

## **Ist die Abschöpfung der Gewinne der Stromerzeugung durch Erneuerbare Energien im Entwurf des Strompreisbremsengesetzes vom 25.11.2022 rechtmäßig?**

Kurzgutachten im Auftrag der ARGnergie Heidenheim

Berlin, 02.12.2022

---

### **I. Summary**

Es bestehen intensive rechtliche Bedenken gegen die geplante Abschöpfung von Erlösen bei der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien ab Dezember 2022 mindestens bis zum Juni 2023:

- Die Vereinbarkeit mit dem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz (GG) ist fraglich, es fehlt an der notwendigen Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Der Gesetzgeber schießt mit einer Abschöpfung ab einer Erlösgrenze von ca. 60 EUR/MWh bis ca. 90 EUR/MWh weit über die EU-Vorgaben hinaus und behindert so den Ausbau der Erneuerbaren, zu denen das GG ihn aber verpflichtet, wie zuletzt der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) eindringlich zeigt.
- Die Ungleichbehandlung von Kohlestrom und Erneuerbaren Energien ist in gleich mehrfacher Hinsicht rechtlich problematisch. Der deutsche Gesetzgeber ist ausdrücklich zur Einbeziehung von Kohle berechtigt. Kohle nicht einzubeziehen, ist mangels ersichtlicher Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung kaum als konform zu betrachten. Auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene der EU-Notfall-VO (Verordnung des Rates der Europäischen Union über Notfallmaßnahmen vom 06.10.2022 (EU) 2022/1854) ist die gemeinschaftsrechtliche Grundlage schwierig. Die mitgliedstaatlich gewählten Maßnahmen sollen ausdrücklich nicht diskriminierend sein.
- Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage selbst ist problematisch, denn ihre primärrechtliche Grundlage ist fragwürdig. Die geplante Umsetzung in Deutschland wird dem im EU-Recht formulierten Anspruch, Investitionen nicht zu gefährden, nicht gerecht.

Damit stellt sich die Frage nach Alternativen. Denkbar wäre eine Regelung, die die fossile Erzeugung intensiver und ohne Ausnahmen für Steinkohle und Sonderregeln etwa für die CO<sub>2</sub>-Kosten der Braunkohle belastet, und die so gewonnenen Spielräume für deutlich nach oben an den gemeinschaftsrechtlich verpflichtenden Rahmen angepasste Erlösobergrenzen für Erneuerbare Energien nutzt.

## II. Sachverhalt

Die Bundesregierung plant zwecks Umsetzung der EU-Notfall-VO eine teilweise Abschöpfung der Erlöse der Stromerzeugung. Inzwischen liegt mit Datum vom 25.11.2022 der Kabinettsentwurf für ein Strompreisbremsengesetz (StromPBG) vor. Hieraus ergeben sich folgende geplante Regelungen:

- Abgeschöpft werden sollen Erlöse bei der Stromerzeugung aus Anlagen mit einer Leistung von mehr als 1 MW installierter Leistung auf Grundlage erneuerbarer Energien, Kernenergie, Mineralöl, Abfall oder Braunkohle. Bei Speichern, Steinkohle, Erdgas, Biomethan und Sondergasen ist keine Abschöpfung vorgesehen.
- Die abzuschöpfenden Erlöse umfassen auch Erlöse über die Terminmärkte und PPAs.
- Die Abschöpfungsbeträge sollen anhand einer jeweils technologiespezifischen Erlösobergrenze pro MWh mit einem Sicherheitszuschlag berechnet werden. Der Gesetzesentwurf spricht von „unwiderleglich vermuteten“ Überschusserlösen. Diese Erlösobergrenzen sind so bemessen, dass bei Erneuerbaren Energie Anlagen, die im Wege der geförderten Direktvermarktung gefördert werden, 90% der Erlöse oberhalb des anzulegenden Werts zuzüglich eines Sicherheitszuschlags von 1 Cent/kWh (bei anlagenbezogener Vermarktung, PPA) bis 3 Cent/kWh abgeführt werden soll. Bei Anlagen in der sonstigen Direktvermarktung wird die Erlösobergrenze auf Grundlage des anzulegenden Wertes berechnet, der sich beim Wechsel in die geförderte Direktvermarktung ergeben würde. Da der anzulegende Wert zuletzt sowohl für Photovoltaik-Anlagen als auch für Wind an Land weniger als 6 Cent/kWh betrug, beträgt die Erlösobergrenze bei Abschluss von PPA minimal rund 7 Cent/kWh, also rund 11 Cent/kWh weniger, als die EU als Erlösobergrenze festgelegt hat, maximal rund 9 Cent/kWh. Für ältere Anlagen gilt der jeweilige Zuschlagsbetrag. In der sonstigen Direktvermarktung wird ein fiktiver anzulegender Wert herangezogen, der bei einem Wechsel anfielen würde.

