetzt, das doch erst zu klären wäre.

die Konturen staatlicher Handlungsformen und die Schutzwirkung der daran jeweils spezifisch geknüpften verfassungsrechtlichen Anforderungen zu zerfließen. Eine derartige Verunklarung der staatlichen Handlungskategorien ist daher abzulehnen.²⁵

3. Preisregelungen als „Als-ob-Abgaben“?

Zwar hat sich das BVerfG in der zuvor erörterten Frage mit Blick auf das EEG bisher „nicht abschließend“²⁶ und in den zitierten Kammerentscheidungen zudem nur zur früheren Rechtslage geäußert. Dabei ist aber wohl zu würdigen, dass sich das BVerfG in anderen Entscheidungen sehr wohl mit jenen Argumenten auseinandergesetzt hat, die einer phänotypischen Preisregelung die Qualität einer „Als-ob-Sonderabgabe“ entnehmen wollten – so etwa mit Beschluss vom 13.09.2005²⁷ zur Verfassungsmäßigkeit des Beitragssatzsicherungsgesetzes vom 23.12.2002,²⁸ das insbesondere durch Zwangsrabattierungen bei der Abgabe pharmazeutischer Produkte zur Stabilität der Beitragssätze in der Gesetzlichen Krankenversicherung beitragen sollte.²⁹ In diesem Zusammenhang wurde insbesondere vorgetragen, dass der in §§ 130 f. SGB V geregelte Zwangsabschlag nebst Erstattungsanspruch gegen pharmazeutische Unternehmen im Ergebnis einer Sonderabgabe gleichkomme, ohne dass die für solche außersteuerlichen Geldleistungspflichten erforderlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen sämtlich erfüllt wären.³⁰ Entscheidend für die Prüfung an den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben seien auch hier die abgabenähnliche Wirkung der bei Zwangsrabatten und Zwangsumlagen gegebenen „Quersubventionierung“ und deren staatlich veranlasste Finanzierungswirkung. Die Voraussetzungen staatlicher Einnahmen (private Belastungswirkung und hoheitlich zurechenbare, öffentliche Aufkommenswirkung) seien bei derartigen „Quersubventionierungen“ gegeben, die zielgerichtet und zwangsweise durchsetzbar auf private Mittel zugreifen, um sie privaten Dritten zuzuwenden. Die Mittelabschöpfung und -vergabe zur Verfolgung von Gemeinwohlzwecken umgehe allein „technisch“ den finanzverfassungsrechtlich angelegten Weg über die haushaltsrechtliche Verbuchung.³¹ Soweit ersichtlich, wird hier nichts anderes vorge-

²⁵ Insoweit erscheint die Wahrung der staatlichen „Formenklarheit“ (*Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 928) wohl weniger durch die EEG-Umlage selbst als vielmehr durch eine begriffliche Konturenerosion gefährdet, zu denen Argumentationen beitragen, die auch einer Vergütungs-Umlage bereits Abgabeneigenschaften entnehmen wollen.

²⁶ *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 181.

²⁷ BVerfG, B. v. 13.09.2005 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196.

²⁸ BGBl. 2002 I, S. 4637.

²⁹ Danach wurde in § 130 Abs. 1 SGB V vorgesehen, dass die Krankenkassen von den Apotheken einen Abschlag vom maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis erhalten. § 130a I SGB V verpflichtet seither die pharmazeutischen Unternehmen, den Apotheken (oder zwischengeschalteten pharmazeutischen Großhändlern) den Abschlag zu erstatten. Das Gesetz bezweckt also eine Entlastung der Krankenkassen auf Kosten der pharmazeutischen Industrie.

³⁰ So explizit auch in Gleichstellung mit der seinerzeitigen EEG-Umlageregelung *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927 ff.; ähnlich auch in Bezug auf die Zwangsrabattierung *Wagner PharmR* 2003, 409.

³¹ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 929 f.: „Der vom Gesetzgeber gewählte Verzicht auf den technischen Zwischenschritt der Verbuchung in eigenständigen Fonds kann ihn nicht von den Maßstäben des Finanzverfassungsrechts entbinden“.

tragen als im Falle der EEG-Umlage nach neuer Wälzung.³² Eine hoheitlich organisierte Kaufkraftumschichtung im Privatsektor komme einer Abgabenerhebung mit anschließender Mittelverausgabung gleich, da die Etatisierung der mobilisierten Mittel nur technisch entfallend und die bewegten Finanzmittel gleichsam eine Abkürzung im staatlich veranlassten Kreislauf zwischen Belasteten und Begünstigten nähmen; die Entstehung eines Aufkommens wird mithin kurzerhand fingiert.

Das BVerfG ist dieser – im Beschluss im Übrigen ausführlich zitierten – Argumentation ausdrücklich nicht gefolgt und hält dem überzeugend entgegen, dass die von ihm entwickelten „Maßstäbe für die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben [...] nicht auf staatliche Preisreglementierungen wie Mindestvergütungen oder Zwangsrabatte anwendbar [sind]. Sinn und Zweck der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Sonderabgaben ist es, eine Umgehung der Finanzverfassung in den Fällen zu verhindern, in denen der Gesetzgeber unter Rückgriff auf seine Kompetenzen aus Art. 70 ff. GG den Bürger jenseits der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln mit nichtsteuerlichen Abgaben belegt. [...] Preisinterventionen des Staates wirken sich demgegenüber nur im Bereich privatautonom vereinbarter Leistungsbeziehungen aus; der Schutzzweck der Rechtsprechung zu den Sonderabgaben greift hier nicht ein. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber auf eine Abgabepflicht und entsprechende Finanzierungsinstrumente verzichtet, ist nicht die Finanzverfassung der entscheidende Prüfungsmaßstab. Es genügt vielmehr, wenn die entsprechenden Preisinterventionen den übrigen formellen und materiellen Voraussetzungen des Grundgesetzes entsprechen. Der Bürger ist insoweit hinreichend durch die Grundrechte aus Art. 14, aus Art. 12 und gegebenenfalls aus Art. 2 GG geschützt.“³³

Die angeblich rein „technische“ Umgehung öffentlicher Haushalte bei „quersubventionierenden“ Preisregelungen ist demgegenüber sogar als besonders raffinierte Methode der Abgabenerhebung beschrieben worden, bei der die Haushaltsflüchtigkeit gar „eine neue Dimension“ erreiche.³⁴ Da aber dem Budgetprinzipal auf diese Weise keine Verfügungsmacht über vorhandene öffentliche Mittel entzogen wird, liegt ersichtlich gar keine Haushaltsflucht vor. Als „Umgehung“ der Finanzverfassung wäre dies wohl ohnehin nur dann anzusprechen sein, wenn die zuvor zitierten Schutzfunktionen berührt werden. Dies ist aber nach Auffassung des BVerfG gerade nicht der Fall. Mitteln, die den Verfügungsbereich der öffentlichen Hand zu keinem Zeitpunkt erreicht haben und diesen auch nicht erreichen sollen, kann schon begrifflich nicht finanzverfassungsrechtliche Maßgaben umgehende „Haushaltsflucht“ vorgehalten werden. „Haushaltsflüchtige“ Erträge dürften wohl nur dann gegeben sein, wenn sie „steuerähnlich“ zwar im öffentlichen Sektor, nicht aber in dem nach Art. 110 GG parlamentarischer Kontrolle unterworfenen Haushaltskreislauf bewirtschaftet werden. Ersichtlich werden weder Haushaltsplan noch Haushaltsgesetzgebung in verfassungsrechtlich relevanter Weise „entwer-

³² *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 929 f., betonen sogar diese Analogie, und zwar bereits mit Blick auf die alte Rechtslage im EEG.

³³ BVerfG, B. v. 13.09.2005 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196, 257.

³⁴ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 929 f.

tet“³⁵, wenn zur Verfolgung öffentlicher Anliegen im Privatsektor Kaufkraft auf hoheitliche Veranlassung hin umgeschichtet wird.

Ein Weiteres kommt hinzu: Nach dem hier zitierten Verständnis einer haushaltsflüchtigen Umgehung wäre offensichtlich jedwede Preisregelung zugleich „quersubventionierend“, da es als Folge der staatlichen Eingriffe stets – gegenüber der freien marktlichen Preisbildung – einen Begünstigten und einen Belasteten gibt. Müsste der Staat diese rein privatwirtschaftliche Umverteilung als Quasi-Abgabe rechtfertigen, würde die Kategorie der Preisadministrierung als eigenständige Handlungsform staatlicher Gestaltungseingriffe mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsanstrengungen wohl vollständig entfallen müssen. Denn welcher Preis-Eingriff wäre je nicht mehr zwischen den betroffenen Privaten „quersubventionierend“ und zugleich durch öffentliche Belange motiviert?

Zu beachten ist auch, dass im Falle von Höchstpreisen und Zwangsrabatten im Übrigen ja nicht nur die staatliche Einnahmebeschaffung mit anschließender Verausgabung fingiert werden müsste, sondern sogar auch eine tatsächlich so nicht stattfindende Markttransaktion zwischen Käufer und Verkäufer: Denn um die bei Höchstpreisregeln tatsächlich stattfindende Transaktion (zu einem niedrigeren als z. B. dem Marktgleichgewichtspreis) in einen angeblich verschleierte Abgabenteil und den freien Marktanteil zerlegen zu können, muss ja unterstellt werden, die Transaktion finde zu einem höheren Preis statt, der Verkäufer entrichte aber eine ergänzende Abgabe, die dem Käufer anschließend als Transfer zugeeignet werde. Die tatsächlich durchgeführte Transaktion entspricht dann lediglich noch den Netto-Belastungseffekten beider Schein-Transaktionen. Das Ausmaß der hierbei zu bemühenden Fiktionen ist irritierend; die Konstruktion einer haushaltsflüchtigen „Als-ob-Abgabe“ gerät hier vollends zu einer Chimäre.

4. Fallstricke von Wirkungs-Analogien

Obwohl anerkannt scheint, dass eine Regelung nicht allein deshalb bestimmten abgaberechtlichen Prüfmaßstäben zu unterwerfen ist, weil diese in ihren *Wirkungen* auf Begünstigte und Belastete oder mit Blick auf den *Regelungszweck* den Auswirkungen einer Abgabe gleichkommt,³⁶ basieren die Argumente, die für eine Anwendung der Prüfmaßstäbe der Sonderabgaben-Rechtsprechung des BVerfG streiten, doch ausnahmslos auf genau derartigen Wirkungs-Analogien. Dabei hatte das BVerfG klargestellt, dass „die rechtliche Beurteilung staatlichen Handelns zunächst die Unterscheidung zwischen dem Mittel und dem Ziel des Handelns voraussetzt. So mögen das Ziel und auch die Belastungswirkung der beiden Handlungs-

³⁵ *Manssen*, DÖV 2012, 499, 503.

³⁶ So pflichtet etwa *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 182, der insoweit klaren Judikatur des BVerfG zunächst ausdrücklich bei, dass die Anforderungen für die jeweils vom Gesetzgeber gewählte Gestaltung zu prüfen seien und aus einer alternativen, wirkungsgleichen Regelungsmöglichkeit als Sonderabgabe nicht etwa bereits die abgaberechtlichen Prüfmaßstäbe folgten. Auch *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927, 929, betonen unter Berufung auf die Kammerentscheidung des BVerfG von 1996, dass „vergleichbare Wirkungsweise allein [...] nicht dazu verleiten [soll], die Maßstäbe des Abgabenrechts unbesehen auf nicht abgabenrechtliche Handlungsmittel zu übertragen.“

formen identisch sein, ohne dass aber allein deshalb die für das Abgaberecht geltenden Maßstäbe [...] unbesehen auf eine Preisregelung anzuwenden wären.³⁷

Dennoch entkommt die Argumentation der Kritiker nicht der Falle der nämlichen Wirkungs-Analogien: Denn es sei gerade die „abgabenähnliche Wirkung“ der EEG-Regelungen, welche „die Frage nach den einschlägigen Vorgaben des Finanzverfassungsrechts“ aufwürfen,³⁸ bzw. es entstehe auf diese Weise „der Effekt, der nach verfassungsrechtlichen Kriterien wie eine Abgabe in ein staatliches Sondervermögen zu beurteilen ist.“³⁹ Zwar mag dem jeweils eine gewisse Mühewaltung der Begründung zu entnehmen sein, so dass hier keine „unbesehene“ Übertragung erfolgt, gleichwohl bleibt die Substanz der Begründung in Wirkungs-Analogien befangen, die auf abgabenähnliche⁴⁰ oder gar -identische⁴¹ Be- und Entlastungswirkungen abstellen: „Die rechtliche Gestaltung ist als Erhebung einer Abgabe anzusehen“, da die „Rechtswirkungen [...] identisch“ seien.⁴² An anderer Stelle heißt es: „Es kann nur darauf ankommen, ob auch ohne einen staatlichen Fonds die Rechtswirkungen erreicht werden, die sich bei unmittelbarer staatlicher Verfügung über die Mittel ergeben würden.“⁴³ *Kube/Palm/Seiler* formulieren mit Blick auf die alte Rechtslage im EEG vorsichtiger: „Ohne – mangels hoheitlichen Mittelzuflusses – formal von einer Sonderabgabe sprechen zu können, lassen sich neben anderen wertungsmäßig vergleichbaren Gesichtspunkten die in materieller Hinsicht parallelen gleichheitsrechtlichen Maßstäbe der Sonderabgabe heranziehen.“⁴⁴ Dies darf man wohl so verstehen, dass zwar „formal“ anerkanntermaßen keine Sonderabgabe vorliegt, die Nicht-Abgaben-Regelung aufgrund der „wertungsmäßig vergleichbaren Gesichtspunkte“ freilich dennoch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung materiell als solche zu behandeln sei. Genau dies aber lehnt das BVerfG zu Recht ab.

Vielmehr verlangt das BVerfG im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung gerade die Anwendung der für die *gewählte Ausgestaltung* jeweils relevanten Maßstäbe und lässt Analogien, die darauf abstellen, eine Regelung habe im Wesentlichen die einer bestimmten Abgabenregelung gleichen Auswirkungen bei Belasteten oder Begünstigten („abgabenähnliche Wirkung“, „Effekt wie eine Abgabe“), nicht genügen. Insoweit war auch der Vortrag des Vorlagegerichts in der Kammerentscheidung von 1996 offensichtlich unzureichend, da eine Regelung, die ziel- und wirkungsseitig einer denkbaren alternativen Sonderabgabenregelung

³⁷ BVerfG, B. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, Rn. 16 (Juris).

³⁸ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927, 940.

³⁹ *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 184.

⁴⁰ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927, 931, halten mit Blick auf die alte Rechtslage noch einen gewissen Abstand zur Handlungsform einer Abgabe, indem sie dem EEG zumindest „formal“ keine Abgabenregelung entnehmen wollen, um diese sodann gleichsam materiell gleichwohl als gegeben anzusehen. Auch *Friauf*, ET 1995, 597, will lediglich materiell finanzverfassungsrechtliche Maßstäbe für erzwungene Finanzierungen außerhalb der Finanzverfassung anwenden.

⁴¹ So sieht *Manssen*, DÖV 2012, 499, 502, bei der „neuen Wälzung“ anstelle von bloßer „Wirkungsähnlichkeit“ nunmehr gar „Wirkungsidentität“ zur Abgabe. *Arndt*, RdE 1995, 41, hatte bereits für das StromEinspG eine Gleichstellung mit einer Abgabe gesehen (kritisch dazu *Scholz*, ET 1995, 600; *Friauf*, ET 1995, 597).

⁴² *Manssen*, DÖV 2012, 499, 502.

⁴³ Ebenda.

⁴⁴ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927, 931.

gleichkomme, deswegen noch nicht nach deren Maßstäben zu beurteilen ist. Stattdessen gelten die verfassungsrechtlichen Anforderungen für jene Ausgestaltung, die der Gesetzgeber jeweils vorgesehen habe. Vor diesem Hintergrund führen auch Beweisführungen nicht weiter, die der EEG-Umlage die Aufkommens- oder Lastverschiebungs-Effekte einer „Als-ob-Abgabe“ entnehmen wollen; vielmehr ist gerade darzulegen, dass es sich tatbestandlich um eine Abgabe handelt. Daran aber ermangelt es gerade wegen der fehlenden Vereinnahmung von Mitteln durch einen öffentlichen Haushalt.