Von dem so berechneten Abschöpfungsbetrag sollen jeweils 90% abgeschöpft werden.

- Nicht die Finanzbehörden sollen abschöpfen. Vielmehr plant die Bundesregierung eine Erhebung über einen umgekehrten EEG-Mechanismus. Zunächst sollen die Anlagenbetreiber die abzuschöpfende Summe selbst ermitteln und an den Verteilnetzbetreiber zahlen, an den die Stromerzeugungsanlage angeschlossen ist. Diese führen die vereinnahmten Gelder an die Übertragungsnetzbetreiber ab. Zwischen den Übertragungsnetzbetreibern gibt es einen Ausgleichsanspruch bei höheren Ausgaben für die Strompreisbremse als im Durchschnitt der Übertragungsnetzbetreiber. Bleibt bei den Übertragungsnetzbetreibern am Ende ein negativer Saldo, gleicht der Bund diesen aus. Gibt es Überschüsse, fließen diese in die Übertragungsnetzkosten für das nächste Jahr. Die Übertragungsnetzbetreiber haben einen Anspruch auf Zwischenfinanzierung.

### **III. Rechtliche Würdigung**

#### **1. Vereinbarkeit der Erlösabschöpfung mit deutschem Verfassungsrecht**

##### **a. Prüfung deutschen Verfassungsrechts**

Bekanntlich genießt das europäische Gemeinschaftsrecht einen Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht, auch vor dem deutschen Verfassungsrecht, sieht man von seltenen und hier ersichtlich nicht vorliegenden Konstellationen ab. Damit stellt sich vorab die Frage, ob die Grundrechte hier überhaupt zur Anwendung kommen. Schließlich ordnet die EU-Notfall-Strom-VO selbst an, dass überhaupt eine Abschöpfung stattfindet, und dass auch Erneuerbare-Energien-Anlagen betroffen sind (Art. 6 und 7 der VO).

Indes geht der deutsche Entwurf in vielfacher Hinsicht über die EU-Notfall-Strom-VO hinaus. Deren Art. 6 Abs. 1 verpflichtet die Bundesrepublik zur Abschöpfung nur oberhalb von 180 EUR/MWh. Die Verknüpfung im Entwurf vom 25.11.2022 mit dem anzulegenden Wert plus einem Sicherheitszuschlag führt aber stets zu deutlich niedrigeren Erlösobergrenzen zwischen geschätzt 60 EUR/MWh und 90 EUR/MWh bei neuen Anlagen.

Damit ist hinsichtlich der Intensität als auch hinsichtlich der instrumentelle Umsetzung in Deutschland Raum für die nachfolgende Prüfung.

##### **b. Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG**

Hier könnte zunächst eine Verletzung im Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 Abs. 1 GG vorliegen. Denn Erneuerbare-Energien-Anlagen werden durch die im Entwurf vorgesehene Abschöpfung weitgehend entwertet. Bislang können Unternehmen den erzeugten Strom frei veräußern und nehmen so oft, wenn auch nicht immer, an den Marktentwicklungen teil.

Künftig gibt es nur noch einen engen Korridor für die wirtschaftliche Nutzbarkeit dieser politisch an sich gewünschten Anlagen zwischen dem anzulegenden Wert und dem anzulegenden Wert plus Sicherheitszuschlag und den 10%, die nicht abgeschöpft werden.

## **(1) Schutzbereichsberührung**

### **(a.) Schutzbereich bei der geförderten Direktvermarktung**

Bei der geförderten Direktvermarktung, also Anlagen, denen die Bundesnetzagentur (BNetzA) per Zuschlag in einer Ausschreibung eine Mindestvergütung für 20 noch nicht abgelaufene Jahre garantiert hat, kommen zwei Ansatzpunkte für die Berührung des Schutzbereichs des Eigentumsgrundrechts in Frage, nämlich die Anlage und deren Zuschlag im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG durch die BNetzA. Und das Eigentum an dem realisierten Erlös, der abgeführt werden muss:

- Zunächst zur Anlage und ihrem Zuschlag. Zwar schützt Art. 14 Abs. 1 GG an sich nicht noch nicht realisierte Gewinnerwartungen. Die Position eines Anlagenbetreibers, der einen Zuschlag nach dem EEG für eine Anlage erhalten hat, unterscheidet sich von einer reinen Gewinnerwartung indes fundamental: An die Stelle einer unsicheren Erwartung tritt bisher ein verbindlicher gesetzlicher Anspruch auf eine Mindestvergütung ohne Begrenzung nach oben (vgl. Klinski, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage?, 2009, S. 22f.).

Das BVerfG hat die Frage, ob damit der Vergütungsanspruch nach dem EEG vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst ist, in zwei Entscheidungen offen gelassen (BVerfGE 122, 374, 385 f.; BVerfG, Beschl. v. 20.09.2016, - 1 BvR 1299/15 -, Rn. 16), weil es jeweils im Ergebnis nicht darauf ankam. Indes lässt die Entscheidung des BVerfG zur 13. AtG-Novelle (BVerfGE 143, S. 246ff.) Rückschlüsse zu: Hier hatte der Gesetzgeber den Atomkraftwerksbetreibern erst Strommengen zugewiesen, die diese noch produzieren durften, und diese dann später gestrichen. Das BVerfG hielt diese Strommengen zwar nicht für selbständig geschütztes Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG. Aber es bejahte trotzdem eine Berührung des Schutzbereichs durch die 13. AtG-Novelle, weil es sich um maßgebliche Nutzungsrechte der Anlagen handele, die deswegen von deren Eigentumsschutz umfasst sind.

Nun gibt es hier einen Unterschied zur Erlösabschöpfung nach dem geplanten StromPBG: Der Gesetzgeber will nicht den anzulegenden Wert selbst oder die Dauer von 20 Jahren beschneiden. Aber der Entwurf ändert und entwertet dabei dessen Funktion: Es handelt sich künftig nicht um eine Untergrenze, sondern der anzulegende

Wert beschreibt künftig einen Korridor, oberhalb dessen die wirtschaftliche Nutzbarkeit der Anlage selbst entfällt. Damit geht eine massive Verringerung der Nutzbarkeit der Anlagen einher, so dass eine Schutzbereichsberührung bejaht werden kann.

- Die zweite von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position, die hier berührt wird, ist das Eigentum am realisierten Erlös. Die Betreiber von EEG-Anlagen erhalten Erlöse von den Käufern der von ihnen produzierten Strommengen. An diesen besteht zivilrechtliches Eigentum. Der Entwurf zwingt die Anlagenbetreiber nun, dieses bereits realisierte Eigentum an einen Dritten, nämlich den Netzbetreiber, gegenleistungslos abzugeben.

Der Schutzbereich des Eigentumsrechts ist damit berührt.

#### **(b.) Schutzbereich bei der sonstigen Direktvermarktung**

In der sonstigen Direktvermarktung ist die Lage eine andere. Hier gibt es keinen Zuschlag, weil die Betreiber auf die Garantie einer Mindestvergütung durch den anzulegenden Wert verzichtet haben. Sie haben also bewusst auf den Investitionsschutz des EEG verzichtet und ein erhöhtes Risiko auf sich genommen. Dieses Risiko bleibt bestehen, aber die Chance, am Markt zu partizipieren, will der Gesetzgeber beschneiden, so dass wir von einer Entwertung der Nutzbarkeit der Anlage wie unter Punkt (a) dargestellt ausgehen, ebenso unterfallen die realisierten Erlöse dem Schutz des Eigentums wie bei Anlagen in der geförderten Direktvermarktung.

#### **(c.) Eingriff**

Unter einem Eingriff versteht man jede Verkürzung des Schutzbereichs. Dies liegt hier unproblematisch vor: Die Anlagen sind wirtschaftlich nicht mehr so nutzbar wie vor dem 01.12.2022. Die Erlöse müssen überwiesen werden.

#### **(d.) Schranken**

Zu prüfen ist, ob der Eingriff in die Anlagennutzbarkeit und die realisierten Erlöse gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 83, 201, 212; 102, 1, 16). Gerechtfertigt sind Eingriffe dann, wenn ein öffentliches Interesse für den Eingriff spricht und sie verhältnismäßig sind (vgl. BVerfGE 31, 275 290; 70, 191, 201 f.; 143, 246, 342 Rn. 269). Das öffentliche Interesse muss dabei so schwer wiegen, dass es das Vertrauen der Anlagenbetreiber in den Fortbestand ihrer Rechte an den Anlagen und , das durch den Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG innewohnenden Bestandsschutz gesichert wird (vgl. BVerfGE 42, 263, 294 f.; 58, 300, 351). Die Übergangs- und

ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition kommt dabei nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht (vgl. BVerfGE 83, 201, 213; BVerfGE 102, 1, 16).