III. Austritt aus der Kategorie einer Preisregelung?

1. Abgrenzung der Kategorien

Eine demgegenüber gewissermaßen indirekte Beweisführung versucht darüber hinaus darzulegen, dass die EEG-Umlage spätestens seit Einführung der „neuen Wälzung“ zum 1.1.2010 die Grenzen einer – den verfassungsrechtlichen Prüfmaßstäben nichtsteuerlicher Abgaben entzogenen – Preisregelung überschritten habe.⁴⁵ Zunächst sieht sich dieser Begründungsstrang naturgemäß dem Problem gegenüber, dass selbst aus der Negation der Eigenschaft einer Preisregelung im Umkehrschluss wohl noch nicht die Eigenschaft einer (Sonder-) Abgabe folgen würde – zumal die Sonderabgabe nach Auffassung des BVerfG gerade keinen „abgaberechtlichen Auffangtatbestand“ darstelle, sondern als eigenständige Kategorie „mit Warnfunktion“ anzusehen sei, der „bei Vorliegen der Voraussetzungen rechtfertigende Kraft zukommt“.⁴⁶ Immerhin könnte man so aber der EEG-Umlage einen naheliegenden Rechtfertigungsweg abschneiden. Daher stellt sich die weitergehende Frage, ob die Regelungen zur „neuen Wälzung“ ihrer Ausgestaltung nach (noch) als Preisregelung anzusehen sind.

Für eine derartige Preisregelung, z. B. die Festlegung eines Mindestpreises, werden im Schrifttum folgende Tatbestandsmerkmale als bestimmend angesehen:⁴⁷

1. Ansatzpunkt ist ein privatrechtlicher Vorgang der Güterwirtschaft, bei dem entgeltliche Gütertransaktionen stattfinden.
2. Diese Transaktionen werden durch einen hoheitlichen Preiseingriff überformt (z. B. Kontrakte nur zum Mindestpreis).
3. Das Volumen des dabei realisierten Kaufkrafttransfers bleibt offen und wird durch privatwirtschaftliche Dispositionen (Mengenentscheidung) mitbestimmt.
4. Die Refinanzierung (Überwälzung) bleibt ungeregelt und ist Sache der Privaten.

Bereits diese Sichtweise entspricht aber nicht dem tatsächlichen Bild einer Mindestpreisregelung: Eine dem Markt überlassene Überwälzung nach Punkt 4 wird es nämlich dann nicht geben, wenn das preisregulatorisch überformte Marktgeschehen nur aus einer einstufigen Wertschöpfungskette besteht, bei der sich direktvermarktender Produzent und Endverbraucher unmittelbar gegenüberstehen. Dann nämlich wirkt sich eine Mindestpreisregelung direkt und

⁴⁵ Hierzu insbesondere *Manssen*, DÖV 2012, 499; *ders.*, WiVerw 2012, 170.

⁴⁶ BVerfG, B. v. 09.01.1996 – 2 BvL 12/95, Rn. 14 (Juris).

⁴⁷ Vgl. *Manssen* DÖV 2012, 499, 502; *ders.*, WiVerw 2012, 170, 184.

abschließend auf beide Marktseiten ohne Freiheitsgrade aus. Hierbei könnte der Begünstigte nicht einmal auf die staatlich verfügte besondere Zuwendung verzichten, da Kontrakte unterhalb des Mindestpreises untersagt wären. Die unter Punkt 4 oben genannte Charakteristik kann es daher nur dann geben, wenn einerseits die Wertschöpfungskette mehrstufig und andererseits das legislative Anliegen gerade ausschließlich auf Teile dieser Wertschöpfungskette (etwa die Erzeugerstufe) gerichtet ist, so dass die anschließende marktliche Verarbeitung des staatlichen Preisimpulses privatwirtschaftlichen Dispositionen überlassen bleiben kann. Dies wäre aber ein Sonderfall; konstitutiv für eine Preisregelung ist diese Fallgestaltung aber mitnichten.

Die EEG-Umlage nach neuer Wälzung soll aber nun auch deshalb eine Abgabe sein, weil von staatlicher Seite ein „geschlossener Finanzkreislauf“ etabliert werde, bei dem der „Geldfluss auf der Einnahme- und auf der Ausgabeseite“ vollständig bestimmt werde.⁴⁸ „Anders als bei einer Abnahme- und Preisregelung erfolgt eine einheitliche, von der Bundesnetzagentur überwachte Refinanzierung der Kosten, die bei den Übertragungsnetzbetreibern für die Vermarktung von erneuerbaren Energien entstehen.“⁴⁹ Für den „verbrauchsteuerartigen“⁵⁰ Durchgriff auf die Stromverbraucher reiche es unter Verweis auf die Kohlepfennig-Entscheidung des BVerfG im Übrigen aus, wenn die Überwälzung auf den Letztverbraucher nach dem Regelungsgehalt des Gesetzes und flankierenden Vorkehrungen insgesamt sichergestellt sei.⁵¹

Soweit ersichtlich, wird nach dieser Argumentation die gegen eine Preisregelung sprechende Indizienlage bei der EEG-Umlageregelung wie folgt entfaltet:

- Es erfolge eine vollständige „Durchnormierung“⁵² der Lastverteilung entlang der Wertschöpfungskette ohne privatwirtschaftliche Freiheitsgrade⁵³;
- dadurch sei das finale Lastergebnis pro kWh beim Endverbraucher für jedes Wirtschaftssubjekt gleichartig und staatlich vorherbestimmt;
- durch unmittelbare gesetzliche Fixierung von Umlageschuldern (Netzbetreiber und EVUs) sowie mittelbare Regelung der Umlageträger (Verbraucher) erscheine der Zugriff auf die Letztverbraucher „verbrauchsteuerartig“; anders als bei bloßen Preisregelungen werde eine durchzureichende Last als Preisbestandteil abschließend normiert.

Zunächst ist festzuhalten, dass die verbindliche „Durchnormierung“ der neuen Wälzung auf der Ebene der Stromversorger endet. Wie nämlich die EVUs mit der selbst geleisteten Umlagezahlung gegenüber den Endverbrauchern verfahren, ist im EEG gerade nicht geregelt; die verbindliche Wälzung endet auf der Stufe der Versorger (§ 37 Abs. 2 EEG). Auch die Transparenznorm in § 53 Abs. 1 EEG ist lediglich eine Ermächtigung zur Offenlegung der geleiste-

⁴⁸ Manssen, WiVerw 2012, 170, 171.

⁴⁹ Manssen, DÖV 2012, 499, 502.

⁵⁰ Manssen, WiVerw 2012, 170, 171.

⁵¹ Manssen, WiVerw 2012, 170, 184.

⁵² Manssen, WiVerw 2012, 170, 171.

⁵³ Manssen, ET 2012, 49, 50, spricht insoweit vom Fehlen eines „relevanten privatautonomen Gestaltungsspielraums“.

ten Umlage gegenüber den Endkunden, nicht jedoch eine Verpflichtung zur betragsgenauen Einholung der Umlage im Verkaufspreis. Gleichwohl zielen die Regelungen der neuen Wälzung ersichtlich auf eine Überwälzung auf die Endverbraucher ab. Dies entspricht auch dem Verständnis des BVerfG in der Kohlepfennig-Entscheidung, wonach eine unmittelbare gesetzliche Regelung für die Herleitung der Abgabenträgerschaft nicht erforderlich ist, sondern aus dem Gesamtregelungszusammenhang erschlossen werden kann.⁵⁴ Doch folgt daraus bereits, dass es sich nicht um eine Preisregelung handeln kann?