Ein öffentliches Interesse besteht hier zweifellos: Die Energiepreiskrise führt zu einem erhöhten Finanzbedarf, der solidarisch aufgefangen werden soll. Eine Abschöpfung auch bei Erneuerbaren Energien ist damit nicht nur gemeinschaftsrechtlich verpflichtend, sie dient auch einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck, den zu erreichen sie auch geeignet ist. Zweifel bestehen aber an der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne:

- Erforderlich ist die Abschöpfung in dieser Art und Höhe nur dann, wenn es sich um das mildeste gleich geeignete Mittel handelt, das dem Gesetzgeber zu Gebote steht. Das ist zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat – hierzu auch sogleich im Kontext des Art. 3 Abs. 1 GG – sich bewusst entschieden, Steinkohle nicht heranzuziehen. Er berücksichtigt bei Braunkohle die Kosten für die Emission von Kohlendioxid. Er hat sich politisch entschieden, andere Finanzquellen, vor allem Steuern, nicht in diesem Maße zu aktivieren. Die Abschöpfung bei 60 EUR bis 90 EUR/MWh statt bei den gemeinschaftsrechtlich verpflichtenden 180 EUR/MWh ist damit das Ergebnis einer keineswegs zwingenden Lastenverteilung zwischen fossilen Energieträgern, Erneuerbaren und anderen Finanzierungsquellen.
- Die Abschöpfung bei 60 EUR bis 90 EUR/MWh ist aber auch unangemessen im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation. Denn auch wenn die Abschöpfung bei konventionellen wie bei Erneuerbaren Anlagen zwecks Lastenausgleich durch Strompreisbremse vollzogen werden soll, hat der Gesetzgeber bei der Orchestrierung der Erlösobergrenzen die Wertungen des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Danach gibt es einen erheblichen Unterschied zwischen Erneuerbaren und konventionellen Stromerzeugungsanlagen: Laut Klimabeschluss des BVerfG vom 24.03.2021 (- 1 BvR 2656/18 -) gibt es einen klaren Verfassungsauftrag, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Der Staat muss also stets auch Klimaschutz betreiben. Dieser Auftrag gilt auch bei der Bewältigung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der aktuellen Energiepreiskrise. Heruntergebrochen auf die Frage, wie Erlöse bei stromerzeugenden Anlagen abzuschöpfen sind, ergibt sich hieraus ein Differenzierungsauftrag zwischen Erneuerbaren Energien und konventionellen Anlagen, um den weiteren Ausbau der Erneuerbaren mit dem Ziel einer vollständig dekarbonisierten Stromwirtschaft nicht durch Entzug investiver Mittel zu behindern, sondern zu fördern. Eine Erlösabschöpfung weit unterhalb des Niveaus, das der Gesetzgeber gegenüber der EU einhalten muss, verträgt sich damit

nicht. Denn dies entzieht Erneuerbaren Energien das Vertrauen der Investoren und nimmt der Branche für den weiteren Ausbau erforderliches Kapital.

Damit sprechen die überwiegenden Argumente gegen eine Vereinbarkeit der Abschöpfungsregeln aus dem Entwurf vom 25.,11.2022 mit Art. 14 Abs. 1 GG.

#### **c. Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG**

Es gibt Literaturstimmen, die bei Änderungen der EEG-Förderansprüche Verstöße gegen die Berufsausübungsfreiheit diskutieren (vgl. Klinski, a. a. O., S. 24). Sofern hier eine Schutzbereichsberührung bejaht wird, sprechen die zu Art. 14 Abs. 1 GG diskutierten Verhältnismäßigkeitserwägungen dafür, dass auch hier verfassungsrechtliche Schwierigkeiten bestehen könnten.