Eine solche Argumentation verkennt nämlich, dass im Falle der Stromvermarktung lediglich die Wertschöpfungskette komplexer ist und insofern u. U. weiterreichender legislativer Normierungen bedarf, um den vom Gesetzgeber gewünschten Erfolg zu bewirken, ohne jedoch dadurch aus der Eigenschaft einer Preisregelung auszutreten. Auf einer lediglich einstufigen Wertschöpfungskette (mit einem direktvermarktenden Produzenten als Verkäufer und einem Käufer) bedeutet eine staatliche Preisadministrierung in Form eines Mindestpreises ebenfalls einen „geschlossenen Finanzkreislauf“ und eine „Durchnormierung“ bis zum „Endkunden“, denn es ist gesetzlich ohne jeden marktlichen Freiheitsgrad festgelegt, dass der Endkunde an den Produzenten einen Aufschlag jenseits des marktlichen Gleichgewichtspreises zu zahlen hat. Der Produzent könnte hier nicht einmal auf diesen Zuschlag verzichten, da Kontrakte zu günstigeren Konditionen untersagt sind. Diese Umstände machen aus einem Mindestpreis bei einstufiger Wertschöpfungskette aber ersichtlich kein Aliud gegenüber Preisregelungen auf der Grundlage von Art. 79 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“). In einer mehrstufigen Wertschöpfungskette, z. B. bei Einschaltung von Handelsinstitutionen zwischen Produzenten und Endverbrauchern, kann sich der eingreifende Staat – je nach Zwecksetzung – zwar darauf beschränken, eine Mindestabnahmevergütung zugunsten des Produzenten zu normieren und die Weiterwälzung dieses Impulses im Übrigen dem Marktgeschehen zu überlassen. Dies würde beispielsweise ausreichen, wenn es lediglich um Erlössicherung der Produzenten ginge. Soll jedoch auch das Marktergebnis selbst, z. B. aus Gründen der Qualitätssicherung oder des Gesundheitsschutzes, reguliert werden, empfehlen sich gerade weitergehende Preisregelungen, etwa die Preisbindung, wie sie bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§ 78 AMG), Tabakwaren (§§ 26, 28 TabStG) oder Verlagsprodukten (§ 5 BuchpreisbindungsG) vorgesehen ist. Es kommt daher auf den konkreten Zweck der Regelung an, auf welcher von ggf. mehreren Wertschöpfungsstufen die Preisregelung greift. Auch kann es erforderlich sein, Folgeeregungen zu treffen, welche die Marktfolgen einer Preisintervention (z. B. Überangebot bei Mindestpreisen) auffangen sollen (z. B. staatlicher Aufkauf des Überangebotes, etwa bei Agrarprodukten).

Die Stromvermarktung erweist sich wegen der Leitungsgebundenheit von Elektrizität in der Wertschöpfungskette als außerordentlich komplex, da zwischen die Erzeugung und den Endkunden zunächst die Einspeisenetzbetreiber, ggf. mehrere Übertragungsnetzbetreiber, Verteilnetzbetreiber und schließlich Stromversorgungsunternehmen in der Wertschöpfungskette aufeinanderfolgen. Diese Komplexität ist nicht zuletzt auch Folge der Liberalisierung im Stromsektor seit der Energierechtsnovelle 1998 und insbesondere der „Netz-Entbündelung“

⁵⁴ BVerfGE 91, 186, 203. Dementsprechend wurde auch die Abgabenträgerschaft der Stromverbraucher beim Kohlepfennig bejaht, wiewohl hier die EVUs gesetzliche Abgabeschuldner waren.

im Zuge der EnWG-Novelle 2011⁵⁵: Aus den früheren, über die gesamte Wertschöpfungskette (Erzeugung-Transport-Vertrieb) vertikal integrierten Gebietsversorgern aus der Zeit der geschlossenen Versorgungsgebiete wurden schrittweise zunächst der Vertrieb, schließlich auch der Netzbetrieb unter Wettbewerbsgesichtspunkten ausgegliedert: Mit der Liberalisierung fallen Erzeuger und Stromversorger systematisch auseinander; seit der Netzentflechtung sind nunmehr auch Produzenten und Netzbetreiber zwangsweise getrennt (§§ 6 ff. EnWG).⁵⁶ Man muss also sehen, dass die Wertschöpfungskette vor allem im Zuge der allgemeinen Liberalisierungs- und neueren Netzentflechtungspolitik komplexer geworden ist, da die vertikale Integration systematisch aufgelöst wurde. Diese gewollte Verlängerung der Wertschöpfungskette bleibt naturgemäß nicht ohne Auswirkung auf eine Preisregulierung, die den Produzenten erneuerbarer Energien aus umwelt- und energiepolitischen Gründen einen bestimmten, marktstrategischen Vorteil zuwenden möchte, ohne jedoch dadurch wettbewerbsverzerrende Belastungsfolgen auszulösen. Der Gesetzgeber hat vor diesem Hintergrund mit der (neu geordneten) EEG-Umlage in erster Linie zwei Effekte abzusichern bezweckt:

- Freistellung der netzbetreibenden Unternehmen (nicht jedoch der EVUs!) vom Refinanzierungsrisiko durch normierte Weiterwälzung in der Wertschöpfungskette,
- Lastenausgleich zwischen den EVUs (und damit indirekt den Stromverbrauchern) unabhängig von Ort und Art der Einspeisung, vom physikalischen Durchleitungsgang, den jeweiligen Vermarktungsbedingungen eingespeisten Stroms und vom Ort des Verbrauchs.

Im Ergebnis wird – vorbehaltlich der Verminderungs- (§ 39 EEG) und Ausnahmeregelungen (§§ 40 ff. EEG) – jede Kilowattstunde verbrauchten Stroms gleichmäßig mit einem Finanzierungsanteil für die globalen Differenzkosten einer Periode belegt, und zwar wegen der globalen Vorabermittlung nach §§ 3 und 4 AusglMechV für alle Marktbeteiligten vorhersehbar und transparent. Gäbe es noch ein System mit vertikal über alle Wertschöpfungsstufen (Erzeugung – Transport – Vertrieb) komplett integrierten Gebietsversorgern, so könnte sich der staatliche Eingriffs-Mechanismus neben den Mindestvergütungen auf den Lasten-Ausgleich zwischen den Gebietsmonopolisten beschränken; das mit der „neuen Wälzung“ beabsichtigte Lastenverteilungsergebnis würde sich dann mangels Wettbewerb auf der Ebene der Verbraucher ebenfalls einstellen können. Zur Sicherung des gleichen Ergebnisses unter den Bedingungen der Liberalisierung und der Netzentflechtung sind gesetzlich mehrfach gestufte Erstattungs- und Ausgleichsanspruchsregelungen jedoch hilfreich – und wie die Erfahrungen mit dem alten Wälzungsregime offenbart haben,⁵⁷ auch notwendig. Dass in einem solchen Setting ergänzend normiert wird, dass die Umlage auf der Rechnung explizit ausgewiesen werden kann

⁵⁵ Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 26.07.2011 (BGBl. I S. 1554).

⁵⁶ Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind vertikal integrierte Versorger und mit solchen Versorgern verbundene rechtlich selbstständige Netzbetreiber zur Gewährleistung von Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet und müssen dazu die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sicherstellen. Diese generelle Pflicht wird in den §§ 7 bis 10 konkretisiert durch Verpflichtungen zur rechtlichen (§ 7), operationellen (§ 8) und rechnerischen („buchhalterischen“) Entflechtung (§ 10) des Netzbetriebs und durch die Verpflichtung, im Rahmen des Netzbetriebs erlangte und für den Wettbewerb sensible Informationen vertraulicher Art nicht an andere Tätigkeitsbereiche des vertikal integrierten Versorgers weiterzugeben (§ 9).

⁵⁷ Siehe BReg, EEG-Erfahrungsbericht 2011 (Entwurf), S. 22 f., http://www.clearingstelle-eeeg.de/files/EEG_Erfahrungsbericht_2011_Entwurf.pdf. Siehe auch die Gesetzesbegründung zum EEG 2012, BT-Drs. 17/6071, S. 82 ff.

(so jetzt § 53 Abs. 1 EEG), hat sogar schützende Funktion, da es den EVUs bei unzureichendem Wettbewerb, der bis heute auf VertriebsEbene zu beklagen ist, auf diese Weise gerade verwehrt bleibt, die Umlage zur Rechtfertigung intransparenter, insbesondere überhöhter Preisforderungen zu Lasten der Verbraucher zu nutzen.

Der angeblich „durchnormierte“ Finanzierungskreislauf des EEG ist damit – mangels Regel-Erstattungspflicht der Letztverbraucher – formal sogar offener, als es bei einer schlichten Mindestpreisregelung mit einstufiger Wertschöpfungskette zwischen einem direktvermarktenden Produzenten und einem Käufer der Falle wäre, ohne dass hier die Besorgnis einer verschleierte, jedoch verbrauchssteuerähnlichen Belastung der Konsumenten laut würde. Die Regelungen der neuen Wälzung stellen angesichts der im Laufe der energiepolitischen Liberalisierungs- und Entflechtungsbemühungen schrittweise angestiegenen Komplexität der Wertschöpfungskette eines leitungsgebundenen Gutes eine der Zielstellung angemessene Preisregelung dar; diese ist in erster Linie bestrebt, neben dem Abnahme- und Vergütungsregime ein ergänzendes Lastverteilungsregime zu etablieren, das die jeweils zu tragende Last von geographischen oder marktlichen Zufälligkeiten im Interesse einer Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen freistellt und im Voraus transparent planbar macht.

Netzbetreiber und EVUs haben daher gerade ein vitales Interesse an dem durch die neue Wälzung bewirkten Ausgleich von Wettbewerbsverzerrungen sowie der Transparenzverbesserung und haben diese seit Längerem eingefordert.⁵⁸ An den früheren verzerrenden Wälzungsergebnissen ist im Übrigen auch gleichheitsrechtlich Anstoß genommen worden.⁵⁹ Die neue Wälzung schließt derartige Verzerrungen nunmehr wirksam aus. Die neue Wälzung erscheint daher weniger als eine ihre wahre Natur verschleiende „Durchnormierung“ abgabeähnlicher Finanzströme, als vielmehr als eine der besonderen Komplexität der vorfindlichen Wertschöpfungskette angemessene Preisregelung mit Last-Annexregeln zwecks Schaffung von Planungssicherheit und Transparenz sowie Sicherung der Wettbewerbsneutralität.

Zwar könnten anstelle der „neuen Wälzung“ nach EEG sowohl bei Belasteten wie bei Begünstigten wirkungsgleiche Finanzströme sowie der gesamte Gesetzeszweck analog auch über einen abgabegespeisten „Öko-Sonderfonds“ oder über einen Zuschlag zur Stromsteuer mit anschließender Subventionierung bestimmter Erzeuger abgewickelt werden. Der Gesetzgeber hat derartige Ausgestaltungen freilich nicht gewählt, sondern die ohnehin bestehenden privatrechtlichen Bezugsbedingungen für Elektrizität aus bestimmten Quellen zwischen Verbrauchern, Erzeugern und Netz-Intermediären regulativ überformt, indem er Kontrahierungszwänge formuliert und Mindestpreisvergütungen festgelegt hat, deren Überwälzung in der Wertschöpfungskette nach neuem Recht ebenfalls umfassend bis auf die Stufe der EVUs hinunter geregelt wird, um damit zufällige Wettbewerbsverzerrungen sicher auszuschließen und die anstehenden Belastungen planbar und transparent zu machen. Damit tritt aber die EEG-Umlage auch nach neuer Wälzung mitnichten aus der Kategorie einer Preisregelung aus. We-

⁵⁸ Siehe „BDEW begrüßt neue Verordnung“, www.elektrofachkraft.de/fachwissen/fachnews/bdew-erneuerbare-energie. Die neue Wälzung geht sogar maßgeblich auf Verbandsinterventionen zurück; der BDEW hatte sie schon im Vorfeld der Novelle 2008 gefordert.

⁵⁹ So *Ossenbühl*, ET 1996, 94, mit Blick auf das StromEinspG.

der ist die hier Eingriffsintensität höher („durchnormiert“) noch sind die für Preisadministrierungen angeblich typischen privatwirtschaftlichen Freiheitsgrade abgabeähnlich beschnitten.

2. Änderung der Sachlage durch „Umlage“ statt Abnahme- und Preisgarantie?

Dieser Befund wird durch die „Weiterentwicklung des Ausgleichsmechanismus“, wie der Gesetzgeber selbst die Umlage-Wälzung neuen Rechts bezeichnet, nicht berührt. Richtig ist, dass die „neue Wälzung“ die älteren Regelungen des EEG zur Abnahme-, Vergütungs- und Ausgleichspflicht als anteiligen Kostenersatz neu geordnet und die Wälzung faktisch bis zur Belastung des Verbrauchers normiert und öffentlicher Aufsicht unterstellt hat. Damit wird das Regelungsnetz im Bereich der Weitergabe der Last in der Tat verdichtet und das Wälzungsergebnis bundesweit vereinheitlicht. Wie dargelegt, folgt dies aber zwingend aus der Notwendigkeit, in einer komplexer werdenden Wertschöpfungskette Planbarkeit, Transparenz und Wettbewerbsneutralität der Preisregelung zu gewährleisten.

Dass die EEG-Vergütungen zum durchlaufenden Posten für Netzbetreiber und faktisch auch für die Stromversorger werden, entspricht gerade dem Regulierungszweck. Auch zu einer Preisregulierung gehört notwendig stets auch eine staatliche Belastungsaussage, nämlich zu bestimmen, wer die anstehende Kaufkraftumschichtung zu übernehmen hat. Ob die anfallende Belastung anschließend noch einer marktlichen Verarbeitung im Überwälzungswege offen steht, entscheidet aber nicht über die kategoriale Zuordnung zum Typus einer Preisregelung, sondern ist vom jeweiligen Regelungszweck und von der Gestalt der jeweils vorfindlichen Wertschöpfungskette abhängig. Die Vorstellung, Preisregelungen verkörpernten typischerweise nur punktuelle staatliche Eingriffe mit anschließend marktförmiger Verarbeitung dieses regulativen Impulses, verkennt die Bedeutung der Wertschöpfungskette für diese Zusammenhänge und das gesetzgeberische Ermessen beim Regulierungszweck.

Formal ist bei der EEG-Umlage auch nach neuer Wälzung die Regelungsintensität immer noch geringer als im Falle einer schlichten Mindestpreisnorm bei einer einstufigen Wertschöpfungskette. Die gesetzlichen Regelungen der §§ 16 ff. EEG sehen im Übrigen auch weiterhin nur eine staatliche Preismaßgabe vor; die tatsächlichen Erlöse (als Produkt aus Preis und Menge) bestimmen sich erst als Folge zusätzlicher privatwirtschaftliche Mengenentscheidungen der Erzeuger erneuerbaren Stroms. Schließlich folgt die Umlagelast in ihrem Volumen dem jeweiligen Einspeiseverhalten der Erzeuger und den vorgefundenen Marktbedingungen der Verwertung des Öko-Stroms an der Strombörse. Privatwirtschaftliche Dispositionen (Erzeugungs- und Einspeiseverhalten, Angebot und Nachfrage am Spotmarkt) bestimmen daher unverändert in erheblichem Ausmaß das Volumen der Umlage. Sollte der Vermarktungswert von Öko-Strom oberhalb der Mindestvergütung liegen, so entfällt automatisch die Umlage, weil der Gesetzeszweck bereits durch die marktlichen Bedingungen erfüllt wäre und keine Differenzkosten mehr anfielen. Dies entspricht gerade dem Wirkmechanismus einer Mindestpreisregelung,⁶⁰ die ebenfalls der faktischen Obsoleszenz anheimfällt, soweit schon der Marktpreis die politisch gewünschte Entgelthöhe erreicht.

⁶⁰ Siehe dazu *Gawel*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 2009, 86 ff.

IV. Zu den Anforderungen einer gerechtfertigten Finanzierungs-Sonderabgabe

Mangels Abgabeneigenschaft der EEG-Umlage könnte hier im Übrigen dahinstehen, ob die „neue Wälzung“ darüber hinaus auch der besonderen Kategorie der (Finanzierungs-) Sonderabgabe unterfiele und als solche nach den vom BVerfG entwickelten Zulässigkeitskriterien überdies noch als verfassungswidrig gelten müsste, wie in Teilen des Schrifttums ausgeführt wird.⁶¹ Es erscheint aber aufschlussreich, auf diese weiteren und – unter Verweis auf die Kohlepfeffennig-Entscheidung des BVerfG – eher flüchtig abgehandelten Begründungsstufen der Argumentation einen abschließenden Blick zu werfen.

Zunächst muss unter Ausschluss „sonstiger“ Abgaben ohne finanzverfassungsrechtliche Besorgnis (z. B. Ausgleichsabgaben eigener Art⁶²) dargelegt werden, dass es sich tatbestandlich auch um eine Sonderabgabe handelt, die auf der Grundlage eines Sachkompetenztitels prinzipiell steuerkonkurrierend einer abgrenzbaren Personengruppe ausnahmsweise die Finanzierung eines konkreten, ihrer besonderen Verantwortung unterstehenden Zwecks abverlangt. Unter der hilfswisen Prämisse der Abgabeneigenschaft dürfte dies vorliegend kaum zu bestreiten sein. Auch die Einstufung als Finanzierungs-Sonderabgabe läge mit Blick auf den in § 1 EEG formulierten Gesetzeszweck auf der Hand. Gleichwohl darf der lenkende Gehalt der EEG-Umlage nicht übersehen werden: Als Strompreiskomponente wirkt die Umlage naturgemäß auch verhaltenslenkend und hält grundsätzlich zu einer permanenten Überprüfung des eigenen Strombedarfs an (die Ausnahmeregelungen einmal beiseitegelassen⁶³). In der Debatte wird die Umlage aber ganz überwiegend nur als Finanzierungshebel und in ihrer distributiven Eigenschaft als „Last“ erörtert. Selbst der Gesetzgeber verweist in § 1 EEG nur auf die Lenkungsziele bei der Mittelverwendung, nicht aber auf die Verhaltenssteuerung bei der Erhebung selbst. Dabei ist die EEG-Umlage auch allokativ von Bedeutung und bewirkt gerade als Aufschlag auf den Strompreis eine (freilich politisch überformte) Korrektur ansonsten verzerrter Strompreise, die nunmehr auch die Kosten einer umweltverträglicheren Stromversorgung widerspiegeln.⁶⁴ Zudem werden dadurch auch die ambitionierten Stromsparziele im Energiekonzept der Bundesregierung (25 % bis 2050)⁶⁵ instrumentell entscheidend unteretzt.⁶⁶ Denn das Energiekonzept will nicht nur den Trägermix umstrukturieren, sondern auch den Verbrauch deutlich senken, um den Umstieg auf Erneuerbare zu erleichtern. Hierzu trägt gerade die Umlage entscheidend bei.

⁶¹ So mit Blick auf die ältere Rechtslage bereits *Arndt*, RdE 1995, 41; *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927; in neuerer Zeit vor allem *Manssen*, DÖV 2012, 499; *ders.*, WiVerw 2012, 170; *ders.*, ET 2012, 49.

⁶² BVerfGE 92, 91, 115 ff., NJW 1995, 1733, 1735 f; BVerfGE 93, 319, 344, NVwZ 1996, 469, 471.

⁶³ Zu deren Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz jüngst *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 178, m. w. Nachw.

⁶⁴ Eine vollständige Internalisierung der dadurch vermiedenen Schäden einer konventionellen Stromerzeugung würde wohl zu weitaus höheren Preisen führen: Selbst auf Klima- und Lufteffekte beschränkte Studien gehen je nach Annahmen von netto 5-20 Ct/kWh durch Erneuerbare eingesparte soziale Kosten aus (*Hohmeyer*, Vergleich externer Kosten der Stromerzeugung in Bezug auf das Erneuerbare-Energien-Gesetz, UBA-Texte 6/2002, S. 11 ff.). Allein eine fiktive „Konventionelle-Energien-Umlage“ aller hierfür aufgewendeten Finanzhilfen und Vergünstigungen auf den Strompreis wird auf 10,2 Ct/kWh beziffert (*Küchler/Meyer*, Was Strom wirklich kostet, 2012.)

⁶⁵ BMWi/BMU, Energiekonzept v. 28.09.2010, S. 5, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/energiekonzept-2010,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁶⁶ Dazu *Gawel/Korte/Lehmann/Strunz*, ET 2012, Heft 11, 39, 43; *dies.*, Gaia 2012, 278, 282.

Da aber nach der BVerfG-Judikatur bereits eine nebens Zweckliche Finanzierungsfunktion zur Anwendung der Prüfkriterien ausreiche⁶⁷ und eine – durch nachlassende Steuerkonkurrenz mögliche – Lockerung der anzulegenden Prüfkriterien nur für den Fall in Betracht komme, dass die Finanzierung nicht „Anlass“ der Einführung der Abgabe war, sondern die Abgabe in erster Linie die Funktion der Lenkung (Antriebsfunktion) oder des Ausgleichs einer nicht erfüllten Verpflichtung (Ausgleichsfunktion) habe⁶⁸, müssten nach den Maßstäben des BVerfG trotz lenkenden Gehalts sicherlich die Anforderungen an eine Finanzierungs-Sonderabgabe erfüllt werden.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG⁶⁹ sind neben der Verfolgung eines Sachzwecks, der über bloße Mittelbeschaffung hinausgeht, insbesondere die Belastung einer vorgefundenen, homogenen Gruppe, die durch eine gemeinsame Interessenlage oder andere Gegebenheiten von der Allgemeinheit abgrenzbar ist (Gruppenhomogenität) sowie eine besondere, dem Recht vorausliegende Verantwortung für die durch die Abgabe zu finanzierende Aufgabe besitzen (Gruppenverantwortung) einzufordern; schließlich ist eine Verwendung des Abgabeaufkommens vorzusehen, welche die Gruppe der Abgabepflichtigen „begünstigt“ (gruppennützige Verwendung).

Diese Anforderungen waren nach Ansicht des BVerfG jedenfalls im Kohlepfennig-Fall nicht erfüllt. Dazu wurde eher lapidar auf das im Falle der Stromverbraucher monierte Fehlen einer vorgefundenen homogenen Gruppe sowie die Abwesenheit einer besonderen Finanzierungsverantwortung für den Abgabenzweck der Kohleverstromung verwiesen: Weder werde durch Strombezug eine hinreichend abgrenzbare, homogene Gruppe geformt noch sei eine besondere Finanzierungsverantwortung der Stromverbraucher „für eine bestimmte struktur-, arbeitsmarkt- und energiepolitische Sicherung“⁷⁰ erkennbar. Die Versorgungssicherheit sei eine aus Steuern zu finanzierende Gemeinlast; eine Sonderabgabenfinanzierung mithin verfassungswidrig. Mit identischer Begründung und zum Teil gleicher Wortwahl wird das nämliche Ergebnis auch für eine als Sonderabgabe deklarierte EEG-Umlage hergeleitet.⁷¹

Betrachtet man die Anforderungen der Gruppenhomogenität, der Gruppenverantwortung und der gruppennützigen Aufkommensverwendung im Falle einer als Abgabe umgedeuteten

⁶⁷ BVerfGE 67, 256, 278, NJW 1985, 37, 38.

⁶⁸ „Nicht uneingeschränkte“ Geltung der Anforderungen – vgl. BVerfGE 57, 139, 167 f., NJW 1981, 2107, 2110; BVerfGE 67, 256, 277 f., NJW 1985, 37, 38. Zur neueren Rechtsprechung von Sonderabgaben „im engeren“ und „im weiteren Sinne“ je nach Intensität der Konkurrenz zur Steuer BVerfGE 108, 186, 219, NVwZ 2003, 1241, 1243; BVerfGE 122, 316, 334, DVBl. 2009, 375; BVerfGE 123, 132, 141, NVwZ 2009, 1030; dazu im Überblick *Jochum*, StuW 2006, 134, sowie zu den neueren Absatzfonds-Entscheidungen von 2009 (Holzabsatzfonds, CMA-Pflichtabgabe) *Germelmann*, GewArch 2009, 476.

⁶⁹ BVerfGE 55, 274, 304 ff., NJW 1981, 329, 332 ff.; BVerfGE 67, 256, 275, NJW 1985, 37; BVerfGE 82, 159, 180 f., NVwZ 1991, 53, 54; BVerfGE 101, 141, 147 f., NVwZ 2000, 307, 308; BVerfGE 108, 186, 217 f., NVwZ 2003, 1241, 1243; BVerfGE 110, 370, 389, NVwZ 2004, 1477, 1480; BVerfGE 113, 128, 149 f., NVwZ 2005, 1171, 1173; BVerfGE 122, 316, 334 f., DVBl. 2009, 375; BVerfGE 123, 132, 142, NVwZ 2009, 1030. In neuerer Zeit werden zudem ergänzende budgetäre Transparenzerfordernisse (BVerfGE 108, 186, 218, NVwZ 2003, 1241, 1243; BVerfGE 110, 370, 389, NVwZ 2004, 1477, 1480) sowie fortlaufende legislative Überprüfungsnotwendigkeiten betont (BVerfGE 55, 274, 308, NJW 1981, 329, 332; BVerfGE 82, 159, 181, NVwZ 1991, 53, 54).

⁷⁰ BVerfG, B. v. 11.10.1994 - 2 BvR 633/86, Rn. 90 (Juris).

⁷¹ *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 186.

EEG-Umlage näher, so lässt sich der BVerfG-Judikatur zunächst entnehmen, dass alle drei Kriterien in einem engen inneren Zusammenhang zueinander stehen: „Sind Sachnähe zum Zweck der Abgabe und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, so wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.“⁷² Auch im Kohlepfennig-Beschluss verwebt das BVerfG umstandslos die Motive der Sachnähe, der Verantwortung und der gerade dadurch gebildeten Gruppenkohärenz: „Die mit einer Sonderabgabe eingeforderte Finanzverantwortung findet keine homogene Gruppe vor, deren gemeinsame Interessenlage eine besondere Sachnähe zur Kohleverstromung begründete.“ Letztlich wird wohl auf einen stimmigen Verantwortungszusammenhang abzustellen sein, der *gerade dadurch* die Gruppenkohärenz unterstreicht und auch *insoweit* eine Gruppennützigkeit der Mittelverwendung zu begründen vermag. Das BVerfG spricht hier treffend von der „Erfüllung dieser Merkmalsgruppe in ihrem Zusammenspiel“.⁷³ Warum sollte ein entsprechender Verantwortungszusammenhang nun im Falle einer Förderung erneuerbarer Energien aus besonderen Mitteln der Stromverbraucher nicht gegeben sein?

- *Gruppenhomogenität und Finanzierungsverantwortung*: Das BVerfG spricht von den Abgabenträgern der Kohle-Ausgleichsabgabe als einer „Allgemeinheit von Betroffenen“, denen „nur“ der Stromverbrauch gemeinsam sei. „Die bloße Nachfrage nach dem gleichen Wirtschaftsgut aber formt die Verbraucher nicht zu einer Gruppe, die eine Finanzierungsverantwortlichkeit für eine bestimmte Aufgabe träge.“⁷⁴ Fast wortgleich wird nun mit Blick auf die EEG-Umlage behauptet, dass die Stromverbraucher eine „Allgemeinheit von Betroffenen“ darstellten, „die als solche keine besondere Finanzierungsverantwortung für die Förderung erneuerbarer Energien trifft“.⁷⁵ Die erscheint doch zumindest überraschend. Zunächst soll mit dem Begriff der „Allgemeinheit“ offenbar eine konturlose Breite des Trägerkreises angedeutet werden. Das BVerfG führt dazu explizit aus: „Der Kreis der Stromverbraucher ist somit nahezu konturenlos und geht in der Allgemeinheit der Steuerzahler auf.“ Der Kreis der Stromverbraucher erscheint freilich durchaus hinreichend klar abgegrenzt und keineswegs „konturenlos“, wenn auch unter den zeitgenössischen Versorgungsbedingungen denkbar weit gefasst. Denn mit Blick auf die finanzverfassungsrechtlichen Rechtfertigungsüberlegungen kommt es wohl ersichtlich weder auf die zahlenmäßige Größe der Gruppe an noch auf Ähnlichkeiten mit anderen Gruppen, z. B. jenen der Verbrauchsteuerzahler, sondern entscheidend auf den Verantwortungszusammenhang: Gelingt eine in Bezug auf den Finanzierungszweck sachgerechte Abgrenzung eines Verpflichtetenkreises und ist dieser Kreis gerade *insoweit* als „homogen“ zu betrachten? Hebt sich folglich dieser Kreis nachvollziehbar aus einer demgegenüber unbestimmten Allgemeinheit heraus? Eine partikulare Finanzierungsverantwortung formt mithin erst eine solche der Sonderabgabenbelastung zugängliche Verpflichtetengruppe. Hier offenbart sich erneut das inhaltliche Verwobensein der Anforderungen. Dies dürfte vorliegend zu beja-

⁷² BVerfGE 122, 316, 335, DVBl. 2009, 375; auch BVerfGE 123, 132, 142, NVwZ 2009, 1030.

⁷³ BVerfGE 123, 132, 142, NVwZ 2009, 1030.

⁷⁴ BVerfG, B. v. 11.10.1994 - 2 BvR 633/86, Rn. 90 (Juris).

⁷⁵ Manssen, WiVerw 2012, 170, 186.

hen sein, soweit der Belastungsgrund gerade der umweltrelevante Stromverbrauch ist.

- *Finanzierungsverantwortung*: Mit Blick auf den Gesetzeszweck des EEG, weniger umweltbelastende erneuerbare Energien zu fördern, fällt es nicht schwer anzuerkennen, dass die erstrebte Umweltverträglichkeit der Stromversorgung auch eine besondere Verantwortung derjenigen begründet, die als Stromverbraucher mit ihrer Nachfrage eben diese umweltbezogenen gesellschaftlichen Auswirkungen – und zwar im eigenen Nutzungsinteresse – gerade erst verursachen. Die „besondere Finanzierungsverantwortung“ würde sich vorliegend gerade daraus ergeben, dass der öffentliche Belang der Umweltverträglichkeit (Klimaschutz, Strahlenrisiken, Luftverunreinigung usw.) gerade durch spezifisches Konsumverhalten der Stromverbraucher (Bezug von Strom in einem bestimmten Umfang und aus konventionellen Quellen) beeinträchtigt wird. Dass dem Strombedarf in der modernen Gesellschaft ähnlich grundlegende Versorgungsbedeutung zukommt wie „das tägliche Brot“, wie das BVerfG anmerkt,⁷⁶ steht dem nicht entgegen: Denn es ist nicht der allgemeine Bedarf an Elektrizität, zu dessen Sicherung das EEG bestimmt wäre, sondern es sind die ökonomisch gestaltbare Eigenschaften des Nachfrageumfangs und der Angebots-Zusammensetzung nach Erzeugungstechnologien, die die Umweltrelevanz einer Stromversorgung bedingen und zu deren Umgestaltung unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten das Gesetz bemüht ist. Anders als im Kohlepfennig-Fall geht es beim EEG gerade nicht um die Sicherung der allgemeinen Versorgungslage, sondern die Zusammensetzung des Angebotes und das damit verbundene Ausmaß der Umweltbeeinträchtigungen. Vor diesem Hintergrund in fast wörtlicher Anlehnung an die Kohlepfennig-Entscheidung des BVerfG⁷⁷ kurzerhand zu postulieren, „die Sicherung einer umweltfreundlichen Stromerzeugung ist eine Gemeinwohlaufgabe des Parlamentes, das Finanzierungsinstrument hierfür die Steuer“⁷⁸ überrascht: Seit wann kann der Umweltschutz unbesehen als eine nach dem Gemeinlastprinzip zu finanzierende Aufgabe angesehen werden? Das Verursacherprinzip als grundlegendes Prinzip des Umweltrechts⁷⁹ besitzt nach allgemeinem Dafürhalten im Umweltschutz Priorität gegenüber dem Gemeinlastgedanken⁸⁰ und kommt auch abgabenrechtlich durch Verursacherabgaben wie etwa die Abwasserabgabe zum Ausdruck.⁸¹ Danach sind Kosten zur Vermeidung, zur Beseitigung und zum Ausgleich von Umweltbeeinträchtigungen demjenigen zuzurechnen, der sie verursacht hat.⁸² Anders als

⁷⁶ BVerfG, B. v. 11.10.1994 - 2 BvR 633/86, Rn. 93 (Juris).

⁷⁷ „Die Befriedigung eines solchen Interesses [an der Stromversorgung, d. Verf.] ist eine Gemeinwohlaufgabe des Parlaments, das Finanzierungsinstrument die Gemeinlast der Steuern.“ BVerfG, B. v. 11.10.1994, - 2 BvR 633/86, Rn. 93 (Juris).

⁷⁸ *Manssen*, WiVerw 2012, 170, 186.

⁷⁹ Kodifiziert in Art. 34 des Einigungsvertrages v. 31.08.1990 (BGBl. II S. 889) sowie unionsrechtlich in Art. 191 Abs. 2 AEUV. Daneben wird das Verursacherprinzip vereinzelt auch Art. 20a GG entnommen – siehe *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 20a, Rn. 35, m. w. Nachw.

⁸⁰ So vehement *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 20a, Rn. 35.

⁸¹ Abwasserabgabengesetz v. 13.09.1976 (BGBl. I S. 2721, 3007) i. d. F. der Bekanntmachung v. 18.01.2005 (BGBl. I S. 114), zuletzt geändert durch Art. 1 des G. v. 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163). Zu umweltlenkenden Sonderabgaben als Verursacherabgaben u. a. *Köck*, Die Sonderabgabe als Instrument des Umweltschutzes, 1991; *Sacksofsky*, Umweltschutz durch nichtsteuerliche Abgaben, 2000.

⁸² Siehe *Murswiek*, NVwZ 1996, 222, 225 f.; *Frenz*, Das Verursacherprinzip im öffentlichen Recht, 1997.

etwa bei der Abwasserabgabe geht es vorliegend zwar nicht um den Ausgleich von bereits eingetretenen Umweltbelastungskosten, sondern um das präventive Vermeiden von Umweltkosten, indem die Zusammensetzung der Stromerzeugung von vorneherein umweltfreundlicher ausgestaltet wird. Die Finanzierungsverantwortung für entsprechendes präventives staatliches Handeln kommt aber nach dem Verursacherprinzip klarerweise den Stromverbrauchern zu.⁸³ Eine Gemeinlastfinanzierung hätte demgegenüber im Übrigen schwerwiegende Nachteile, die gerade für eine Priorisierung des Verursachergedankens streiten: Nicht nur erscheint der Stromverbrauch als Belastungsgrund evident sachnäher und gerechter als die individuelle Leistungsfähigkeit zur Steuertragung; vielmehr ist es wirtschaftlich von großer Bedeutung, dass die Nutzer eines Gutes dessen gesamtwirtschaftliche Kosten im Preis übermittelt bekommen, um „richtige“ Entscheidungen über knappe gesellschaftliche Ressourcen zu treffen. Eine Gemeinlastfinanzierung der Umweltfolgen der Stromversorgung – sei es reaktiv oder präventiv – gaukelte einen zu niedrigen Strompreis vor, indem wichtige Kosten, die der Stromverbraucher durch seinen Konsum der Gesellschaft zumutet, nicht im Preis widerspiegelt werden. Wer sich daher um die Effizienz der Stromversorgungsbedingungen besorgt zeigt,⁸⁴ müsste gerade diese Finanzierungsverantwortung anerkennen und das Gemeinlastprinzip hinter eine verursachergerechte Finanzierung zurücktreten lassen. Zumindest dürfte dem Gesetzgeber auch ein entsprechender abgaberechtlicher Spielraum zustehen.

- *Gruppennützige Verwendung*: Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass der Gruppennützigkeit in gewisser Weise akzessorische Bedeutung zukommt, da die Kriterien in „ihrem Zusammenspiel“ erfüllt werden müssen und sich die Gruppennützigkeit gerade aus der Erfüllung eines sachnahen Zwecks im Verantwortungsbereich der Verpflichteten ergeben kann. Der oben skizzierte Verantwortungszusammenhang der Stromverbraucher für die Umwelteffekte ihres Strombezuges besteht im Übrigen aus der Sache heraus und wird dem Verpflichteten-Kreis nicht erst durch das EEG zugewiesen. An diese Unterscheidung knüpft das BVerfG in jüngerer Zeit verstärkt eine abgestufte Strenge der Erfordernisse der Gruppennützigkeit.⁸⁵ Zwar kann die EEG-Umlage weder „eine direkte Zuwendung an die Gruppenmitglieder“ noch ein durch „staatliche Fördermaßnahmen um“ „plausibel begründetes Erfordernis“ vorweisen, „erheblichen Beeinträchtigungen entgegenzuwirken oder spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht, oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden könnten.“⁸⁶ Dies entspräche aber ohnehin nicht der Sachgesetzlichkeit der vorliegend gegebenen Finanzierungsverantwortung. Das BVerfG hat jedenfalls in anderen Fällen – etwa bei den früheren Familienausgleichskassen⁸⁷ – auch eine

⁸³ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 105, Rn. 17, spricht im Zusammenhang mit Verursacherabgaben wie der Abwasserabgabe sogar von „Gegenleistungen für die besonderen staatlichen Leistungen, die erforderlich sind, um die Beeinträchtigungen zu beseitigen oder in Grenzen zu halten.“ (Hervorh. d. Verf.).

⁸⁴ So auch *Manssen*, ET 2012, Heft 11, 49, 50.

⁸⁵ BVerfGE 122, 316; BVerfGE ; dazu auch *Germelmann*, GewArch 2009, 476.

⁸⁶ So in der neueren Rechtsprechung als Möglichkeiten zur Begründung eines Gruppennutzens entfaltet durch BVerfG, B. v. 12.05.2009 – 2 BvR 743/01 (Holzabsatzfonds), Rn. 60 (Juris); siehe auch BVerfGE 122, 316, 337 f.

⁸⁷ BVerfGE 11, 105 ff.

„Gruppenpflicht“ genügen lassen, soweit nur zwischen Belasteten und Begünstigten eine besondere Verantwortungsbeziehung bestehe.⁸⁸ Auch im Schrifttum wird im Wesentlichen schlicht ein besonderer Verantwortungsbezug für ausreichend gehalten.⁸⁹ Damit hat die Gruppennützigkeit insgesamt recht unterschiedliche, sorgsam abgestufte und jeweils in engem Zusammenhang zur Verantwortungsbeziehung stehende Ausprägung erfahren. Ohne dies hier im Einzelnen ausleuchten zu können, erscheint doch offensichtlich, dass ohne nähere Untersuchung eine schlichte Analogie zur Kohleverstromung nicht hergestellt werden kann und auch die Kohlepennig-Judikatur zur Gruppenhomogenität bzw. zur Verantwortung von Stromverbrauchern je nach Regelungszweck durchaus noch Fragen offen lässt.⁹⁰

Zwar muten die hier angestellten Überlegungen zur hilfsweisen Rechtfertigung der EEG-Umlage insoweit akademisch an, als ihr – wie oben unter II. beschrieben – gerade das zentrale Tatbestandsmerkmal der Abgabe fehlt. Dennoch wird deutlich, dass eine sorgfältige dogmatische Auseinandersetzung um die Rechtfertigungsmöglichkeiten einer EEG-Umlage bisher noch aussteht. Ohne die Problematik hier erschöpfend ausleuchten zu können, erscheint doch insbesondere die besondere Qualität des Verursacherzusammenhangs für die Vermeidung von Umweltbeeinträchtigungen nicht gewürdigt und der Unterschied im Verantwortungskontext zwischen Stromverbrauch und allgemeiner Versorgungssicherheit einerseits bzw. Stromnachfrage und Umweltverträglichkeit der Stromerzeugung andererseits in der bisherigen Diskussion unzureichend gewürdigt.

V. Fazit

Die im Schrifttum unternommenen Bemühungen, der EEG-Umlage-Wälzung einer dem Kohlepennig-Ausgleichsfonds wirkungsanaloge Sonderabgabenregelung zu entnehmen und darauf gestützt die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit in Zweifel zu ziehen, überzeugen nicht. Weder kommt der EEG-Umlage die Eigenschaft einer Abgabe zu noch tritt diese aus der Kategorie einer Preisregelung tatbestandlich aus. Auch die seit 2010 zunächst auf Verordnungsbasis praktizierte und seit 2012 auch gesetzlich normierte sog. „neue Wälzung“ ändert daran nichts. Diese mutet weniger als eine ihre wahre Natur verschleiernde „Durchnormierung“ abgabeähnlicher Finanzströme an, sondern vielmehr als eine der besonderen Komplexität der vorfindlichen Wertschöpfungskette angemessene Preisregelung mit Last-Annexregeln, welche den Zweck verfolgen, Planungssicherheit und Transparenz zu schaffen sowie eine auch gleichheitsrechtlich relevante Wettbewerbsneutralität im Stromsektor zu wahren.

⁸⁸ Siehe dazu kritisch *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 105, Rn. 22.

⁸⁹ *Mußnug*, Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 288; *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 18 f., 29 f.; *Friauf*, Festschrift für Jahrreiß, 1974, S. 51 f.; *Selmer*, DSStZ A 75, 397 f.; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Komm. z. GG, Art. 105, Rn. 8, wenn nicht gar besondere Begrenzungen für Abgaben eigener Art über die Kompetenznormen hinaus abgelehnt werden – siehe aus dem älterem Schrifttum *Meessen*, BB 1971, 928 ff.; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 183 ff.

⁹⁰ Siehe dazu auch die Entscheidungsbesprechungen bei *Lauffer*, RdE 1995, 115; *Teske*, EWiR 1995, 1123; *Kluth*, JA 1995, 836; *Selmer*, JuS 1995, 1128; *Felix*, NJW 1995, 368; *Lecheler*, NJW 1995, 933; *Wilms*, NVwZ 1995, 550.

Zwar sollen nach dem EEG wie beim Kohlepfennig der Trägermix in der Stromerzeugung nach politischen Erwägungen verändert werden und die dazu nötigen Lasten bei den Endverbrauchern inzidieren; mit diesen Ziel- und Lastanalogien erschöpfen sich jedoch die Übereinstimmungen. Entscheidend sind die Unterschiede in der Ausgestaltung des dazu jeweils eingesetzten gesetzlichen Instrumentes. Die EEG-Umlage bleibt eine komplexe Preisregelung ohne öffentliche Einnahmen und ist daher auch nicht an den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben einer Abgabenerhebung zu messen. Die angebliche Verfassungswidrigkeit der EEG-Umlage lässt sich so jedenfalls weiterhin nicht mit Erfolg begründen.