#### **d. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG**

Zu prüfen ist weiter, ob die Abschöpfung bei Erneuerbaren Energien, nicht aber bei der Stromerzeugung aus Steinkohle, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Hierfür sprechen eine Reihe schwer wiegender Argumente:

- Zunächst ist auch Art. 3 Abs. 1 GG anwendbar. Denn es existiert keine die Anwendung deutschen Verfassungsrechts vorgehende gemeinschaftsrechtliche Norm, die besagt, dass Steinkohle nicht einbezogen werden dürfte. Die EU-Notfall-VO erlaubt in Art. 8 Abs. 1 lit. d die Festlegung einer gesonderten Obergrenze für Steinkohle sogar ausdrücklich. Wenn sich der deutsche Gesetzgeber also dazu entschließt, von dieser Maßnahme keinen Gebrauch zu machen, muss er sich am allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen.
- Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Damit stellt sich zunächst die Frage, ob Unternehmen, die Stromerzeugung aus Steinkohle betreiben, und die, die Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugen, als „gleich“ im Sinne des Art.3 Abs. 1 GG zu betrachten sind. Dies trifft insofern zu, als dass es sich nicht nur jeweils um Unternehmen handelt, die elektrische Energie erzeugen, sondern auch, dass aktuell weder die Stromerzeugung aus Steinkohle, noch die in EE-Anlagen preisbildend im Merit-Order-Modell sind. Denn aufgrund der außerordentlichen Preisentwicklung von Erdgas, bedingt durch das Ende der Lieferungen aus Russland nach Deutschland, haben sich die Erzeugungskosten des Gaskraftwerks als Grenzkraftwerk überproportional stark erhöht, so dass auch der

allgemeine Preis für Strom stärker gestiegen ist als die Kosten für die Erzeugung von Strom aus Kohle und EE.

- Wenn Kohlekraftwerke und Erneuerbare Energien in dieser Hinsicht als rechtlich „gleich“ zu betrachten sind, stellt sich die Frage, wie die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen ist. Es bedarf hierfür eines sachlichen Grundes. In Konzeptpapieren der Bundesregierung heißt es hierzu, Steinkohle müsse gemeinsam mit Erdgas entschieden werden, denn die variablen Kosten lägen zu dicht beieinander. Dies trifft indes energiewirtschaftlich nicht zu. Strom aus Steinkohle hat nicht nur 2022 deutlich niedrigere Gestehungskosten als Strom aus Erdgas. Weiter heißt es, die Anlagen seien „zu klein“ und der Ertrag zu gering.

Diese Rechtfertigung überrascht. Einige der größten Kraftwerke Deutschlands sind Steinkohlekraftwerke. Vom Rheinhafendampfkraftwerk mit 910 MW Leistung bis Moorburg mit 1.640 MW Leistung erbringen Steinkohlekraftwerke nicht nur einen erheblichen Beitrag zur Stromversorgung. Sie sind durchweg größer als auch große EE-Anlagen. Entsprechend ist auch ihr Ertrag erheblich.

- Insofern spricht viel dafür, dass die Ungleichbehandlung von Steinkohlekraftwerken und Erneuerbaren Energien rechtlich fehlerhaft ist. Indes bedeutet das nicht, dass Erneuerbare dieses Argument einer Abschöpfung entgegenhalten könnten. Denn ihre Einbeziehung ist gemeinschaftsrechtlich verpflichtend, Art. 7 Abs. 1 EU-Notfall-VO. Würde das BVerfG aus diesem Grunde eine entsprechende Regelung für verfassungswidrig und damit nichtig erklären, müsste der Gesetzgeber eine Regelung erlassen, die auch Steinkohle einbezieht.

#### **e. Verstoß gegen finanzverfassungsrechtliche Grundsätze**

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Abschöpfung trotz der steuerähnlichen Wirkung nicht um eine Abgabe. Deswegen ist anzunehmen, dass das BVerfG einen Verstoß gegen den Finanzverfassung ebenso ablehnt, wie er dies 2014 (VIII ZR 169/13) bezogen auf den EEG-Umlagemechanismus abgelehnt hat. Es fehle, so erklärte das Gericht damals, an der Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand. Entscheidend für diese Einordnung sei zudem nicht die Wirkung, sondern allein die Form der Maßnahme.

#### **2. Vereinbarkeit der Erlösabschöpfung mit Gemeinschaftsrecht**

Die Erlösabschöpfung muss nicht nur – soweit anwendbar – am deutschen Verfassungsrecht gemessen werden. Sie muss auf einer wirksamen EU-Grundlage fußen (Punkt a.) und die Anforderungen der EU-Notfall-Strom-VO erfüllen (Punkt b.).



### a. Wirksamkeit der EU-Notfall-Strom-VO

Es ist fraglich, ob die EU-Notfall-Strom-VO wirksam ist oder gegen das EU-Primärrecht verstößt.

- Es ist schon fraglich, ob Art. 122 Abs. 1 AEUV eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage darstellt. Die Norm ermächtigt den Rat zum Erlass notwendiger Maßnahmen, wenn gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten.

Die Abschöpfung von Erlösen der Stromerzeugung ist indes keine Maßnahme, die imstande wäre, gravierende Schwierigkeiten bei der Versorgung mit Strom zu beseitigen. Zunächst ist bereits fraglich, ob es solche gravierenden Schwierigkeiten gibt. Aktuell gibt es keinen Strommangel, sondern – lediglich, aber auch immerhin – eine Situation historisch hoher Preise. Dies ist eine soziale Notlage, die auch die Leistungsfähigkeit von Unternehmen betrifft. Die EU-Notfall-VO soll für die Behebung dieser sozialen und wirtschaftlichen Probleme Mittel beschaffen. Es handelt sich mithin nicht um eine Maßnahme der Abwehr einer Energiekrise, sondern um eine vom Wortlaut der Regelung nicht erfasste Finanzierungsnorm.

- Weiter ist die Abschöpfung von Erlösen unverhältnismäßig nach Art. 5 Abs. 4 EUV. Sie ist ungeeignet, denn es ist anzunehmen, dass die betroffenen Unternehmen im Geltungszeitraum der Abschöpfung deutlich weniger Strom erzeugen als ansonsten geplant. Die insgesamt erzeugte Strommenge würde also sinken. Dies würde – schon weil nicht die gesamte Stromerzeugung erfasst ist – durch eine Verknappung des Angebots dazu führen, dass die von der Abschöpfung nicht betroffenen Steinkohle- und Erdgaskraftwerke die Nachfrage überproportional bedienen würden. Nach dem Merit-Order-Modell werfen also immer teurer produzierende Kraftwerke Strom auf den Markt. Der Preis steigt statt zu sinken. Dies würde die Letztverbraucher zwar nicht für den gedeckelten Grundbedarf belasten. Aber die 20% (Verbraucher) bzw. 30% (Industrie) der historischen Verbräuche, die nicht gedeckelt sind, würden um so teurer. Die erhoffte Entlastungswirkung träfe also nicht ein. Das gewählte Mittel verfehlt damit den beabsichtigten Zweck.
- Weiter ist nicht absehbar, dass es tatsächlich kein milderes Mittel gibt, als ausgerechnet die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu belasten, die gerade massiv ausgebaut werden sollen und einen entsprechenden Finanzbedarf haben. Es

gibt vielfache denkbare Quellen der Finanzierung, die ohnehin unerwünschte Verhaltensweisen und leistungsfähigere Adressaten betreffen.

- Die Erwägungen zu Art. 3 Abs. 1 GG wegen der unterschiedlichen Behandlung von Erneuerbaren mit fossilen Brennstoffen gelten auch für die gemeinschaftsrechtliche Grundlage selbst. Hier ordnet Art. 20 der Grundrechtscharta (GrCh) den allgemeinen Gleichheitssatz an. Auch die EU darf nicht aus rein politischen Erwägungen Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandeln, wenn es – wie hier – keine vernünftige Rechtfertigung hierfür gibt.

Ist die EU-Notfall-Strom-VO unwirksam, fehlt es der beabsichtigten deutschen Regelung an einer hinreichenden Grundlage im Gemeinschaftsrecht. Sie wäre dann allein am deutschen Verfassungsrecht zu messen.

#### **b. Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 EU-Notfall-Strom-VO**

Wenn – was wir bezweifeln – die EU-Notfall-Strom-VO wirksam sein sollte, verletzt die beabsichtigte deutsche Regelung dessen Art. 8 Abs. 2. Denn hier ist ausdrücklich angeordnet, dass die nationalen Maßnahmen verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sein müssen, was für die Ungleichbehandlung von Erneuerbaren im Vergleich gerade mit Steinkohle, aber auch Erdgas, schlechthin nicht zutrifft.

Weiter heißt es hier, dass die Maßnahmen auf jeden Fall keine Investitionsanreize ersticken sollen. Genau dies tritt aber ein, wenn bei den Erneuerbaren nicht nur – wie bei Steuern – Gewinne besteuert, sondern sogar Erlöse abgeschöpft werden sollen. Das für Investitionen erforderliche Marktvertrauen kann so nicht aufrechterhalten werden.

Berlin, den 02.12.2022

Dr. Miriam Vollmer  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht