

V&R unipress



Wolfgang Löwer (Hg.)

# **Veranlassung und Verantwortung bei der Energiewende**

Bonner Gespräch zum Energierecht, Band 7

V&R unipress

Bonn University Press



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8471-0207-6

**Veröffentlichungen der Bonn University Press  
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2013, V&R unipress in Göttingen / [www.vr-unipress.de](http://www.vr-unipress.de)

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: CPI Buch Bücher.de GmbH, Birkach

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

---

## Inhalt

|  |     |
|--|-----|
| Vorwort . . . . .  | 7   |
| Udo Di Fabio<br>Veranlassung und Verantwortung bei der Energiewende:<br>verfassungsrechtliche Eckpunkte . . . . .  | 9   |
| Marc Oliver Bettzüge<br>Zwischen Europa und Re-Regulierung – welcher Ordnungsrahmen für<br>die »Energiewende«? . . . . .   | 23  |
| Meinhard Schröder<br>Das Kontinuitätsgebot als gesetzgeberische Handlungsdirektive für die<br>Energiepolitik: Zur wechselhaften Rolle der Kernenergie im<br>Energiekonzept der Bundesregierung im Lichte des grundrechtlichen<br>Eigentums- und Investitionsschutzes . . . . . | 45  |
| Klaus Ferdinand Gärditz<br>Die Zukunft der Kernbrennstoffsteuer nach dem Atomausstieg. Probleme<br>des Finanzverfassungs- und des europäischen Steuerrechts . . . . .  | 73  |
| Eckhardt Rümmler<br>Dinnerspeech »Bonner Energierecht Gespräch« am 04. November 2012<br>zum Thema »Strategie und Energiemärkte« . . . . .  | 105 |
| Matthias Kurth<br>Regulatorische Herausforderungen bei der Umsetzung der Energiewende  | 111 |



---

## Vorwort

Als vor etwa drei Jahrzehnten das Bundeskartellamt die Gebietsmonopole und Demarkationsverträge, kräftig befeuert durch europäisches Kartellrecht, in Frage zu stellen begann, wurde es von der Überzeugung geleitet, dass in diesem Ordnungsrahmen eine flächendeckende Versorgung zwar effizient, aber nicht preisgerecht sei, weil die Akteure – große, regionale und kommunale Energieversorger – ohne Wettbewerb zu hohe Preise durchsetzen konnten.

Auf dem Deckblatt der das EnWG 1935 beendenden Regierungsvorlage für ein (2.) Energiewirtschaftsgesetz stand auch, dass Energiepreise ein Standortfaktor seien; im Interesse des Wirtschaftsstandorts sollte der Energiemarkt für Effizienz und Preiswürdigkeit (= niedrige Preise) sorgen. Da »Markt« bei »natürlichen Monopolen« allerdings nicht ohne gesetzliche Ordnung denkbar ist, war ein regulierter Markt mit ihren Anbieter wählenden Kunden, Wettbewerb zwischen den Primärenergien, Wettbewerb um Netze, Börsenpreisen für Strom, eben Preiswettbewerb, Ziel der gesetzlichen Neuordnung.

Zwei Jahrzehnte später bestimmen neue Bezugsgrößen das Regulierungsfeld: Klimawandel und politische Bewertungen der Primärenergieträger. Die rechtliche Technik eines Regulierungsverwaltungsrechts bleibt, ihr Inhalt wandelt sich. Die Unternehmen, die Erzeugung und Netzbetrieb nicht mehr als Einheit in der Hand halten, werden umfassender als je zuvor in Pflicht genommen.

Nicht mehr der Markt generiert das für Effizienz erforderliche Wissen, sondern der regulierende Staat. Der Preis ist durch den Interventionsstaat so hoch, dass er für energieintensive Unternehmen (»Standortfaktor«) interventionell herunterreguliert werden muss.

Das Staatsinterventionen limitierende Recht wird durch die moralische Überlegenheit der Ziele (Klimawandel, Ausstieg aus der offenbar letztlich unethischen Kernenergienutzung) in eine Notlage gedrängt, aus der heraus es nicht leicht ist, seine Schutzfunktion zu entfalten.

Das Bonner Energiegespräch 2012 versucht aus juristisch und volkswirtschaftlich grundsätzlicher Sicht (Udo Di Fabio und Marc Oliver Bettzüge) den Ordnungsrahmen zu bestimmen. Einzelfragen von durchaus auch fundamen-

taler Bedeutung fragen nach der »wechselvollen Bedeutung der Kernenergie« (vor dem Hintergrund der Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbestimmung) (Meinhard Schröder) und nach der »Zukunft der Kernbrennstoffsteuer« (Klaus Ferdinand Gärditz). Informationen zur Unternehmensstrategie eines Energieversorgungsunternehmens (Eckhardt Rümmler) und eine Bericht zur Regulierungspraxis (Matthias Kurth) runden das Gespräch ab.



## Veranlassung und Verantwortung bei der Energiewende: verfassungsrechtliche Eckpunkte

### I. Energiewende in der Metaphorik von Sünde und Umkehr

Der Begriff der Energiewende steht für die konzeptionelle Neuausrichtung einer zentralen öffentlichen Aufgabe – die sichere, umweltpolitisch und wirtschaftlich vernünftige Versorgung mit Energie. Mit dem Wort »Wende« ist eine Umkehr gemeint, die in unserem kulturellen Gedächtnis einen tiefen schönen Ton erzeugt. Seit dem Alten Testament wissen wir: Der Mensch neigt zur Sünde, weswegen die Mahnung zur Einkehr und Umkehr ein dauerhafter Begleiter unserer abendländischen Geschichte ist<sup>1</sup>. So kann der Geistliche seine Gemeinde im besten Sinne aufrütteln, zum Innehalten und zur Umkehr mahnen, auf Vergebung hoffend. So kann aber auch Wahlkämpfe gewinnen, wer geistig-moralische Wendemanöver ausruft oder mit einer Klimawende den Kurs des Wärmehaushalts eines Planeten noch einmal herumreißt, bevor es zum Schlimmsten kommt: der Verbrauch fossiler Energie als Erbsünde, die mit einem tugendhaften Leben, mit erneuerbaren Energien aus den Naturelementen, Wasser, Luft und Sonne getilgt wird<sup>2</sup>.

Was war die energiepolitische Sünde? Im Blick auf den begrenzten Vorrat fossiler Brennstoffe und den unvermeidlichen CO<sub>2</sub>-Ausstoß war die ungehemmte Entwicklung einer auf fossile Brennstoffe gestützten Energiewirtschaft mit Kohle, Öl und Erdgas als Energieträger kurzfristig und im Blick auf kommende Generationen verantwortungslos<sup>3</sup>. Die großtechnische Alternative der

---

1 Meinolf Schumacher, Sündenschmutz und Herzensreinheit. Studien zur Metaphorik der Sünde in lateinischer und deutscher Literatur des Mittelalters, 1996.

2 Hermann Scheer, Der energetische Imperativ: 100 Prozent jetzt. Wie der vollständige Wechsel zu erneuerbaren Energien zu realisieren ist, 2010.

3 Repräsentativ die Einschätzung Blendingers: »Das ändert aber nichts am Grundproblem einer in Kürze drohenden weltweiten Energiekrise. Langfristig steigende Preise für Öl und Uran und erste Kriege um Öl und Ressourcen sind Hinweise auf kommende Kriege und Konflikte. Wenn die Energiepreise zukünftig massiv steigen, wenn die Armen im Winter frieren, dann werden wir soziale Verwerfungen, Konflikte und Benzinaufstände erleben.« Wolfgang Blen-

Kernenergie war nach Meinung vieler Kritiker ihrerseits sicherheitstechnisch wegen eines nicht vollständig auszuschließenden Super-GAUs und angesichts des Problems der Endlagerung mindestens ebenso unverantwortlich<sup>4</sup>. Gegen diese Unmoral wurde seit Jahrzehnten das gute Handeln gesetzt: Energie sparen, erneuerbare Energien einsetzen – Sonne, Wind, Wasser, die Wärme der Erde. Was moralisch gut klingt, muss ökonomisch nicht falsch sein. Aber auch die gerechteste Sache entbindet nicht von den Fesseln des Rechts. Was heute als Atomausstieg, klimagerechte Umsteuerung und Energiewende thematisiert wird, trägt zum Teil Züge einer politisch volatilen Willensbildung, wirkt mehr wie ein Verfahren des »Trial-and-Error«, erregt jedenfalls Zweifel an der konzeptionellen Klarheit und praktischen Durchführbarkeit. Hier wäre politisch ein recht breites Argumentationsfeld, das aber durch Fukushima, das auf dem Gebiet der zivilen Nutzung der Kernenergie in Deutschland Assoziationen mit Hiroshima jedenfalls subkutan erzeugt<sup>5</sup>, über weite Areale abgesperrt ist.

## II. Verantwortung für die Energieversorgung

Lassen Sie uns anfangen mit einer etwas drögen Kompetenzfrage. Wer ist eigentlich für die Energiepolitik, wer ist etwa für die Regulierung von Strommärkten zuständig? Im Zentrum der Betrachtung steht der Bund: Er erlässt Gesetze wie das Energiewirtschaftsgesetz, das EEG oder das Atomgesetz. Die Kernenergie ist sogar eine ausschließliche Bundeskompetenz nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG, allerdings wird man diesem Kompetenztitel keine allzu große Zukunft voraussagen dürfen. Der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegen das Recht der Wirtschaft unter selbstverständlichem Einschluss der Energiewirtschaft, die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung, der Naturschutz und die Landschaftspflege oder der Wasserhaushalt, auch die Raumordnung, nicht aber die Energieversorgung der Bevölkerung. Es ist eine Eigentümlichkeit der deutschen Rechtsentwicklung, dass die Energieversorgung kommunal gewachsen ist, städtische Eigenbetriebe, kommunale Versorgungsgesellschaften und regionale Gebietsmonopole waren in der Zeit der Industrialisierung wichtiger als die ferne nationale Ebene. Auch das Energiewirtschaftsgesetz von 1935 ordnete und konservierte im Grunde nur den vorgefundenen Zustand, wonach Energieversorgungsunternehmen, vor allem Stadtwerke, mittels ausschließlicher Konzessionsverträge mit den Kommunen und

---

dingen, Energiereserven/Energievorräte/Energieressourcen/Benzinpreis – Wie lange reichen Öl, Gas, Kohle und Uran?, Fachtagung der SES »Energiekrise als Chance«, 2010.

4 Ulrich Beck, Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988. Anders noch der Zeitgeist in den 50ern, vgl. nur das Godesberger Programm der SPD.

5 Greenpeace, Die Lehren aus Fukushima, 2012.

durch gegenseitige Demarkationsverträge als Unternehmen untereinander ihre einträglichen Gebietsmonopole sicherten<sup>6</sup>. Für die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung ist es jedenfalls von Gewicht, dass der Bund einer dezentralisierten Struktur der Energieversorgung in Händen von Ländern und Gemeinden gegenübersteht, wobei die Energiewende den Bund im Grunde genommen auch dort schwächt, wo er selbst, wie mit dem EEG oder mit dem 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes, die Vorgaben macht. Der gegenwärtig beherrschende Konflikt, dass der Bund nicht mehr Herr seines von ihm geschaffenen Anreizsystems für erneuerbare Energieeinspeisung wird, und die Wahrung einer stabilen Versorgungslage, etwa mittels des bedarfsgerechten Netzausbaus zu einem Drahtseilakt wird, zeigt die konzeptionelle Schwäche des Bundes auf dem eingeschlagenen Regulierungspfad.<sup>7</sup>

Ähnlich ambivalent ist das Verhältnis der Bundesebene zum Unionsrecht. Seit der Strombinnenmarktrichtlinie von 1996<sup>8</sup> gibt es einen Druck zur Liberalisierung und Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen, der in Deutschland zur Auflösung der Gebietsmonopole führte und den großen Elektrizitätsversorgungsunternehmen erhebliche Anpassungsleistungen abverlangt. Der neu geschaffene Artikel 194 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält inzwischen eine Kompetenzgrundlage zum Erlass energiepolitischer Maßnahmen. Die energiepolitischen Ziele der EU bestehen vor allem in der Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarktes, der Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit der EU sowie der Entwicklung neuer und erneuerbarer Energien und der Förderung der Interkonnektion der Energienetze (Artikel 194 I lit. a) bis d) AEUV)<sup>9</sup>. Aber die Mitgliedstaaten wollen keine harmonisierte Energiewirtschaftspolitik und haben das auch nicht vereinbart. Die Wahl vor allem des Energiemixes bleibt Sache der Mitgliedstaaten, der Europäische Rat hat dies noch im Frühjahr 2011 betont.

Gleichwohl dauert schon wegen der Umweltkompetenzen aus Art. 191 und Art. 192 AEUV die enge Verknüpfung von Energie- und Umweltpolitik fort, Kompetenzüberschneidungen eingeschlossen. Als Beispiel dafür gilt das europäische Emissionshandelssystem, das für den Energiesektor hohe Bedeutung hat. So werden in der (dritten) Handelsperiode ab 2013 die nationalen Kontingente an CO<sub>2</sub>-Emissionsrechten durch ein EU-weites Cap abgelöst. Ziel ist die Verdrängung fossiler Energieträger. Mit der Energiestrategie 2020 will die

---

6 Dazu rechtshistorisch: Jan Kehrberg, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland – Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, 1996.

7 Zur Rolle des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes Christoph Moench/Marc Ruthloff, Netzausbau in Beschleunigung, NVwZ 2011, 1040.

8 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 19. Dezember 1996.

9 Dazu Martin Nettesheim, Das Energiekapitel im Vertrag von Lissabon, JZ 2010, 19.

Kommission noch mehr an Zielvorgaben in Richtung CO<sub>2</sub>-Reduktion, dem Ausbau erneuerbarer Energien und der Steigerung der Energieeffizienz vorschreiben. Alles nicht ganz einfach, wenn man bedenkt, dass zugleich eine sichere Energieversorgung zu wettbewerbsfähigen Preisen angestrebt wird. Überhaupt scheinen sich die Staaten Europas zunehmend zu fesseln: Ihre ehrgeizigen klimapolitischen und umweltpolitischen Vorgaben treffen auf eine Ausgangssituation, in der eine enorme Importabhängigkeit von Energie reduziert werden soll, Kerntechnik ein Auslaufmodell wird und erneuerbare Energien hochsubventioniert gepusht werden, die aber allmählich in der Entwicklung zu einem Problem geraten und zwar sowohl hinsichtlich der Kosten wie auch der Versorgungssicherheit.

Das führt zu der Frage einer aus der Kompetenz herrührenden Verantwortung im Mehrebenensystem. Trotz der, gelinde gesagt, differenzierten Gesetzgebungskompetenz wächst dem Bund eine konzeptionelle Gesetzgebungsverantwortung zu, die er nach oben in den europäisch-internationalen Raum ebenso wahrnehmen muss wie nach unten gegenüber Ländern und Kommunen. Denn die Energiewirtschaft ist zugleich eine verfassungsrechtlich bedeutsame Infrastrukturaufgabe, die elementar für Wirtschaft und Gesellschaft ist: Und für die Wirtschaft ist – allen Europäisierungen zum Trotz – verfassungsrechtlich der Bund als Gesetzgeber zuständig. Wenn man darüber hinaus eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Erhaltung und Entwicklung einer bedarfsgerechten Infrastruktur der Energieversorgung erkennen will<sup>10</sup>, dann könnte sogar eine Lage eintreten, in der der Bund diese Pflicht verletzt, wenn ihm beim Jonglieren mit vielen Bällen ein Fehler passiert, d.h. wenn er letztlich ein ihm entglittenes System verantwortet, das sich dadurch auszeichnet, dass es die Ziele des § 1 EnWG verfehlt: eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas zu gewährleisten, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Was aber wäre, wenn hier ein unlösbarer Zielkonflikt angelegt wäre oder aber die Umsetzung dieser Zielvorgaben in einem dezentral

---

10 Georg Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998; Zur europäischen Einbettung vgl. Frank Bickenback, Auf dem Weg zu einer europäischen Wirtschaftsverfassung für Netzinfrastrukturen: Ausgangssituation, Veränderungen und offene Fragen, Kieler Arbeitspapiere Nr. 896, 1998; ders., Regulierung und Wettbewerb im Bereich der Netzinfrastrukturen: Begründung, Regeln und Institutionen, Kieler Arbeitspapier Nr. 910, 1999. Zur Binnenmarktdimension Hans-Peter Schwintowski, Gemeinwohl, öffentliche Daseinsvorsorge und Funktionen öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 26 (2003), 283.

regulierten, der europäischen Querschnittsregelung geöffneten, System praktisch versagen würde?

Man könnte eine Art Verfassungspflicht zur effizienten Bundes-Daseinsvorsorge und Förderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen diskutieren, so wie es bereits mit dem sympathischen Vorschlag eines Staatsziels der Wohlstandssicherung anklingt<sup>11</sup>. Offen gestanden halte ich von konkreten verfassungsrechtlichen Handlungsaufträgen, die durch Richter judizierbar sind, nicht allzu viel. Seit der Debatte über Schutzpflichten<sup>12</sup> dürfte klar sein: Je mehr an handlungsverpflichtenden Direktiven Richter und Rechtswissenschaft der Verfassung ablauschen, desto mehr usurpieren sie den genuin politischen Willensbildungsprozess und erschweren die eigentliche Rolle des Verfassungsrechts, nämlich die Ordnung und Begrenzung der politischen Herrschaft des Volkes und seiner gewählten Organe. Wenn dem Bund die Energieversorgung aus der Hand gleiten sollte, ist das vor allem ein politisches Problem und zuerst im Raum der öffentlichen Meinungsbildung auszutragen. Schaut man auf Details der sogenannten Energiewende, so bleibt für die eigentliche verfassungsrechtliche Funktion einer Kontrolle der Einhaltung der Kompetenzordnung, der Beachtung von Staatsstrukturprinzipien und der Grundrechte genügend an Aufgaben.

### **III. Jüngste gesetzgeberische Reformen: Anreizsysteme statt Marktwirtschaft**

Dass die Bundespolitik die Probleme erkennt, beweisen jüngste Gesetzesänderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und des EEG sowie der Erlass des Netzausbaubeschleunigungsgesetzes. In mehreren Gesetzespaketen wurden das Energierecht geändert und bauplanungsrechtliche Vorschriften »zur Förderung des Klimaschutzes« novelliert. Mit der 13. Änderung des Atomgesetzes wurden die »Restlaufzeiten« der Kernkraftwerke erneut verkürzt und mit einem Auslaufdatum Ende 2022 versehen.<sup>13</sup> Dazu wurde ein neues Raumordnungs- und Planfeststellungsrecht für bestimmte Hochspannungsleitungen geschaffen.

---

11 Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, 1999, S. 50 f.

12 Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992.

13 Zum abrupten Wandel zwischen der Laufzeitverlängerung und deren Verkürzung: David Bruch/Holger Greve, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber?, DÖV 2011, S. 794 (794 f.); Michael Kloepfer/David Bruch, Die Laufzeitverlängerung im Atomrecht zwischen Gesetz und Vertrag, JZ 2011, S. 377 (377 f.); Fritz Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kern-

Weil die so elegant dem Subventionsbericht der Bundesregierung<sup>14</sup> praktisch entzogene Einspeisevergütung ein wirksames Anreizsystem geschaffen hat, das jenem Besen gleicht, den der Zauberlehrling einst so segensreich als Knecht für die Bereitung eines schönen Bades erweckt hat und weil der hastige Ausstieg aus der Kernenergie die Netzprobleme nicht verringert, handelt der Bund mit zum Teil unkonventionellen, zum Teil improvisiert scheinenden Maßnahmen. Um beim Netzausbau nicht von den Planungsbehörden der Länder abhängig zu sein, überträgt er die Fachplanung für die Netze der Bundesnetzagentur (§ 31 NABEG) und dringt verfahrensrechtlich auf Beschleunigung, wobei die Begründung so klingt:

»Der zügige Ausbau des Anteils erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung, der optimale wirtschaftliche Einsatz konventioneller Kraftwerke und der verstärkte grenzüberschreitende Stromhandel machen den raschen Ausbau des Höchstspannungs-Übertragungsnetzes in Deutschland dringend erforderlich. Aber auch in den Verteilnetzen und hier besonders in der 110-Kilovolt-Hochspannungsebene zeichnet sich erheblicher Ausbau- und Erneuerungsbedarf zur Integration erneuerbarer Ener-

---

ergie, 2012, S. 10 f.; Dieter Sellner/Frank Fellenberg, Atomausstieg und Energiewende 2011 – das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011, S. 1025 (1026 f.); Christian Waldhoff/Hanka von Aswege, Kernenergie als »goldene Brücke«? 2010, S. 9 ff.; Benedikt Wolfers/Thomas Voland/Burkard Wollenschläger, Der Förderfondsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Kernenergieindustrie – Entstehung, Inhalt, rechtliche Würdigung, in: F. J. Säcker (Hrsg.): Investitionen in Kraftwerke zur Sicherung einer zuverlässigen Elektrizitätsversorgung nach der Energiewende, 2012, S. 105 (126).

- 14 Im Zweiundzwanzigsten Subventionsbericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2007–2010 ist im Abschnitt »Rationelle Energieverwendung und erneuerbare Energien« eigentlich nur Affirmatives zu lesen: (61.) »Im Interesse der Sicherung endlicher Energieressourcen und im Hinblick auf den Umwelt- und Klimaschutz soll der Anteil der erneuerbaren Energien am gesamten Energieverbrauch weiter deutlich steigen. Die EU hat sich im März 2007 das Ziel gesetzt, den Anteil bis 2020 auf 20 Prozent zu erhöhen. Hierzu wird Deutschland seinen Beitrag leisten. Der Anteil erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch soll dazu bis zum Jahr 2020 auf mindestens 18 Prozent gesteigert werden. Im Verkehrsbereich haben sich die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis 2020 einen Anteil von 10 Prozent durch Biokraftstoffe zu ersetzen. Bis Mitte des Jahrhunderts sollen erneuerbare Energien dann rd. die Hälfte des Energieverbrauchs decken. Voraussetzung für den selbsttragenden Ausbau der erneuerbaren Energien ist, dass diese wettbewerbsfähig werden. Zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele muss aber auch der Energieverbrauch insgesamt stärker reduziert werden. Die Energie- und Rohstoffproduktivität soll bis 2020 gegenüber 1990 verdoppelt werden. Über die zur Erreichung dieser Ziele eingeführten gesetzlichen Maßnahmen hinaus (wie Stromeinspeisevergütungen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, Biokraftstoffquotengesetz und weitere ordnungsrechtliche Regelungen) werden auch Finanzhilfen und Steuervergünstigungen gewährt.« (62.) »Zur Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien im Wärmemarkt werden über die Richtlinie zur Förderung von Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien Investitionskostenzuschüsse gewährt (sog. Marktanzreizprogramm).«

gien ab. Ziel des Gesetzes ist eine Beschleunigung des Ausbaus der Stromnetze der Höchstspannungsebene und der Hochspannungsebene.«

In seiner – weitgehend selbst geschaffenen – Not greift der Bund über den ehernen föderalen Grundsatz der Länderkompetenz für die Verwaltung hinweg und zieht das Planfeststellungsverfahren an eine Bundesbehörde: §§ 2 Abs. 2 und 18 ff. NABEG machen die Bundesnetzagentur zuständig für die Planfeststellung<sup>15</sup>. Damit weicht das Gesetz von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz ab, wonach der Gesetzesvollzug Sache der Länder ist und bundesunmittelbarer Vollzug, Bundesverwaltungskompetenzen oder auch Bundesingerenzen – wenn auch verfassungsrechtlich erlaubte – Ausnahmen sind (Art. 83, 87 Abs. 3 GG). Untere und mittlere Verwaltungsbehörden können nach Art. 87 Abs. 3 Satz 2 nur bei neuen Aufgaben und dort dann auch nur bei dringendem Bedarf errichtet werden. Ob dies angesichts eines grundsätzlich nicht defizitären Ländervollzugs der Fall ist, müsste näher diskutiert werden. Bundesweite Raumordnung ruft scheinbar immer nach einer »Hochzonung« der Verwaltungszuständigkeit, wobei die Bundesnetzagentur dafür als Regulierungsbehörde eigentlich so wenig geeignet ist wie die EZB zur Bankenüberwachung: zwar sachlich naheliegend tätig, aber im Kompetenz- und Fachprofil doch eigentlich mehr auf Marktsteuerung, denn auf Verwaltung angelegt. Die besondere Raumordnungs- und Fachplanungsexpertise muss jedenfalls erst erworben werden.

Solche Verwaltungsbehörden mit Regulierungsabstammung sind – wie wir seit der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt wissen – ein wenig von der parlamentarischen Legitimationsskette genommen und sollen von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nur partiell erfasst sein<sup>16</sup>. Man könnte allerdings auch sagen, der Bund stellt sich seiner Verantwortung und wälzt sie nicht auf die Länder ab. Aber ein leichter Hauch von Notstandsrecht umweht diesen Ansatz doch – woran wir uns ja allmählich gewöhnen.

Die Verfassungswidrigkeit des NABEG lässt sich womöglich dennoch nicht ohne weiteres feststellen, wird aber für die Regelung der Durchführung des Planfeststellungsverfahrens immerhin diskutiert<sup>17</sup>. Im Sinne des Art. 87 Abs. 1 GG sowie nach der Rechtsprechung des BVerfG darf ein Vollzug durch selbstständige Bundesoberbehörden nur für solche Aufgaben erfolgen, die der

---

15 Näher Wolfgang Durner, Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) – Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, DVBl. 2011, 853 ff.

16 Kritisch Klaus Ferdinand Gärditz, Europäisches Regulierungsverwaltungsrecht auf Abwegen. AöR 135 (2010) 251 (275 ff.).

17 Durner, DVBl. 2011, 853 ff.

Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- und Unterbau und ohne Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden der Länder wahrgenommen werden können<sup>18</sup>. Ist dieser Fall bei der örtlich kleinteiligen Durchführung des Planfeststellungsverfahrens gegeben? Ist das wirklich ein Fall der notwendigen Eignung zur zentralen Erledigung oder stehen wir nach Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG vor einer neuen Aufgabe mit »dringendem Bedarf nach bundeseigenen Mittel- und Unterbehörden«<sup>19</sup>? Der Bund übernimmt die Vollzugsverantwortung für den Netzausbau, weil ihm die bloße gesetzgeberische Konzept- und Regulierungsverantwortung nicht hinreichend zielführend erscheint<sup>20</sup>.

#### IV. Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Privaten

Noch interessanter als diese Fragen der föderalen Kompetenzordnung sind die Fragen der Verantwortungsverteilung zwischen privaten Unternehmen und Staat. Ist derjenige, der in einem Markt Geld verdient, der Verantwortliche für die Infrastruktur oder ist es der Staat? Gerade die Energiewirtschaft könnte sich hier als Forschungs- und Referenzgebiet erweisen.

Wer heute auf das zuletzt Anfang 2012 geänderte EnWG schaut, der ist beeindruckt von der Inpflichtnahme privater Unternehmen<sup>21</sup> für eine politisch ersonnene Versorgungskonzeption. Nun könnte man sagen, das war noch nie anders, auch der Einstieg in die Kernenergie oder die Kohleförderung waren doch vor allem politisch ins Werk gesetzt<sup>22</sup>, jede Energiepolitik und jede Energiewende wird als sachlich geboten, vernünftig und eigentlich alternativlos vermarktet. Aber die Frage ist, wie der Kurswechsel, auch mit seinen europäisch

18 BVerfGE 14, 197 ff.; 37, 1 ff.

19 Entsprechende Fragen stellen und beantworten Ivana Mikesic/Boris Strauch, Stromautobahnen: Ende der Planung auf der Kriechspur? RdE 2011, 347 ff.; Christoph Moench und Marc Ruttloff, Netzausbau in Beschleunigung, NVwZ 2011, 1040 (1041).

20 Zum Verantwortungsbegriff bei Kompetenzen in gestuften Rechtsordnungen: Christian Walter, Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung auf globalen Energiemärkten, in: Leible/Lippert/Walter (Hg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, S. 47 (48 f.).

21 Grundsätzlich behandelt bei Hanno Kube, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, Verw 41 (2008), S. 1 ff.

22 Zur Geschichte der Atomverstromung: Peter Becker, Das Ende der Atomverstromung – Zu den Empfehlungen der Ethik-Kommission, zur 13. Atomgesetz-Novelle«, ZNER 2011, S. 471 (471 f.); Udo Di Fabio, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 1 ff.; Michael Ronellenfitsch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, 1983, S. 35 ff.; Dieter Sellner/Frank Fellenberg, Atomausstieg und Energiewende 2011 – das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011, S. 1025 (1025 f.); Gerd Winter, Aufstieg und Fall der Kernenergie in Deutschland: Verläufe, Erklärungen und die Rolle des Rechts, ZfU 2012, S. 209 (210 f.).



abgestimmten Planvorgaben, in Einklang zu bringen ist mit einer privatwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung unter der Geltung von Wirtschaftsgrundrechten wie Art. 12 und Art. 14 GG. Natürlich kann die Bundesnetzagentur den Ausbaubedarf des Netzes planen, aber wer stellt den Antrag, wer realisiert und zahlt es? § 9 Abs. 1 EEG hat eine scheinbar einfache Lösung: »Netzbetreiber sind auf Verlangen der Einspeisewilligen verpflichtet, unverzüglich ihre Netze entsprechend dem Stand der Technik zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, um die Abnahme, Übertragung und Verteilung des Stroms aus Erneuerbaren Energien oder Grubengas sicherzustellen.« Anschlusskosten werden hier noch nach Veranlassung auferlegt, aber nach § 14 EEG trägt der Netzbetreiber die allgemeinen Kosten der Optimierung, der Verstärkung und des Ausbaus des Netzes.

Es gilt nicht nur an diesem Punkt die Frage zu stellen, ob das Verfassungsrecht ähnlich wie das maßstabbildende klassische Polizeirecht mit seiner Störerverantwortung, dem Umweltrecht mit seinem Verursacherprinzip und Vorsorgeprinzip oder wie das föderale Konnexitätsprinzip eigentlich eine Grundregel der gerechten Kostenverteilung nach dem Maß der Veranlassung kennt. Im Umweltrecht hat es sich gedanklich eingebürgert, dass der wirtschaftlich Interessierte in die Verantwortung für die Daseinsvorsorge genommen wird, manchmal vielleicht etwas zu umstandslos, wenn etwa das BVerwG ausführt:

»Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz betont – im Interesse einer umweltverträglichen Abfallwirtschaft – die Eigenverantwortlichkeit von Erzeugern und Besitzern von Abfällen. Diesen wird insbesondere die Pflicht auferlegt, die Abfälle ordnungsgemäß zu verwerten (§ 5 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG) oder zu entsorgen (§ 11 Abs. 1 KrW-/AbfG). Damit wird die Verantwortlichkeit für die Abfallentsorgung – unter Abkehr von dem nach dem alten Abfallgesetz bestehenden Vorrang staatlicher Daseinsvorsorge – in die Hände der privaten Erzeuger und Besitzer gelegt.«<sup>23</sup>

Die entscheidende verfassungsrechtliche Frage bleibt aber, wie die Verantwortungsverteilung zwischen den zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogenen Unternehmen und der öffentlichen Hand verläuft: Das Gemeinwohl profitiert schließlich von einer rentablen Wirtschaft, und zwar in hohem Maße, wobei der Staat die Unternehmen schon aus wirtschaftsgrundrechtlichen Gründen nicht allein unter Abschöpfungsgesichtspunkten betrachten darf. In der Öffentlichkeit und auf einigen politischen Sprechzetteln hat sich gleichwohl gerade in Branchen, die einstmals über Monopole leicht erworbene Gewinne einstrichen ein post-monopolistisches Argumentationsmuster breitgemacht, das allerdings so gar keine Tauglichkeit zum Verfassungsmaßstab mitbringt: Danach ist das gerecht, was ehemalige Gebietsmonopolgewinne abschöpft. In-

---

23 BVerwGE 129, 93 (97).

zwischen sind die großen deutschen Energieversorgungsunternehmen ungeachtet ihrer bedenklich schwindenden strategischen Bedeutung für eine europäisch integrierte deutsche Wirtschaftspolitik geradezu zu einer Inkarnation des Bösen geworden, Dinosaurier aus der Vor-Wendezeit. In diesem moralisch probaten Szenario verdienen sie mit ihren Atomkraftwerken auf Kosten der Sicherheit der Menschen. Ihre fossil befeuerten Kraftwerke verunzieren die CO<sub>2</sub>-Bilanz und die Konzerne wollen sie noch nicht einmal als Reserve für den wolkenverhangenen Wintertag mit Inversionswetterlage bereithalten, nur weil ihnen das nicht rentabel erscheint. Wäre hier nicht mehr »Aufopferung« verlangt? Und sind nicht die im internationalen Vergleich überhöhten Strompreise vor allem ihrer Gier geschuldet und nicht etwa das Werk der lachenden Sonnen und lustig rotierenden Windräder?

Es ist wahr: Das Verbundsystem von industriellen Eignern und kommunalen Gebietskörperschaften, von langfristigen Konzessionen und Gebietsdemarkationen unter den Bedingungen großindustrieller Stromerzeugung war profitabel, übrigens gerade auch für die Kommunen<sup>24</sup>, die heute wiederum mit ihren Stadtwerken in der Nachwendezeit auf eigene Rechnung gutes Geld verdienen wollen. Das System der Gebietsmonopole war aber vor allem politisch nicht nur geduldet, sondern aktiv gefördert worden, was heute gerne verschwiegen wird. Aber wie dem auch sei, mit solchen Buhmann-Geschichten sollte man jedenfalls keine Verfassungsmaßstäbe begründen. Die EV-Unternehmen sind heute Publikumsgesellschaften mit internationaler Beteiligung, die nüchtern als Wirtschaftssubjekte wahrgenommen werden müssen. Es ist legitim, wenn auf Hauptversammlungen von kritischen Aktionären für eine Änderung der Geschäftspolitik geworben wird, aber der Staat muss seine Energiewirtschaftspolitik auch an Vertrauensgrundsätzen<sup>25</sup>, den Wirtschaftsgrundrechten von Unternehmen wie Art. 12 und 14 GG sowie an einem folgerichtigen Konzept der privatwirtschaftlichen Indienstnahme für öffentliche Aufgaben messen lassen. Das gilt nicht nur für den Eigentumsschutz an Anlagen der Energieerzeugung, sondern auch für das Netzeigentum und die Berufsfreiheit in Form der Unternehmerfreiheit, die im deutschen Recht von Art. 12 GG implizit gewährleistet und von Art. 16 der europäischen Grundrechtecharta explizit garantiert wird.

---

24 Siehe bereits Heinrich Büggeln, Die Entwicklung der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, 1930.

25 Hans-Jürgen Papier, Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Löwer, Veranlassung und Verantwortung, 2012, S. 9 ( 11 ff.).

## V. Grundsätze des Wettbewerbs

In der Frühzeit der Bundesrepublik waren gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit dem Geist einer korporatistisch angelegten sozialen Marktwirtschaft durchaus zu vereinbaren. Man hätte 1960 nicht allzu kritisch nachgefragt, ob die Stromwirtschaft eigentlich öffentliche Aufgabenerfüllung in Privatrechtsform ist oder nicht. In den neunziger Jahren hatte sich die Wetterlage geändert, jetzt sollte mit Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Regulierungspolitik mehr Markt und vor allem auch mehr europäischer Binnenmarkt Einzug halten<sup>26</sup>. Regulierung war in deutschen Ohren der Schlüsselbegriff, mit dem große Monopole wie Post, Telekommunikation, Eisenbahn oder Stromversorgung aus der Stube der Staatsverwaltung in die Sommerfrische des Wettbewerbs geführt werden sollten: im Grunde ein Übergangsrégiment auf dem Weg in die allgemeine Marktfreiheit<sup>27</sup>. Aber Regulierung von Märkten konnte auch gemessen an dieser Bedeutung eine gegenteilige Gestalt annehmen<sup>28</sup>. Unter Regulierung verstehen wir immer auch die Verfolgung öffentlicher Zwecke durch sektorale Staatsaufsicht, ein Régiment der Implementierung politischer Zwecke in den marktmäßigen Wettbewerb. Die zunächst mit dem Stromeinspeisungsgesetz (StromEinspG) vom 7. Dezember 1990 gewählte Art der Kostenüberwälzung war insofern auch Teil der Regulierung und inzwischen nehmen solche implementativen und planifikatorischen Strategien zu.

Das Grundgesetz mag wirtschaftspolitisch – was immer das heißt – neutral sein<sup>29</sup>. Es ist aber grundrechtlich nicht indifferent gegenüber dem Wettbewerb im Markt. Wenn der Staat eine Aufgabe selbst erledigt, in Formen des öffentlichen Organisationsrechts leistet, dann ist das als Eingriff in die Freiheit der privaten Marktteilnehmer ein Grundrechtseingriff, der rechtfertigungsfähig, aber auch rechtfertigungsbedürftig ist. Wenn der Gesetzgeber eine öffentliche Aufgabe den Marktkräften reguliert überlassen will, dann hat er dabei selbstverständlich ebenfalls die wirtschaftsspezifischen Grundrechte zu beachten. Er ist zudem, ähnlich wie im Steuerrecht<sup>30</sup>, zu einer folgerichtigen Regula-tionsausgestaltung verpflichtet: Wer Marktkräfte für die Erfüllung öffentlicher Auf-

26 »Modethema der 90er Jahre«: Michael Ronellenfitsch, Neuere Privatisierungsdiskussion, in: Hoppe/Uechtritz (Hg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2004, § 2 Rdnr. 12.

27 Stufenweise Überführung »in eine private Wettbewerbswirtschaft«: Martin Bullinger, Regulierung von Wirtschaft und Medien, 2008, S. 101. Allgemein: Masing, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts. 2002.

28 Kritisch insofern Frank Schorkopf, Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, JZ. 2008, 20 ff.

29 BVerfGE 4, 7; 50, 292; Ernst Rudolf Huber, Der Streit um die Wirtschaftsverfassung (I), in: DÖV 1956, S. 97 ff.; Hans Carl Nipperdey, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, 1960.

30 BVerfGE 105, 73 (126).

gaben nutzen will, muss dies in wettbewerbsneutraler, freiheits- und gleichheitsgerechter Weise tun. Es gilt insofern nicht ein außerrechtliches, ökonomisches Effizienzprinzip, sondern auch eine verfassungsrechtlich maßstäblicher institutioneller Schutz der Wettbewerbsfreiheit, als Konkretisierung der Berufs-, Gewerbe- und Eigentumsfreiheit. Mit anderen Worten kann die Ordnung etwa der Netzentgelte nicht allein dem Gestaltungsermessen des Verordnungsgebers überlassen sein. Ist er nicht vielleicht verpflichtet, über die Zulassung von lastvariablen Netzentgelten das Marktverhalten der Verbraucher als Element zur Stabilisierung der Netze einzusetzen, weil das schonender wäre als ein kostenintensiver und streitanfälliger Netzausbau<sup>31</sup>?

*Smart-Grids* mögen nur ein Detail sein, wichtiger ist die Frage, wann eigentlich Vertrauensschutz in die Planung und die Konstanz der Gesetzgebung anzunehmen ist. Mit der Energiewende werden schließlich Investitionen im Netz- und Anlagenbau gesteuert, die etwa bei Fotovoltaik und Winderzeugung langfristig garantiert werden. Was ist, wenn die Energiepolitik so volatil bleibt, wie sie in den letzten Jahren war? Kann sich ein internationaler Investor sicher sein, dass in Deutschland auch bei Änderungen des politischen Konzepts die Achtung des eingesetzten Investitionsaufwandes eine eigentumsverfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit ist? Muss der Investor womöglich mit Pranger-Kampagnen rechnen, nach dem gängigen Motto, er habe schon genug Rendite erzielt, wenn sich ein heute allgemein geteiltes energiepolitisches Kalkül morgen als großer Irrtum erweisen sollte? Dürfte der Bund langfristig die Kommunen im Wettbewerb so begünstigen oder doch so gewähren lassen, dass ihnen etwa über Konzessionsverträge oder die Re-Kommunalisierung der Energieversorgung<sup>32</sup> eine Maximierung kommunaler Einnahmen gelingt<sup>33</sup> und der Bund und die Länder im Hinblick auf die angemessene Finanzausstattung der kommunalen Ebenen etwas sparen können? Bestehen hier vielleicht auch finanzverfassungsrechtliche Grenzen?

## VI. Ausblick

Der Staat nimmt mit einer konzeptionell letztlich nicht völlig durchdachten Energiewende über den Strompreis die Kunden, die Energiewirtschaft, aber auch die sonstige Wirtschaft in eine gesteigerte Kostenverantwortung. Die übermäßige Nutzung von marktwirtschaftlichen Anreizen anstelle echter

---

31 In diese Richtung argumentieren Sindy Güneysu und Matthias Wieser, *Smarte Preise für smarte Netze – Evolution oder Revolution*, ZNER 2011, 417 ff.

32 Ralf Hüting/Wolfgang Hopp, RdE 255 ff.

33 Jens Held, *Der Konzessionsvertrag als Königsweg? – Maximierung der kommunalen Einnahmen ggf. auch über die Rekommunalisierung*, LKV 2010, 19 ff.

Marktwirtschaft hat zu einer bemerkenswerten Subventionsmentalität im Bereich erneuerbarer Energien geführt, die wie jede bürokratisch veranlasste Marktsteuerung in ihren Folgen jetzt irgendwie aufgefangen werden muss, indem etwa schnell regelbare Kraftwerke als Reservekraftwerke bei Windflaute und Sonnenfinsternis erforderlich werden<sup>34</sup>, aber so etwas betriebswirtschaftlich wenig Rendite verspricht. Anders als ein EU-Wettbewerbskommissar halte ich Ausnahmen bei der Strompreisgeltung für energieintensive Unternehmen nicht nur für zulässig, sondern gegebenenfalls sogar für geboten, wenn ansonsten eine die Rentabilität des Betriebes erdrosselnde Wirkung im europäischen Wettbewerb entstehen sollte. Die einschlägigen Wirtschaftsgrundrechte verlangen zudem, dass die Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums durch die Energiewende folgerichtig und verhältnismäßig unter Vermeidung von Sonderopfern zu erfolgen haben. Was die Lösung von Einzelproblemen angeht, muss ich Sie mit mehr Fragen als Antworten zurücklassen und auf die Rationalität der Ökonomen hoffen, wo sich das Recht als Getriebener eines mitunter atemlosen politischen Prozesses erweist, das noch nicht im Detail beurteilen kann, was gerade wächst, aber ohne die Umstände des Einzelfalls zu kennen auch ungerne entscheidet. Eines sollte aber Konsens unter Rechtsanwendern sein: Politische Großbegriffe wie die Energiewende, Klimapolitik oder Nachhaltigkeit sind legitim und wichtig, aber sie sind in ihrer suggestiven Affirmation wie Schirme und Kapuzen im Sprühregen des politischen Betriebes, die man beim Eintritt in den Salon des Rechts an der Garderobe abgibt. Im Salon gelten andere Regeln der Bekleidung. Hier müssen Kompetenzvorschriften und Grundrechtseingriffe nüchtern gewogen werden. Insofern wünsche ich mir mehr konzeptionelle Klarheit und mehr wirtschaftliche Klugheit gerade auch auf der sich selbst ertüchtigenden Ebene des Bundes, der in der Verantwortung für eine konsistente und erfolgreiche Neuausrichtung der deutschen Energiewirtschaft steht.

---

34 Lorenz Jarass/Gustav M. Obermair, Welchen Netzausbau erfordert die Energiewende?, 2012, S. 83 f.



## Zwischen Europa und Re-Regulierung – welcher Ordnungsrahmen für die »Energiewende«?

### 1. Einleitung

Versorgungssicherheit, Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit bilden den Dreiklang, der als sogenanntes energiepolitisches Zieldreieck die Ausrichtung der Energiepolitik in Deutschland und Europa traditionell bestimmt hat. Zwischen den einzelnen Dimensionen des Zieldreiecks besteht teilweise ein Spannungsverhältnis, so dass historisch das Austarieren der verschiedenen Ziele ein wesentliches Element der deutschen Energiepolitik darstellte.<sup>1</sup> Auch für die Europäische Union ist dieses Zieldreieck handlungsleitend.<sup>2</sup>

Die seit dem Unglück in Fukushima im Jahre 2011 als »Energiewende« bezeichnete, aber bereits mit dem Energiekonzept der Bundesregierung aus dem Herbst 2010 begonnene Neuorientierung der deutschen Energiepolitik besteht aus einer Sammlung einzelner, quantifizierter Ziele, die auf *einen* der drei Aspekte des Zieldreiecks fokussiert sind, nämlich den der Umweltverträglichkeit.<sup>3</sup> Als solche ist die Energiewende somit eine absolute politische Priorisierung

---

1 Vgl. den angeführten Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes, § 1 I EnWG.

2 Vgl. hierzu z. B. den Energiefahrplan 2050 der Europäischen Kommission (KOM/2011/0885).

3 Eigentlicher Fokus des Energiekonzepts ist der Ausbau der Erneuerbaren Energien. Die für dieses technologiespezifische Ziel angeführten Begründungen gehen teilweise über den ökologischen Bereich hinaus (insbesondere vermutete positive industriepolitische Nettoeffekte sowie vermutete Vorteile aus einer möglichen Verringerung der Importabhängigkeit Deutschlands). Diese Argumente sind aber weder theoretisch noch empirisch überzeugend belegbar, so dass die Einordnung des Erneuerbaren Energien-Ziels als primär ökologisch motiviert – nämlich zur Verminderung der Treibhausgasemissionen (dies aber bei Vernachlässigung der ökologischen Folgewirkungen der Nutzung der Erneuerbaren) – gerechtfertigt erscheint. Allerdings ist die derartige Heraushebung einer bestimmten Treibhausminderungstechnologie gegenüber anderen möglichen Minderungstechnologien ordnungspolitisch fragwürdig, vgl. unten Abschnitt 4 ii. Darüber hinaus werden im öffentlichen Diskurs teilweise auch verteilungspolitische Ziele mit der Durchsetzung eines Erneuerbaren Energien-Ziels verbunden. Verteilungspolitik sollte allerdings grundsätzlich nicht mit den Mitteln der Energiepolitik sondern im Rahmen und mit den Instrumenten der allgemeinen Finanzverfassung verfolgt werden; vgl. unten Abschnitt 3.

ökologischer Interessen im Zieldreieck vor die Ziele der Wirtschaftlichkeit und der Versorgungssicherheit, denn für diese beiden anderen Aspekte traditioneller Energiepolitik sind bislang keine quantitativen Ziele formuliert worden.<sup>4</sup> Aus dieser Unvollständigkeit in der Zielbestimmung folgt eine Unausgewogenheit in der öffentlichen Debatte und bei der politischen Entscheidungsfindung. Im Zeitverlauf führt diese Unausgewogenheit dann erwartungsgemäß zu einer Schiefelage, in der die Wirtschaftlichkeit und die Sicherheit der Stromversorgung in Deutschland zunehmend negativ beeinträchtigt werden. Wegen der daraus resultierenden Rückwirkungen auf den politischen Diskurs erscheint eine Vervollständigung und Neujustierung des energiepolitischen Zielkanons in Deutschland nur eine Frage der Zeit und eines wachsenden öffentlichen Drucks zu sein.<sup>5</sup>

Neben einem schlüssigen, kompletten und konsistenten Zielsystem mangelt es der deutschen »Energiewendepolitik« darüber hinaus an einem Umsetzungskonzept. Zur Erreichung der gesetzten Ziele bedarf es umfassender Investitionen und technischer Innovationen. Beides sind primär keine staatlichen Aufgabenfelder; vielmehr obliegen diese Aufgaben den Marktteilnehmern des Energiesektors – Energieversorgern, Zulieferern, Verbrauchern. Umso bedeutender ist ein belastbarer, langfristig berechenbarer Ordnungsrahmen, innerhalb dessen die einzelnen Akteure der Branche ihre Innovationsprojekte und ihre Investitionsvorhaben ausrichten können. Wesentliches Erfolgsmerkmal eines solchen Ordnungsrahmens ist, dass die – notwendigerweise langfristig agierenden – Marktteilnehmer stabile Erwartungen bilden können. Dies wiederum legt nahe, den Ordnungsrahmen möglichst allgemein anzulegen und mit hoher politischer und gesetzgeberischer Glaubwürdigkeit und Verlässlichkeit auszustatten. Eine Politik wie die aktuelle, die mit einer Vielzahl von technologie- und situationsspezifischen Einzelmaßnahmen versucht, die Entwicklung des Energiesektors im Einzelnen zu steuern, wird diesem Anspruch kaum gerecht werden können. Stattdessen käme es darauf an, in der Gestaltung der Energiewirtschaftspolitik der Ordnungspolitik wieder den Vorrang vor der Prozesspolitik zu geben.<sup>6</sup>

Dabei ist auch die Wechselwirkung mit dem formulierten Zielsystem zu beachten: Wenn Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit politisch nur als nachgeordnete Ziele zur Umweltverträglichkeit behandelt werden, und wenn

---

4 Zu beachten ist hier die Übernahme betriebswirtschaftlicher Prinzipien des sogenannten »Management by objectives« (MBO) in die Gestaltung der Energiepolitik und die selektive Auswahl der zum Einsatz kommenden Zielgrößen (objectives). Vgl. auch den viel zitierten Grundsatz des MBO: »What gets measured gets done«.

5 Vgl. acatech (Hrsg.) (2012): Die Energiewende finanzierbar gestalten, S. 10.

6 Zum Unterschied zwischen Ordnungs- und Prozesspolitik vgl. z. B. Donges, J./ Freytag, A. (2004): Allgemeine Wirtschaftspolitik, S. 266 ff.



diese Prioritätensetzung sich im Ordnungsrahmen – und damit im Zeitverlauf auch in der realen Energiewirtschaft – niederschlägt, so werden die Marktteilnehmer zunehmend damit rechnen, dass der Ordnungsrahmen eben nicht stabil ist. Sie werden erwarten, dass der Druck auf die Politik steigen wird, Eingriffe vorzunehmen, um die Wirtschaftlichkeit und die Versorgungssicherheit wieder zu erhöhen – sprich: den Ordnungsrahmen zu verändern. Die Wahrscheinlichkeit unkalkulierbarer prozesspolitischer Interventionen wird dabei höher sein, je detaillierter die Ziele formuliert werden – eine Vielzahl von Einzelzielen, beispielsweise in Bezug auf die Verbreitung und den Einsatz einzelner Technologien, impliziert in der Regel ein höheres Maß an staatlicher Prozesssteuerung.<sup>7</sup>

Die erfolgreiche Weiterentwicklung des deutschen Stromsektors erfordert somit zweierlei: eine ausgewogene Formulierung des Zielsystems und einen hierzu passenden, leistungsfähigen ordnungspolitischen Rahmen.

## **2. Der europäische Strom-Binnenmarkt als übergeordnete Rahmensetzung**

Eines der wichtigsten Elemente der europäischen Einigung ist der wechselseitig freie Zugang zu Märkten für Arbeitskräfte, Güter und Kapital. Um einen fairen, transparenten Marktzugang aller Marktakteure in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu gewährleisten, soll der Wettbewerb wo immer möglich ermöglicht und befördert werden, und wird staatliche Regulierung nur an den Stellen vorgesehen, an der sie – beispielsweise zur Regulierung natürlicher Monopole – zwingend notwendig ist. Erhebliche Effizienz- und Wohlstandsgewinne innerhalb der Europäischen Union waren die Folge dieser wirtschaftlichen Integrationspolitik. Auch die Stromwirtschaft wird seit 1998 durch einen solchen, wettbewerblich orientierten und europäischen Rahmen geordnet, welcher spätestens seit der EnWG-Novelle aus dem Jahr 2005 auch in Deutschland weitgehend umgesetzt worden ist. Eng mit diesem europaweit aufgespannten Ordnungsrahmen verknüpft ist auch das europäische Emissionshandelssystem (EU-ETS), welches einen Großteil der europäischen Stromerzeugungskapazitäten erfasst.<sup>8</sup>

---

7 Ebd.

8 Für eine vertiefende Darstellung der Ordnung der liberalisierten Wertschöpfungsstufen in Deutschland vgl. Bettzüge, M./ Ockenfels, A. (2011): Wettbewerb in den nicht-regulierten Stufen der Strom- und Gasmärkte. In: Baur, J./ Salje, P. / Schmidt-Preuß, M. (Hrsg.): Regulierung in der Energiewirtschaft. Für die Darstellung der Netzregulierung vgl. Bettzüge, M./ Kesting, S., Kapitel 4 und 5, ebd.

Durch die Festlegungen im Energiekapitel des Lissabon-Vertrags<sup>9</sup> sowie die allgemeinen Kompetenzen der Europäischen Union in Bezug auf den freien Handel von Waren und Dienstleistungen<sup>10</sup> besitzen die institutionellen Regelungen des Strombinnenmarkts ein hohes Maß an Glaubwürdigkeit und Legitimität. Zudem zielt auch die reale europäische Politik auf eine Vertiefung des Energiebinnenmarkts hin, insbesondere durch Ausbau grenzüberschreitender Kapazitäten und verstärkte Harmonisierung der Regulierungsvorschriften.<sup>11</sup> Jedweder deutsche ordnungspolitische Rahmen muss also daran gemessen werden, inwieweit seine Regeln mit der Funktionsweise des Binnenmarkts kompatibel sind oder diesen zuwiderlaufen. Gerade für Deutschland als zentral in Europa gelegenes, derzeit mit rund 15 GW an Kuppelkapazität mit den Nachbarländern verbundenes Land sind diese Wechselwirkungen besonders ausgeprägt. Die Erhöhung des Anteils fluktuierender Erneuerbarer Energien (Wind, Sonne) an der Stromproduktion in Deutschland führt zu erheblichen Veränderungen in den Austauschprofilen zwischen Deutschland und seinen Nachbarländern, mit entsprechenden Konsequenzen für Netzflüsse und die Profitabilität von ausländischen Erzeugungskapazitäten.<sup>12</sup> Im Gegenzug könnte Deutschland ehrgeizige Ziele für den Anteil Erneuerbarer Energien am Stromverbrauch zu erheblich geringeren Kosten realisieren, wenn statt wind- und sonnenarmer deutscher Standorte deutlich bessere Standortbedingungen für die Produktion erneuerbaren Stroms genutzt würden, die sich in unseren europäischen Nachbarländern bieten.<sup>13</sup> Die deutsche Politik muss daher sowohl bei der Setzung von Zielen als auch bei der Formulierung zusätzlicher, nationaler Interventionen in den Strombinnenmarkt die jeweiligen Wechselwirkungen mit unseren Nachbarländern berücksichtigen.<sup>14</sup> Nur eine gemeinsame europäische Energiepolitik mit gemeinsamen Zielen und Umsetzungsmechanismen kann die Vorteile aus der Zusammenarbeit heben und die Friktionen vermeiden, die sich aus einer partiellen Integration bei gleichzeitiger Koexistenz nationaler Interventionsvorbehalte ergeben.

Neben dem Spannungsfeld zwischen nationaler und europäischer Ebene tritt eine zweite grundlegende Bruchlinie bei der ordnungspolitischen Umsetzung der deutschen Energiepolitik zutage, nämlich die Frage nach dem Verhältnis von

---

9 Vgl. Art. 194 AEUV.

10 Vgl. Art. 26 AEUV.

11 Vgl. z. B. die Mitteilung »Energie 2020« der Europäischen Kommission, KOM(2010)639.

12 Vgl. z. B. EWI (2013): Belastungstest für die Energiewende.

13 Die Annahme der Realisierung europäischer Synergien war zentral bei den Szenariorechnungen für das Energiekonzept der Bundesregierung, vgl. Prognos/EWI/gws (2010, 2011).

14 So hat beispielsweise die spontane Abschaltung mehrerer deutscher Kernkraftwerke im Frühjahr 2011 den Großhandelsstrompreis nicht nur in Deutschland, sondern auch in den Nachbarländern spürbar erhöht. Gleichzeitig hat nur die Möglichkeit des Stromaustauschs den Spielraum für die so kurzfristige Umsetzung des Moratoriums geschaffen.

Markt und Wettbewerb einerseits und staatlicher Regulierung andererseits. Mit den diversen Binnenmarktpaketen haben sich die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union für eine weitgehend wettbewerbliche Ordnung der Stromwirtschaft entschieden. Insbesondere handelt es sich hierbei um die Liberalisierung der Wertschöpfungsstufen Erzeugung, Handel und Vertrieb – den sogenannten Strombinnenmarkt – sowie zunehmend detaillierte und europaweit harmonisierte Vorschriften für die Regulierung des natürlichen Monopols im Netzbereich. Ziele dieser Liberalisierung waren zum einen die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen in den Mitgliedsstaaten (sog. *level playing field*), zum anderen aber auch die Realisierung von Effizienzgewinnen und damit von wirtschaftlichen Vorteilen durch die Intensivierung des Wettbewerbs und die Auflösung von monopolbedingten Ineffizienzen.

Zentraler Dreh- und Angelpunkt des liberalisierten Strommarktes (in den wettbewerblich organisierten Wertschöpfungsstufen von Erzeugung, Handel und Vertrieb) ist der europäische Stromgroßhandelsmarkt und die auf diesem Markt entstehenden Preise. Diese Preise spiegeln in hoher zeitlicher Auflösung die jeweilige Knappheit im europäischen Stromsystem wider und liefern damit wichtige Anhaltspunkte für Investoren, Betreiber und Nachfrager für die Ausrichtung ihrer wirtschaftlichen Entscheidungen. Gerade für einen umfassenden Transformationsprozess ist die hohe Güte solcher Preissignale ein entscheidendes Erfolgskriterium. Denn wie sonst sollte die Vielzahl der erforderlichen Einzelentscheidungen – beispielsweise Investitionen in konventionelle Erzeugungsanlagen, in sehr unterschiedliche Erneuerbare Energien-Technologien und -Standorte, dezentrale Erzeugungsanlagen wie Mikro-KWK, in Speichertechnologien oder in Flexibilitätstechnologien auf der Nachfrageseite (DSM – *demand side management*) – miteinander koordiniert werden? Ein liquider und friktionsarm funktionierender Strombinnenmarkt wird aus dieser Perspektive heraus zu einem wichtigen Aktivposten bei der erfolgreichen Gestaltung der Entwicklung des europäischen Stromsystems.<sup>15</sup>

Der zentrale Widerspruch zwischen der derzeitigen deutschen Marktordnung und dem Preisfindungsmechanismus im Strombinnenmarkt entspringt der technologiespezifischen Quasi-Subventionierung der Erneuerbaren Energien in Deutschland und der spezifischen Ausgestaltung der Förderregeln im

---

15 Entscheidende Beiträge zur Verbesserung der europäischen Stromgroßhandelsmärkte waren die Einführung der impliziten Marktkopplung zwischen Frankreich, den Niederlanden und Belgien (Trilateral Market Coupling, 2006) sowie die Kopplung der Central Western European (CWE) und nordischen Märkte (2010). Im Rahmen des pentalateralen Forums (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Belgien, Luxemburg) wird momentan darüber hinaus eine sogenannte lastflussbasierte Kopplung eingeführt.

Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).<sup>16</sup> Bei diesem Gesetz handelt es sich um eine pauschale Diffusionsförderung, die dem in EE-Anlagen produzierten Strom vorrangige Einspeisung garantiert und ihn mit staatlich vorgegebenen Sätzen vergütet. Stromerzeugung aus anderen Anlagen wird also gegenüber Erneuerbarem-Strom diskriminiert. Zudem wird der (europäische) Marktpreis – und damit die reale Knappheit im System – weder beim Zubau noch beim Einsatz der EE-Anlagen berücksichtigt.<sup>17</sup> Mit wachsendem Anteil der Erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung werden diese Inkonsistenzen zwischen deutscher und europäischer Marktordnung immer bedeutsamer und führen zunehmend zu Ineffizienz und innereuropäischen Konflikten.<sup>18</sup>

Dabei wäre die Einbindung einer spezifischen Förderung von Erneuerbaren Energien<sup>19</sup> in den Strombinnenmarkt grundsätzlich möglich. Sie müsste hierfür die Form »Stromgroßhandelspreis + X« annehmen, wobei die zusätzliche Subvention »X« entweder *ex ante* staatlich vorbestimmt (Preissteuerung, z. B. Prämienmodell) oder durch Auktionen im Markt ermittelt werden kann (Mengensteuerung, z. B. Ausschreibungsmodelle, Quotenmodelle). Wird »X« technologie- und standortneutral festgelegt, ergibt sich statische Kosteneffizienz der Förderung.<sup>20</sup> In der Abwägung zwischen einer Preis- und Mengensteuerung sind die jeweiligen Vorteile insbesondere aus der höheren Berechenbarkeit der Förderung (Preissteuerung) beziehungsweise der Offenlegung von tatsächlichen Kosten, beispielsweise bei der Landnutzung (Mengensteuerung) miteinander zu vergleichen.

Zusammenfassend ist sowohl aus fundamentalen energiewirtschaftlichen als auch aus europapolitischen und -rechtlichen Erwägungen die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Ordnungsrahmen für die deutsche Stromwirtschaft nur dann

---

16 Zur vertiefenden Erläuterung dieses Spannungsfelds vgl. z. B. Bettzüge (2010) in: Löwer (Hrsg.), Bonner Energierechtsgespräche oder Bettzüge et al. (2011).

17 In der Substanz werden diese Widersprüche zum Binnenmarkt auch durch die im Jahr 2012 eingeführten Regelungen zur optionalen Marktprämie nicht verändert.

18 Die Quasi-Subventionierung Erneuerbarer Energien in Deutschland senkt den Stromgroßhandelspreis nicht nur in Deutschland, sondern auch im benachbarten Ausland, mit entsprechenden Folgen für die Rentabilität ausländischer Kraftwerksinvestitionen. Zudem hat beispielsweise der schnelle Ausbau der Windstromkapazitäten in Norddeutschland signifikante Auswirkungen auf die Stromübertragungsnetze auch in den Niederlanden, in Polen und in der Tschechischen Republik; teilweise installieren die dortigen Netzbetreiber zur Sicherung ihrer eigenen Netzsicherheit technische Einrichtungen, um sich zeitweise gegen das deutsche Stromübertragungsnetz abzusichern, was jedoch zwangsläufig einer zumindest temporären Teilung des europäischen Binnenmarkts gleichkommt.

19 Über die grundsätzliche Legitimation und Sinnhaftigkeit einer solchen dauerhaft angelegten technologiespezifischen Subvention wird kontrovers gestritten. Ordnungspolitisch gerechtfertigt wäre ein solcher Eingriff nur beim Nachweis des Vorliegens von Marktversagen bezüglich der Entwicklung dieser Technologien. Ein solcher empirischer steht bislang aus. Vgl. vertiefend hierzu z. B. Goulder und Parry (2008) und Gillingham und Sweeney (2012).

20 Vgl. z. B. Perman, R. et al. (2011), S. 179 ff.

langfristig stabil, hinreichend leistungsfähig und in sich konsistent sein kann, wenn er einerseits europäisch und andererseits wettbewerbsorientiert ist. Zentrale Elemente dieses »Fluchtpunkts« für die Gestaltung des Ordnungsrahmens sind dabei der Strombinnenmarkt sowie der europäische Emissionshandel (EU-ETS). Weitere Elemente können ein gemeinsames europäisches Förderregime für Erneuerbare Energien sowie – bei Bedarf – ein gemeinsamer europäischer Mechanismus zur Sicherung hinreichender Erzeugungskapazitäten (sogeannter Kapazitätsmechanismus) sein. Vor einer detaillierten Diskussion über einzelne Fragen des nationalen Marktdesigns, wie etwa über die Weiterentwicklung des EEG oder über die mögliche Ausgestaltung nationaler Kapazitätsmechanismen, sollte also zunächst geklärt werden, zu welchem Zeitpunkt der Ordnungsrahmen »im Fluchtpunkt Europa« angekommen sein soll, und mit welchen Zwischenschritten der Weg dorthin gestaltet werden soll. Dabei kann die Frage des Ordnungsrahmens nicht unabhängig von der Formulierung der quantitativen Ziele für die Entwicklung des Stromsystems beantwortet werden. Eine Europäisierung der Instrumente bei gleichzeitig verringerter spezifischer Eingriffstiefe bedingt eine Europäisierung und Verallgemeinerung der Zielformulierung (und *vice versa*).<sup>21</sup>

Für die deutsche Energiepolitik bedeutet dieser Befund unter anderem, dass die sogenannte Energiewende nicht auf die Förderung der Erneuerbaren Energien an deutschen Standorten um jeden Preis reduziert werden darf. Stattdessen sollte sie in ein europäisches Gesamtkonzept zum Klimaschutz eingebunden werden – einerseits bezüglich der Minderung von Emissionen in Europa, andererseits bezüglich der Weiterführung und Unterstützung der globalen Klimaschutzverhandlungen. Ein wesentlicher Bestandteil eines solchen Gesamtkonzepts sind Ziele für die Europäische Union für den Zeitraum der Jahre 2020–2030, und zwar sowohl für CO<sub>2</sub> als auch für die Nutzung erneuerbarer Energien sowie für Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit. Bei der Festlegung dieser Ziele müssen die aktuellen Entwicklungen auf den globalen Märkten für fossile Energieträger sowie der aktuelle Stand der globalen Klimaschutzverhandlungen berücksichtigt werden. Die Ziele für das deutsche Stromsystem sind dann geeignet mit den Zielen für die EU in Abstimmung zu bringen – sowohl im Hinblick auf ihre Größen als auch im Hinblick auf ihren zeitlichen Verlauf.

---

21 Für eine umfassende Diskussion des möglichen »Fluchtpunkts« vgl. Bettzüge (2013), Energiepolitische Gretchenfrage, in: Wissenschaftlicher Beirat des Wirtschaftsrats der CDU, »Deutschland im Jahr 2035«, Berlin.

### 3. Exkurs: Übergreifende politökonomische Einordnung

Politökonomisch stehen einem solchen konsequent europäischen Weg in der Gestaltung der Energiepolitik und des energiewirtschaftlichen Ordnungsrahmens allerdings erhebliche Herausforderungen gegenüber. Insbesondere die vielfältigen, von den derzeitigen Regelungen des EEG profitierenden Interessensgruppen haben von einem wettbewerblichen, europäischen System zu befürchten, dass deutsche Erneuerbare Energien-Standorte (aufgrund ihrer geringeren Standortqualität) eine geringere Rolle spielen würden als in einem national gesteuerten Förderregime wie etwa dem EEG.<sup>22</sup> Handfeste Verteilungsinteressen sorgen also für erheblichen Widerstand gegen die Umsetzung eines ordnungspolitisch stimmigen Wegs, zumal – wie häufig im Zusammenhang mit sektorspezifischen Subventionen beobachtbar – die von der Subvention benachteiligten Interessensgruppen auch in diesem Fall einen deutlich geringeren gesellschaftlichen und politischen Organisationsgrad aufweisen als deren Profiteure. So wünschenswert eine rasche Europäisierung der deutschen Energiepolitik also normativ wäre, so zweifelhaft ist deskriptiv deren rasche Umsetzung in der konkreten deutschen Politik.<sup>23</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt die derzeitige Umsetzung der sogenannten »Energiewende« also einen gravierenden Bruch nicht nur mit den Grundlagen des EU-Binnenmarkts sondern allgemeiner auch mit der ordnungspolitischen Tradition der Sozialen Marktwirtschaft dar. Beider Prinzipien zielen auf die Setzung eines möglichst allgemein gehaltenen wirtschaftspolitischen Rahmens, innerhalb dessen es den einzelnen Wirtschaftsakteuren obliegt, die ihnen jeweils erstrebenswert erscheinenden Einzelziele autonom festzulegen und diese mit den Mitteln ihrer Wahl zu verfolgen. Die Koordination zwischen den einzelnen Wirtschaftssubjekten soll indirekt über den Preismechanismus erfolgen, der mittels seiner Lenkungs- und Koordinationsfunktion *implicite* das Marktergebnis bestimmt. Der Staat setzt die Ordnung für die Aktivitäten der Marktteilnehmer, bestimmt aber nicht das Ergebnis derselben. Insbesondere löst er Verteilungsfragen im Rahmen der allgemeinen Finanzverfassung und vermeidet eine selektive, arbiträre Verschiebung von ökonomischen Renten zwischen verschiedenen Interessen- und Bevölkerungsgruppen. Dadurch wird einerseits die Effizienz des Wirtschaftssystems gestärkt als auch der soziale Ausgleich in der Gesellschaft langfristig geordnet.<sup>24</sup>

Zentrales Merkmal der aktuellen energiepolitischen Agenda ist es hingegen,

---

22 Vgl. hierzu etwa EWI (2010) oder auch Jägemann et al. (2012).

23 Beschleunigung könnte dieser Prozess durch verfassungsrechtliche oder europarechtliche Entscheidungen erfahren, analog zur Geschichte der Abschaffung der Steinkohlesubventionen in Deutschland. Vgl. Manssen (2012)

24 vgl. Müller-Armack, A. (1947), S. 90 – 94 und S. 109 f.

dass diese über eine Rahmensetzung – zum Beispiel bezüglich der Internalisierung der externen Kosten von Treibhausgasemissionen – hinausgeht und auch die Mittel, Wege und Akteure<sup>25</sup> festsetzen möchte, also einen vermeintlich geeigneten Weg zur Zielerreichung vorgibt. Expliziter Ausdruck dieses Lenkungsverständnisses ist die Vielzahl von Einzeleingriffen, insbesondere im Bereich der Förderung erneuerbarer Energien – das BMU beispielsweise spricht von 180 solcher Maßnahmen.<sup>26</sup> Jede dieser Maßnahmen zieht eine ökonomische Verteilungswirkung nach sich, in der Regel hin zu einzelnen, klar definierten Nutznießern der jeweiligen Technologieförderung und zu Lasten einer diffusen, breiten Gruppe von Benachteiligten – benachteiligt entweder durch entstehende Mehrkosten (Verbraucher) oder durch entgangene Gewinne (Anbieter von Konkurrenztechnologien).

Bei einer Fortsetzung dieser auf die rücksichtslose<sup>27</sup> Durchsetzung einzelner Technologien zielenden politischen Agenda sind – den grundlegenden Überlegungen der ordnungspolitischen Logik folgend – drei wesentliche Konsequenzen zu erwarten: Erstens eine wachsende Ineffizienz bei der deutschen Stromversorgung, sprich ein zunehmendes Maß an vermeidbaren volkswirtschaftlichen Kosten; zweitens wachsende Konflikte bezüglich der Verteilung der Gewinne und der Verluste (welche die Gewinne übersteigen) aus dieser Politik; und drittens eine zunehmende Tendenz zur regulatorischen Kontrolle weiterer Teilbereiche der Volkswirtschaft, um die ursprünglich nicht intendierten Folgewirkungen der Erstintervention zu bekämpfen. Beispiele für solche Effekte sind die wachsenden Differenzkosten bei der Förderung von Erneuerbaren Energien,<sup>28</sup> die mittlerweile intensiv geführten politischen Diskussionen über die »Gerechtigkeit« der Befreiungsregeln im EEG für stromintensive Betriebe<sup>29</sup> oder auch der Diskurs über Anpassungen in der Ordnung des konventionellen Erzeugungsmarkts als Reaktion auf die durch die stark gestiegene Erneuerbaren-Einspeisung dort hervor gerufenen Verwerfungen.<sup>30</sup> Es bleibt abzuwarten, wie lange die deutsche Politik die aus diesen und weiteren Effekten resultie-

---

25 Stichwort »Energie in Bürgerhand«, vgl. z. B. Bündnis 90/ Die Grünen (2013), S. 31 ff.

26 Vgl. [www.bmu.de/themen/klima-energie/energiewende/kurzinfo](http://www.bmu.de/themen/klima-energie/energiewende/kurzinfo), abgerufen am 07.06.2013.

27 Bspw. ohne Rücksicht auf Entwicklungen im deutschen und europäischen Strommarkt, auf Entwicklungen auf den weltweiten Märkten für Energieträger und Umwandlungstechnologien oder auf Entwicklungen in den globalen Klimaschutzverhandlungen.

28 Der BDEW nennt für die Differenzkosten einen Zuwachs von 5,6 (2009) über 12,5 (2011) auf 16,5 Milliarden Euro (2013). Die spezifischen Förderkosten liegen damit derzeit bei mehr als 12 EURct pro geförderter kWh erneuerbaren Stroms. Vgl. bdew (2013).

29 Vgl. 6. EEG-Dialogforum des BMU und entsprechendes Thesenpapier (2013); auch: Europäische Kommission (C/2012/8765).

30 Vgl. BMWi (2013).

renden Lasten für den Wohlstand und den sozialen Frieden wird aushalten können.

Die Behauptung jedenfalls, dass die Erreichung anspruchsvoller ökologischer Ziele – beispielsweise bei der Minderung von Treibhausgasemissionen – nur durch marktfremde Staatsinterventionen gewährleistet werden kann, muss ebenso als falsch zurückgewiesen werden,<sup>31</sup> wie die in der Gründungsphase der Sozialen Marktwirtschaft von vielen Seiten vorgebrachte Behauptung, dass sozialer Ausgleich nur im Rahmen einer staatlich gelenkten Wirtschaft möglich sei.<sup>32</sup> Die Parallele zur gegenwärtigen Situation ist unverkennbar – heute wird die Verfolgung ökologischer Ziele als staatliche Aufgabe definiert, die durch Maßnahmen der Wirtschaftslenkung zu verfolgen sei, um sie gegen vorgebliche Widerstände durchzusetzen. In der damaligen Diskussion legten die Begründer der Sozialen Marktwirtschaft letztlich überzeugend – und vom Verlauf der Geschichte anschließend bestätigt – dar, dass volkswirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Verwirklichung sozialer Ziele keineswegs miteinander konkurrieren, sondern in einer durch angemessene Rahmenbedingungen organisierten freien Marktwirtschaft als komplementäre Ziele gleichzeitig und gemeinsam verfolgt werden können – ein Konzept, welches Müller-Armack als »Irenische Formel« bezeichnete.<sup>33</sup> Das Konzept der Sozialen Marktwirtschaft organisiert einerseits eine freie Marktwirtschaft als den idealen Rahmen für wirtschaftliches und soziales Handeln, und ergänzt diese durch aktive Wirtschafts- und Sozialpolitik, welche allerdings auf staatliche Preisfestsetzungen – z. B. im Lohnsektor – und andere Mikroeingriffe verzichtet. War auch zu Zeiten der Nachkriegsjahre das Blickfeld vor allem auf Fragen des sozialen Ausgleichs gerichtet, so lässt sich die dahinter liegende Konzeption unzweifelhaft auch auf die heute zunehmend in den Mittelpunkt gerückten Fragen des Umweltschutzes übertragen. Auch für die Integration ökologischer Nebenbedingungen in das wirtschaftliche Handeln gibt es »irenische Formeln«, die von einer langfristig agierenden Politik gewählt werden könnten, und die tages- und verteilungspolitisch motivierte Interventionen vermeidet.<sup>34</sup> Ein solcher wettbewerblich orientierter, von übergeordneten

---

31 Vgl. hierzu ausführlich bspw. Schlussbericht der Enquetekommission »Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität« (2013), S. 545 ff.

32 Weite Teile der deutschen Öffentlichkeit, insbesondere Sozialdemokraten, Gewerkschaften, aber auch der arbeiternahen Flügel der Christdemokraten, standen einer liberalen Wirtschaftsordnung überaus skeptisch gegenüber, wie sie bereits lange vor dem Zweiten Weltkrieg von Vordenkern wie Walter Eucken befürwortet wurde. Diese weitverbreitete Skepsis fußte in ihrem Kern ebenfalls in der Vorstellung, dass die Wirtschaftspolitik der Nachkriegszeit vermeintlich konkurrierende Ziele in Einklang zu bringen habe, nämlich neben einer leistungsfähigen Güterproduktion vor allem das Ziel eines auf sozialen Ausgleich gerichteten Wirkens einer staatlich gelenkten Wirtschaft.

33 Vgl. Müller-Armack, A. (1949).

34 Beispielsweise erfordern externe Effekte oftmals staatliche Maßnahmen zu ihrer Internali-



ökologischen Rahmenbedingungen flankierter Politikansatz würde sich somit sowohl in die Grundlogik des europäischen Binnenmarkts als auch in die Tradition der Sozialen Marktwirtschaft in Deutschland einordnen.

#### 4. Zentrale Handlungsfelder bei der Weiterentwicklung des Ordnungsrahmens der Elektrizitätswirtschaft

Ähnlich zur Situation in anderen Politikfeldern, beispielsweise der Währungs- und Wirtschaftspolitik, übt die Integration der Märkte durch die entstehenden Wechselwirkungen einen impliziten Druck hin zu einer Vereinheitlichung der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen aus. Zwar ist zu erwarten, dass die nationalen Regierungen und Parlamente der EU-Mitgliedsstaaten auch und gerade im innenpolitisch sehr bedeutsamen Bereich der Energiepolitik weiterhin versucht sein werden, nationale Gestaltungsprärogative einzufordern und in Form einer wettbewerbsfremden, administrierenden Gesetzgebung durchzusetzen. Doch wird die Macht des Faktischen, nämlich die im Zuge einer weiteren Integration der Märkte zunehmenden Verwerfungen und Ineffizienzen, diesen Bemühungen um nationalstaatliche Souveränität immer engere Grenzen setzen.

Für die Formulierung eines schlüssigen, langfristig glaubwürdigen Ordnungsrahmens gibt es also – bei Annahme des Fortbestands der Europäischen Union – nur ein mögliches Paradigma: ein europäisch orientiertes Konzept, welches auf einem liberalisierten Strommarkt und dem EU-ETS aufsetzt. Eine vorausschauende Entwicklung des ordnungspolitischen Rahmens in Deutschland sollte diese Entwicklungslogik daher antizipieren und die europäische Marktordnung zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen nehmen. Wesentliche Handlungsfelder für eine solche Anpassung des deutschen Ordnungsrahmens seien nachfolgend kurz skizziert.

---

sierung. Als externer Effekt wird in der Volkswirtschaftslehre dabei jede Auswirkung auf die Produktions- oder Konsummöglichkeit eines Individuums bezeichnet, die durch die Aktivität eines Dritten verursacht wird, ohne dass diese Auswirkung über den Marktmechanismus abgewickelt und dementsprechend über Preissignale erfasst wird. Private und soziale Kosten weichen dann voneinander ab. Diese formale Definition trifft insbesondere auf Probleme der Umweltverschmutzung zu. Die Internalisierung von solchen externen Effekten kann grundsätzlich mit marktbasierter Standard-Instrumenten wie beispielsweise Steuern oder Zertifikatesystemen realisiert werden und setzt hierfür keine Mikro-Eingriffe des Staates voraus. Vgl. hierzu bereits Eucken (1952), aber zur allgemeinen Einführung in umweltökonomische Instrumente auch z.B. Perman, R. et al. (2011), S. 177 ff. Für eine umfassende Erörterung der ordnungspolitischen Herausforderung bei der Minderung von Treibhausgasen in Deutschland und Europa Schlussbericht der Enquetekommission »Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität« (2013), S. 545 ff..

i. Der *europäische Emissionshandelsmechanismus (EU-ETS)* ist das Leitsystem für die Reduktion der Emissionen klimaschädlicher Gase in Deutschland und Europa. Er setzt eine feste Obergrenze für die CO<sub>2</sub>-Emissionen in den von ihm erfassten Sektoren und legitimiert damit die europäische Position in internationalen Klimaschutzverhandlungen. Der gegenwärtig vielfach beklagte, vermeintlich zu niedrige Preis für CO<sub>2</sub>-Zertifikate ist kein Beleg für eine eingeschränkte Funktionsfähigkeit des EU-ETS.<sup>35</sup> Denn die grundsätzliche Logik eines sogenannten Cap-and-Trade-Systems, zu dem auch der EU-ETS zählt, liegt nicht darin, einen Preis für Emissionen von außen vorzugeben, sondern stattdessen eine feste mengenmäßige Obergrenze, den sogenannten Cap, zu setzen.<sup>36</sup> Einziger Maßstab für die Bewertung der Funktionsfähigkeit des Systems ist daher, ob diese Obergrenze eingehalten wird, was derzeit der Fall ist. Dennoch bedarf es einer Weiterentwicklung des Emissionshandels. Jenseits des Jahres 2020 sind noch keine Ziele festgelegt worden, und es ist auch noch nicht vereinbart worden, ob Zertifikate, die in der Handelsperiode 2013–2020 gekauft worden sind, auch in der Periode 2020–2030 Gültigkeit haben werden (sogenanntes *Banking*). Beide Klärungen sind dringlich. Darüber hinaus zeigt die aktuelle Debatte um das *Backloading*, also einen ungeplanten, einmaligen politischen Eingriff zur Verringerung der dem System zur Verfügung gestellten Zertifikatmenge zur Erhöhung des Zertifikatepreises, die politische Anfälligkeit des EU-ETS-Mechanismus.<sup>37</sup> Zur Stärkung der Glaubwürdigkeit des Systems sollten daher für die Periode 2020–2030 institutionelle Regelungen getroffen werden, welche die Möglichkeit der Politik, nachträglich die Zertifikatmengen zu verändern, ausdrücklich regeln beziehungsweise beschränken. Bedenken gegenüber einem langfristig nicht genügend stark ausgeprägtem CO<sub>2</sub>-Preissignal könnten dabei zum Beispiel durch die Aufnahme von Regelungen zu einem Mindestpreis adressiert werden.<sup>38</sup> Der EU-ETS sollte für die Periode 2020–2030 nicht nur in sich gestärkt, sondern auch erweitert werden. Noch immer sind zahlreiche Emissionsquellen nicht durch den EU-ETS erfasst (z. B.

---

35 Der gegenwärtige Preis für eine Tonne CO<sub>2</sub> liegt im Bereich um vier Euro und damit erheblich unter früheren Preisen und auch unterhalb der geschätzten externen Kosten der Emission von einer Tonne CO<sub>2</sub> (vgl. Tol (2009)). Gründe für den aktuell niedrigen Preis umfassen die Auswirkungen der Wirtschaftskrise vor allem in West- und Südeuropa, die starke Förderung der Erneuerbaren Energien insbesondere in Deutschland sowie eine Vielzahl von erfolgreichen Anpassungsmaßnahmen in der vom EU-ETS erfassten Industrie.

36 Die Obergrenze im Rahmen des EU-ETS liegt im Jahr 2013 bei 2,04 Mrd. Tonnen CO<sub>2</sub>.

37 Vgl. den Beschluss des Europäischen Parlaments zum sogenannten Backloading im EU-ETS um 900 Millionen Zertifikate im Zeitraum 2013–2020, Beschlussache P7\_TA-PROV(2013) 0310.

38 Im Vereinigten Königreich wurde 2013 ein Mechanismus ergänzt, der einem CO<sub>2</sub>-Mindestpreis von 4,94 GBP/tCO<sub>2</sub> entspricht, mit zukünftig steigenden Mindestpreisen. Vgl. [www.hmrc.gov.uk/budget2011/tiin6111.pdf](http://www.hmrc.gov.uk/budget2011/tiin6111.pdf), abgerufen am 04.07.2013.

der Verkehrs- oder der Gebäudesektor); zudem wäre es nur natürlich, den europäischen Emissionshandel mit vergleichbaren Systemen, die gegenwärtig in anderen Industriestaaten wie beispielsweise Australien entstehen, zu verknüpfen, um so erste Schritte auf dem Weg zu einem weltweiten CO<sub>2</sub>-Regime zu gehen. Eine solche Verknüpfung wäre auch eine interessante Möglichkeit, die Europäische Union in einen Rahmen für klimafreundliche Investitionen in Nordafrika und dem Mittleren Osten zu integrieren.<sup>39</sup>

ii. Deutschland und Europa haben sich konkrete Ziele zum Ausbau der *erneuerbaren Energien* gesetzt, nämlich einen Anteil an der Stromerzeugung von 35 % im Jahr 2020 und 80 % im Jahr 2050 (Deutschland)<sup>40</sup>, bzw. 20 % im Jahr 2020 (Europa) zu erreichen.<sup>41</sup> Aus ökonomischer Sicht ist die Legitimation eines solchen technologiespezifischen Einzelziels zweifelhaft. Das Makroziel der CO<sub>2</sub>-Reduzierung wird mittels eines – im oben beschriebenen Sinne – funktionierenden Emissionshandelssystems vollständig erfasst. Langfristig wird auch ein reines CO<sub>2</sub>-Minderungsregime zu Investitionen in Erneuerbare Energien-Kapazitäten führen, aller Voraussicht nach zunächst zu weiteren Investitionen im Bereich der Windenergie an Land, späterhin aber auch zu Investitionen in solare Kapazitäten und Windenergie auf See.<sup>42</sup> Ein paralleler, stark subventionierter Kapazitätsausbau der erneuerbaren Energien begünstigt *eine* unter vielen Technologien zur Minderung von Treibhausgasemissionen.<sup>43</sup> Die separate Förderung der erneuerbaren Energien führt somit zu vermeidbaren Mehrkosten bei der Senkung von Treibhausgasemissionen, wobei allerdings gleichzeitig das Preisniveau der CO<sub>2</sub>-Zertifikate gesenkt wird.<sup>44</sup> Ähnlich wie bei den Treib-

---

39 Der wissenschaftliche Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie empfiehlt für die globalen Klimaschutzverhandlungen eine Abkehr vom Ziel eines globalen Handelssystems sowie die Hinwendung zu global einheitlichen Steuern auf die Emission von Treibhausgasen (vgl. BMWi (2012), S. 12 ff.). Bei der Einführung des EU-ETS hat sich die europäische Staatengemeinschaft für ein Handelssystem entschieden, weil nur ein solches System ein spezifisches Mengenziel garantiert sowie leichter zwischen den Mitgliedsstaaten der EU – mit sehr unterschiedlichen Steuersystemen – harmonisieren ließ (Verweis, z. B. Endress (2010)). Eine in einem globalen Abkommen eingegangene Verpflichtungserklärung Europas zu einer Treibhausgas-Steuer ließe sich beispielsweise über einen Mindestpreis in den EU-ETS integrieren.

40 Vgl. §1, Abs. 2 EEG.

41 Vgl. Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rats.

42 Eine quantifizierte Gegenüberstellung verschiedener Entwicklungsszenarien findet sich bspw. in Jägemann et al. (2012).

43 Alternative Minderungstechnologien umfassen beispielsweise die Erhöhung der Wirkungsgrade in konventionellen Kraftwerken, die Verschiebung des Energiemix von Öl und Kohle hin zu Erdgas, die Nutzung der Kernenergie oder sämtliche Energieeffizienztechnologien. Für einen Vergleich der Kosten von Treibhausgasminderungstechnologien vgl. bspw. McKinsey (2010).

44 Politökonomisch mag die Wechselwirkung von Erneuerbare Energien-Förderung und CO<sub>2</sub>-

hausgasemissionen ist also auch bei den Erneuerbaren Energien zunächst eine Klärung herbei zu führen, welche Ziele in Europa und in Deutschland<sup>45</sup> bis zum Jahr 2030 erreicht werden sollen, und ob diese Ziele expliziten oder indikativen Charakter haben sollen. Entscheidet man sich für explizite und anspruchsvolle Ziele und führt man eine separate Förderung von Erneuerbaren Energien fort, so sollte diese wie oben dargestellt nach Möglichkeit *europäisch*, *marktorientiert* sowie *technologie- und standortneutral* angelegt sein kann. Eine mögliche Ausprägung für ein solches Modell wäre ein europäisches Quotensystem, welches ab dem Jahre 2020 zum Leitsystem für eine europaweit harmonisierte Förderung der Erneuerbaren Energien werden könnte. Ergänzend zu diesem europäischen Handlungsstrang muss in Deutschland kurzfristig das *Erneuerbare Energien-Gesetz (EEG)* weiterentwickelt werden. Neben der Vorbereitung auf einen Übergang zu einem marktorientierten, europäischen Fördersystem ab 2020 sollte dabei vor allem die Erhöhung der Kosteneffizienz der Förderung der Erneuerbaren Energien in Deutschland im Vordergrund stehen. Hierfür wäre vor allem die Verschiebung des Portfolios der geförderten Technologien weg von Technologien mit hohen Differenzkosten zwischen Vergütungssatz und Börsenwert des erzeugten Stroms (Wind Off Shore, Photovoltaik, Biomasse) hin zur Technologie mit den niedrigsten Differenzkosten (Wind On Shore) erforderlich. Zudem sollten möglichst viele wettbewerbliche Elemente in das Förderregime integriert werden, beispielsweise mittels eines Auktionssystems bei Wind On Shore oder einer verpflichtenden Marktprämie. Überdies sollte Deutschland versuchen, mit den unmittelbaren Nachbarländern zu Absprachen zu kommen, die eine optimale Standortwahl für die Investition in Erneuerbare Energien-Anlagen innerhalb des kontinentaleuropäischen Strommarkts unterstützen.

iii. Derzeitig wird intensiv darüber diskutiert, ob es kurz- oder spätestens mittelfristig notwendig sein wird, einen Mechanismus zur Sicherung ausreichender Erzeugungskapazitäten zu etablieren (sogenannter *Kapazitätsmechanismus*).<sup>46</sup> Wie mehrere aktuelle Untersuchungen gezeigt haben, geht es dabei zentral um die Frage, welche Preisspitzen ein an der Kapazitätsgrenze operierender Stromgroßhandelsmarkt auszuhalten in der Lage ist, und wie verlässlich

---

Preis durchaus attraktiv sein. So verteilen sich die Lasten aus einer aktiven Klimaschutzpolitik auf mehrere Töpfe (Intransparenz); zudem wird der auch von industriellen Großemittenten zu entrichtende CO<sub>2</sub>-Preis gesenkt (Industriepolitik); und die Mitnahmeeffekte von Ländern mit hohen Anteilen von (weitgehend kohlenstofffreier) Kernenergie werden begrenzt. Vgl. hierzu u. a. Endress (2009).

45 Aufgrund der oben geschilderten Wechselwirkungen muss das deutsche Ziel allerdings Bezug nehmen auf das übergeordnete europäische Ziel.

46 vgl. Growitsch, C./ Matthes, F. (2013) sowie EWI (2012).

die von diesen Preisspitzen ausgehenden Investitionssignale sind.<sup>47</sup> Zum jetzigen Zeitpunkt sind im kontinentaleuropäischen Großhandelsmarkt keine solchen Preisspitzen zu beobachten, auch nicht in Zeiten geringer Einspeisung aus Erneuerbare Energien-Anlagen. Es ist daher davon auszugehen, dass das System derzeit mit Kapazität überausgestattet ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch die Nachfrageseite zur Bewältigung temporärer Engpässe beitragen kann (freiwillige Einschränkung der Stromnachfrage), und dass gerade in diesen Bereich der Flexibilisierung der Nachfrage (*demand side management*) in den vergangenen Jahren erhebliche Investitionen getätigt worden sind.<sup>48</sup> Dementsprechend zeigen auch die quantitativen Abschätzungen der Entwicklung von Last und Kapazitäten in Deutschland keinen Handlungsbedarf für die kommende Dekade an.<sup>49</sup> Ob dann für die sichere und friktionsarme Gewährleistung der ab etwa 2020 zunehmend wichtiger werdenden Kapazitätsneubauten ein Kapazitätsmechanismus eingeführt werden sollte, ist derzeit nicht verlässlich abzuschätzen.<sup>50</sup> Wie bereits in den zuvor beschriebenen Problemfeldern gilt jedoch auch im Hinblick auf einen möglichen Kapazitätsmechanismus, dass dieser keine nationalstaatliche, sondern eine europäische Aufgabe darstellt.<sup>51</sup> Die bestehenden und mittelfristig zusätzlich verfügbaren Kuppelkapazitäten zwischen den Höchstspannungsnetzen der europäischen Staaten führen bereits heute dazu, dass regionale Lastspitzen durch zusätzliche Erzeugung in benachbarten Regionen gedeckt werden können.<sup>52</sup> Der geplante weitere Zubau von Kuppelkapazitäten wird also in Kontinentaleuropa die Handlungsnotwendigkeit mit Blick auf die Einführung von Kapazitätsmechanismen weiter reduzieren – und gleichzeitig den Zwang zur zwischenstaatlichen Koordination bei der Organisation der Versorgungssicherheit erhöhen. Insgesamt ist festzustellen, dass bezüglich der Notwendigkeit, der europäischen Koordination sowie der optimalen Ausgestaltung eines Kapazitätsmechanismus derzeit noch viele Fragen offen sind, und dass ein solcher Mechanismus gleichzeitig vielfältige politökonomische und energiewirtschaftliche Risiken birgt. Daher sollte von vorzeitigen Festlegungen abgesehen werden.

---

47 Vgl. EWI (2012); Ockenfels, A./ Cramton, P. (2012); Joskow, P./ Wolfram, C. (2012).

48 Die International Energy Agency hat hierzu bereits 1993 ein internationales Technologieprogramm ins Leben gerufen (IEA Demand Side Management Programme).

49 Vgl. EWI (2012).

50 Wesentliche Einflussgrößen auf die Bewertung sind die Entwicklung der nachfrageseitigen Flexibilität einerseits und der Einspeiseprofile aus Erneuerbaren Energien andererseits. Vgl. EWI (2012).

51 Vgl. Europäische Kommission (COM/2012/663), S. 17; Eurelectric (2013); ACER (2013).

52 Lastspitzen treten in unterschiedlichen Regionen üblicherweise zu unterschiedlichen Zeitpunkten auf – eine geographisch großflächige Durchmischung des Nachfrageverlaufs sorgt insgesamt für eine Glättung des Lastgangs

iv. Von der grundsätzlichen Notwendigkeit eines den gesamten europäischen Strommarkt umfassenden Kapazitätsmechanismus zur besseren Bewältigung möglicher Preisspitzen im Stromgroßhandelsmarkt muss die Frage nach der *regionalen Verfügbarkeit gesicherter Leistung* unterschieden werden. Gerade innerhalb Deutschlands sind nach der Abschaltung umfangreicher Kernkraftkapazitäten (ohne Rücksicht auf deren geographische Lage) im Jahre 2011 regionale Ungleichgewichte entstanden, die insbesondere in Süddeutschland zu erheblichem Handlungsbedarf geführt haben. Da Deutschland per Gesetz als einheitliche Preiszone organisiert ist, werden diese regionalen Ungleichgewichte nicht im Stromgroßhandelspreis sichtbar. Ökonomisch betrachtet müsste in Situationen mit Nord-Süd-Engpässen im deutschen Übertragungsnetz in Süddeutschland ein höherer Strompreis gelten als in Norddeutschland. Dieser Preisunterschied würde einerseits Kraftwerksstandorte im Süden relativ attraktiver machen und andererseits die Nachfrage an den Grenzen in Deutschlands Süden – nach Frankreich, der Schweiz und Österreich – in angemessener Weise reduzieren. Bei der gegenwärtigen Topographie der Energieinfrastruktur wäre somit in etlichen Stunden des Jahres ein höherer Strompreis in Süddeutschland (und in der Schweiz und Österreich) als in Norddeutschland zu erwarten. Diese Preisunterschiede würden sich mit dem angestrebten Ausbau des deutschen Übertragungsnetzes nach und nach verringern und im Ausbaustadium wieder vollständig verschwinden. Politisch erscheint eine solche ökonomisch gebotene Aufteilung Deutschlands in zwei Preiszonen kaum durchsetzbar. Alternativ hierzu müssen dann aber Ad-hoc-Maßnahmen<sup>53</sup> zur Sicherung süddeutscher Kraftwerksstandorte umgesetzt werden.<sup>54</sup> Diese Maßnahmen beziehen sich letztlich auf Anpassungen des Redispatch-Mechanismus<sup>55</sup> um Maßnahmen der Kapazitätssicherung. Wenn die einheitliche Preiszone in

---

53 Eine solche ad-hoc-Maßnahme zeigte sich im April 2013, als die für die Betreiber defizitären Kraftwerksblöcke Irsching 4 und 5 nur in Betrieb belassen wurden, nachdem sich der Netzbetreiber TenneT in Abstimmung mit der Bundesnetzagentur dazu verpflichtete, die Fixkosten des Kraftwerks teilweise zu tragen (vgl. <http://www.tennet.eu/de/news-presse/article/tennet-reserviert-irsching-4-und-5-fuer-redispatch.html>, abgerufen am 04.07.2013). Dieses Vorgehen wurde am 12.06.2013 durch die Reservekraftwerksverordnung (ResKV) der Bundesregierung kodifiziert, die zunächst bis zum 31.12.2017 befristet ist (vgl. <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=580648.html>, abgerufen am 04.07.2013).

54 Eine weitere Alternative wäre eine Anpassung des Pfads der Kernkraftwerksabschaltungen, die die Netztopographie berücksichtigt, zum Beispiel durch Tausch von nord- und süd-deutschen Abschaltungszeitpunkten, was aber politisch ebenfalls als ein wenig vielversprechender Weg zu bewerten ist.

55 Unter Redispatch sind kurzfristige Eingriffe in die Fahrweise von Kraftwerken zu verstehen, die auf Anweisung des Netzbetreibers erfolgen, um Stromnetze vor einer Überlastungssituation zu schützen. Der Redispatch stabilisiert in diesem Sinne die vorgegebene einheitliche Preiszone.

Deutschland trotz der zunehmenden innerdeutschen Netzengpässe beibehalten werden soll, ist aus Effizienz- und Verteilungsgründen darüber hinaus Sorge dafür zu tragen, dass zukünftig vermehrt auch grenzüberschreitende Redispatchmaßnahmen durchgeführt werden können, insbesondere in Frankreich, Österreich und der Schweiz. Insgesamt weist die aktuelle Problematik der deutschen Preiszone auf das umfassende Phänomen hin, dass die Preiszonen der kontinental europäischen Stromgroßhandelsmärkte nach wie vor überwiegend deckungsgleich mit den einzelnen Nationalstaaten sind, dass aber die relevante Bezugsgröße für die Grenzen einer Preiszone nicht nationale Grenzen, sondern die jeweilige Netztopologie sein sollte. Skandinavien zeigt in diesem Zusammenhang seit geraumer Zeit, wie ein solches *Market Splitting* in mehrere regionale Preiszonen realisiert werden kann, so dass regionale Ungleichgewichte und Netzengpässe in abweichenden Preisen abgebildet werden können.<sup>56</sup> Perspektivisch sollte auch der kontinentaleuropäische Stromgroßhandelsmarkt in diesem Sinne weiter entwickelt werden.<sup>57</sup>

v. Eine besondere und zunehmend bedeutsame Herausforderung für die Ordnung der Stromwirtschaft stellt die Behandlung des zum Verbrauch im eigenen Haushalt oder Betrieb selbst erzeugten Stroms dar (*Eigenerzeugung*). Dieser Strom ist im Vergleich zu Strom, der von einem Vertriebsunternehmen über das öffentliche Netz bezogen wird in mehrfacher Hinsicht privilegiert. So ist er insbesondere von Netzentgelten, Steuern und Umlagen<sup>58</sup> befreit. Da diese regulatorisch und staatlich induzierten Belastungen des fremdbezogenen Stroms in den vergangenen Jahren stark angestiegen sind und im Haushaltsbereich mittlerweile rund die Hälfte des gesamten Strompreises ausmachen, gewinnt die Eigenerzeugung privatwirtschaftlich zunehmend an Attraktivität. In der Industrie beobachtet man daher bereits heute einen Trend zur Eigenerzeugung vor allem mittels Gasmotoren, insbesondere dort, wo Wärmesenken genutzt werden können. Für den Haushaltsbereich ist eine entsprechende Entwicklung in Kürze zu erwarten, wobei hier vor allem die Stromerzeugung aus Photovoltaik mit Batterie im Mittelpunkt gesehen wird.<sup>59</sup> Diese Entwicklung wirkt zudem selbst beschleunigend, da durch den Rückzug immer weiterer Stromverbraucher aus

---

56 Im Bereich von Nord Pool Spot, der Strombörse der skandinavischen und baltischen Staaten, werden derzeit für Norwegen fünf, für Schweden vier und für Dänemark zwei Preiszonen unterschieden. Die übrigen Staaten stellen jeweils eine Preiszone dar.

57 Vgl. Europäische Kommission (COM/2012/663), S. 6 ff.; für eine vertiefende Analyse vgl. Burstedde, B. (2013).

58 Stromsteuer, Konzessionsabgabe sowie EEG-, die KWK-, die Strom-NEV- und die Offshore Haftungsumlage. Hinsichtlich der Mehrwertsteuer wird derzeit noch geprüft, wie die umsatzsteuerliche Behandlung des Eigenverbrauchs bei Anlagen, die nach dem 1.4.2012 in Betrieb genommen wurden, umgesetzt wird.

59 Vgl. Jägemann, C. et al. (2012).

der Finanzierung der Umlagen die Umlage für die verbleibenden Verbraucher konsequenterweise steigen muss, was den Anreiz zur Eigenerzeugung weiter erhöhen wird. Volkswirtschaftlich ist ein solchermaßen verursachter Trend zur Eigenerzeugung in mehrfacher Weise schädlich: Die Eigenerzeugung ist ineffizient, da durch einen verzerrten privatwirtschaftlichen Anreiz Anlagen errichtet werden, die teurer sind als die – im Börsenpreis abgebildeten – Wettbewerbs-technologien. Zudem ergeben sich vermeidbare Folgekosten vor allem im Netz und in der Bereitstellung der konventionellen *Back-Up*-Kapazitäten. Und schließlich führt diese Entwicklung zu erheblichen Verteilungswirkungen: Mieter und Bezieher niedriger Einkommen, die sich nicht mittels Eigenerzeugung aus der Finanzierung von Steuern und Umlagen befreien können, werden benachteiligt, während wohlhabende Haushalte, insbesondere solche mit entsprechendem Wohneigentum sowie Gewerbetreibende relativ bevorteilt werden. Eine rasche Abschaffung der Privilegien des eigenverbrauchten Stroms – entweder durch eine analoge Belastung der eigenerzeugten Mengen oder durch eine entsprechende Entlastung der fremdbezogenen Strommengen<sup>60</sup> – erscheint daher als weitere dringliche Aufgabe für die deutsche Energiepolitik.

## 5. Fazit

Der Ordnungsrahmen für die deutsche Stromwirtschaft ist derzeit nicht angemessen auf die Umsetzung der ehrgeizigen politischen Ziele hin ausgerichtet, sondern es besteht erheblicher Anpassungsbedarf sowohl bei der Festlegung eines ausgewogenen und konsistenten Zielsystems als auch bei der Definition der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Akteure der Energiewirtschaft. Aus der übergreifenden Einbindung Deutschlands in den europäischen Binnenmarkt folgt dabei, dass beide Elemente, nämlich Zielsystem und Ordnungsrahmen, langfristig im europäischen Kontext bestimmt werden müssen. Bei der Entwicklung einer europäischen Energiepolitik und eines umfassenden europäischen Ordnungsrahmens fällt Deutschland eine besondere Rolle zu, nicht nur weil Deutschland der größte Mitgliedstaat ist, der zudem eine zentrale geographische Lage aufweist, sondern auch weil Deutschland ein besonderes Anspruchsniveau mit Blick auf ökologische Aspekte des Energiemix formuliert hat.

---

60 Eine solche Entlastung könnte beispielsweise auch durch veränderte Regeln für die Finanzierung der durch das EEG verursachten Differenzkosten, z. B. Steuer- statt Umlagenfinanzierung, sowie durch eine Abschaffung oder Reduktion der Strom- und Umsatzsteuer erfolgen. Zudem sollten die Netzentgelte für nicht leistungsgemessene Kunden eine möglichst hohe Leistungspreiskomponente – bis hin zu einer *flat fee* – erhalten.



Deutsche Energiepolitik sollte also in den kommenden Jahren parallel auf zwei Ebenen agieren: einerseits in Europa bei der Vorbereitung schlüssiger europäischer Ziele und Rahmenbedingungen für den Zeitraum ab dem Jahre 2020, andererseits in Deutschland zur Anpassung des deutschen Gesetzesrahmens an einen solchen europäischen »Fluchtpunkt«. Vor allem der Koordination mit unseren unmittelbaren Nachbarländern, mit denen die deutsche Stromversorgung in vielen Stunden des Jahres engpassfrei verbunden ist – und damit einen gemeinsamen Strompreis teilt – kommt dabei eine besondere Bedeutung zu. Eine Erweiterung des im Bereich der Organisation der Stromgroßhandelsmärkte sehr erfolgreichen Regionalmarktansatzes auf weitere Felder der Energiepolitik – wie vor allem die Förderung von Erneuerbaren Energien und die Gewährleistung gesicherter Erzeugungsleistung – erscheint vor diesem Hintergrund als ein besonders viel versprechender und bereits kurzfristig umsetzbarer Ansatz zur Verbesserung der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen der deutschen Stromwirtschaft.

## Literaturverzeichnis

- acatech (Hrsg.)(2012): Die Energiewende finanzierbar gestalten. Effiziente Ordnungspolitik für das Energiesystem der Zukunft. Wiesbaden: Springer Vieweg 2012.
- ACER (2013): Opinion of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators No 05/2013 on Capacity Markets. Laibach: Agency for the Cooperation of Energy Regulators.
- bdew (2013): Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken. Berlin: Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
- Betzüge, Marc (2010): Herausforderungen bei der zukünftigen Gestaltung der europäischen Stromversorgung – ein Impulsreferat. In: Löwer, Wolfgang (Hrsg.): Bonner Gespräche zum Energierecht 5. Neuere europäische Vorgaben für den Energieeinkaufsmarkt. Göttingen: V&R unipress 2010, S. 9 ff.
- Betzüge, Marc (2013): Energiepolitische Gretchenfrage. In: Wirtschaftsrat (Hrsg.): Deutschland im Jahr 2035. Berlin 2013, S. 145 ff.
- Betzüge, Marc; Growitsch, C.; Panke, T. (2011): *Erste Elemente eines Jahrhundertprojekts – ökonomische Betrachtungen zur Entwicklung der Europäischen Energiepolitik*. Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 60 (1), S. 50–61.
- Betzüge, Marc; Kesting, S. (2011): Ökonomische Grundlagen der Regulierung von Energienetzen. In: Baur, Jürgen F., Salie, P., Schmitdt-Preuß, M. (Hrsg.): Regulierung in der Energiewirtschaft. Köln: Carl Heynemanns Verlag.
- Betzüge, Marc; Ockenfels, A. (2011): Wettbewerb in den nicht-regulierten Stufen der Strom- und Gasmärkte. In: Baur, Jürgen F., Salie, P., Schmitdt-Preuß, M. (Hrsg.): Regulierung in der Energiewirtschaft. Köln: Carl Heynemanns Verlag.
- Bündnis 90/ Die Grünen (2013): Zeit für den grünen Wandel, Teilhaben. Einmischen. Zukunft Schaffen., Bundestagswahlprogramm 2013.

- BMWi (2012): Wege zu einer wirksamen Klimapolitik. Berlin: Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.
- BMWi (2013): Bericht des Kraftwerkforums an die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Länder. Berlin: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie..
- Burstedde, Barbara (2013): Essays on the Economics of Congestion Management – Theory and Model-based Analysis for Central Western Europe. Köln: Dissteration, Universität zu Köln.
- Deutscher Bundestag (Hrsg.)(2013): Schlussbericht der Enquete-Kommission »Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität – Wege zu nachhaltigem Wirtschaften und gesellschaftlichem Fortschritt in der Sozialen Marktwirtschaft«. Drucksache 17/13300. Berlin 2013.
- Donges, Jürgen B.; Freytag, A. (2004): Allgemeine Wirtschaftspolitik. 2. Auflage. Stuttgart: Lucius & Lucius.
- Endres, Alfred (2013): Umweltökonomie. 4. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer 2013.
- Endress, Martin (2010): The Development of Emissions Trading in Germany. A Political Economy Analysis of Stakeholders, Interests and Power Resources. Köln: Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln 2010.
- Eucken, Walter (1952): Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Bern; Tübingen: Francke; Mohr 1952.
- Eurelectric (2013): European Commission Consultation Paper on generation adequacy, capacity mechanisms and the internal market in electricity. Brüssel: Union of the Electricity Industry.
- Europäische Kommission (Hrsg.)(2010): Energie 2020. Eine Strategie für wettbewerbsfähige, nachhaltige und sichere Energie. Brüssel: Amt für Veröff. der Europ. Union 2010.
- Europäische Kommission (Hrsg.)(2011): Energiefahrplan 2050. Brüssel: Amt für Veröff. der Europ. Union 2011.
- EWI (2010): European RES-E Policy Analysis. Köln: Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln 2010.
- EWI (2012): Untersuchungen zu einem zukunftsfähigen Strommarktdesign. Köln: Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln 2012.
- EWI (2013): Trendstudie Strom 2022. Belastungstest für die Energiewende. Köln: Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln 2013.
- Gillingham, Kenneth; Sweeney, J. (2012): Barriers to Implementing Low Carbon Technologies. Yale University (USA); Precourt Energy Efficiency Center, Stanford (USA).
- Goulder, Lawrence, H.; Parry, I., W., H. (2008): Instrument Choice in Environmental Policy. Oxford: Review of Environmental Economics and Policy, Oxford University Press.
- Growthsch, Christian; Matthes, F.; Ziesing, H. (Mod.)(2013): Clearingstudie Kapazitätsmärkte im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Köln; Berlin 2013.
- Jagemann, Cosima; Hagspiel, S.; Lindenberger, D. (2012): The economic inefficiency of grid parity: The case of German photovoltaics in scenarios until 2030. In: Proceedings of the 2<sup>nd</sup> International Workshop on Integration of Solar Power into Power Systems, 12 – 13 November 2012, Lissabon.

- Jägemann, Cosima; Fürsch, M.; Hagspiel, S.; Nagl, S. (2012): Decarbonizing Europe's power sector by 2050 – Analyzing the implications of alternative decarbonization pathways. EWI Working Paper 12/13.
- Joskow, Paul; Wolfram, C. (2012): Dynamic Pricing of Electricity. American Economic Review Papers and Proceedings 102(3), S. 381 – 385.
- Manssen, Gerrit (2012): Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der besonderen Ausgleichsregelung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes i. d. F. des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28. Juli 2011, BGBl. I, S. 1634 ff. Regensburg 2012.
- McKinsey & Company (2010): Impact of the financial crisis on carbon economics. Version 2.1 of the Global Greenhouse Gas Abatement Cost Curve. o.O. 2010.
- Müller-Armack, Alfred (1946): Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft. Hamburg: Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik.
- Müller-Armack, Alfred (1949): Soziale Irenik. Münster 1949.
- Ockenfels, Axel; Cramton, P. (2012): Economics and Design of Capacity Markets for the Power Sector. Zeitschrift für Energiewirtschaft 36(2), S. 113 – 134.
- Perman, Roger; Yue, M.; Common, M.; Maddison, D.; McGilvray, J. (2011): Natural Resource and Environmental Economics. 4. Auflage. Harlow: Pearson Education Limited.
- Prognos, EWI, gws (2010): *Energieszenarien für ein Energiekonzept der Bundesregierung*. Projekt Nr. 12/10 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Berlin.
- Prognos, EWI, gws (2011): *Energieszenarien 2011*. Projekt Nr. 12/10 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Berlin.
- Tol, Richard (2009): The Economic Effects of Climate Change. Journal of Economic Perspectives 23(2), S. 29 – 51.



## **Das Kontinuitätsgebot als gesetzgeberische Handlungsdirektive für die Energiepolitik: Zur wechselhaften Rolle der Kernenergie im Energiekonzept der Bundesregierung im Lichte des grundrechtlichen Eigentums- und Investitionsschutzes**

Politisches Handeln führt mitunter zu unvorhersehbaren oder zumindest aus Sicht der politisch Handelnden unerwarteten Effekten, vor allem dann, wenn neue Instrumente eingesetzt werden, deren Wirkungsweise sich nicht völlig überblicken lässt. Dies zeigt sich etwa am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien, die zwar den gewünschten Effekt erzielt, aber auch zu spürbaren Erhöhungen der Energiepreise führt.<sup>1</sup> Aber nicht nur derartige unvorhergesehene Entwicklungen fordern Änderungen der Politik, vielmehr ist es geradezu das Wesen der Demokratie, dass politische Entscheidungen von Zeit zu Zeit revidiert werden. Die Energiepolitik ist sicherlich ein Bereich, der hierfür paradigmatisch ist. Schon der Begriff der Energie-Wende<sup>2</sup>, der seit einigen Jahren aus dem energiepolitischen Vokabular nicht mehr wegzudenken ist, bringt zum Ausdruck, dass die damit schlagwortartig beschriebene Politik einen Kurswechsel, möglicherweise sogar eine Richtungsänderung um 180° beinhaltet. Derartige Wenden können unangenehme Auswirkungen auf die Betroffenen haben, und zwar vor allem dann, wenn sie plötzlich und unvorhersehbar erfolgen. Das gilt nicht zuletzt im Hinblick auf den beschleunigten Ausstieg aus der zivilen Nutzung der Kernenergie, der im Jahr 2011 zunächst von der Bundesregierung »verordnet« und einige Monate später gesetzlich festgelegt wurde –

---

\* Der Verfasser ist Akademischer Rat am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 So führt etwa die EEG-Umlage (ungeachtet erst jüngst wieder geäußelter verfassungs- und europarechtlicher Zweifel) nicht nur zu steigenden Strompreisen für die Verbraucher, deren Vermittlung politisch zusehends schwieriger wird. Die massive Förderung erneuerbarer Energien führt auch dazu, dass bestehende Kraftwerke unrentabel werden, so dass die Betreiber sie abschalten möchten, was aber wiederum staatlicherseits verhindert werden soll, weil sie als (Kalt-) Reserve gebraucht werden.

2 Der Begriff geht soweit ersichtlich zurück auf eine Bericht des Öko-Instituts Freiburg zurück, siehe *F. Krause/H. Bossel/K.-F. Müller-Reißmann*, *Energiewende – Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran*, 1980. In der öffentlichen Diskussion ist der Begriff vor allem mit den energiepolitischen Maßnahmen der rot-grünen Bundesregierung 1998 – 2002 verbunden, vgl. *L. Mez*, *Energiepolitik*, in: Andersen/Woyke (Hrsg.), *Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*, 6. Aufl. 2009, S. 185.

kann er doch dazu führen, dass Investitionen frustriert werden, die die Energieversorgungsunternehmen in der Annahme getätigt haben, die Kraftwerke länger als nach dem neuen Rechtsstand zulässig betreiben zu dürfen. Die Tatsache, dass es sich – trotz des vorangegangenen Unglücks in Fukushima – hierbei nicht etwa um auf die Energieversorgungsunternehmen einwirkende »höhere Gewalt«, sondern um eine politische und gesetzgeberische Entscheidung handelte, wirft die Frage auf, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen der Staat eine solche Energiewende anordnen darf.

Zu ihrer Beantwortung soll zunächst kurz die Entwicklung der Einstellung der Bundesrepublik zur Kernenergie dargestellt werden, und zwar vor allem am Beispiel der Energiekonzepte der Bundesregierung. Sodann soll versucht werden, den (eher vagen) Begriff des Kontinuitätsgebots mit Substanz zu füllen und daraus konkrete gesetzgeberische Handlungs- und Unterlassungspflichten abzuleiten. Abschließend wird analysiert, ob bei der Energiewende diese Pflichten beachtet wurden.

## I. Die Einstellung des Staates zur Kernenergie seit dem Beginn ihrer Nutzung

Betrachtet man die Entwicklung der zivilen Nutzung der Kernenergie in Deutschland seit den 1960er Jahren,<sup>3</sup> so fällt eine Kontinuität, verstanden im Sinne einer über einen gewissen Zeitraum gleichbleibenden Linie,<sup>4</sup> zunächst dergestalt ins Auge, dass die Nutzung der Kernkraft zwar nie vom Staat selbst vorgenommen wurde oder werden wollte, gleichwohl aber stets als politische Angelegenheit betrachtet wurde, über die der Staat zu bestimmen habe. Wohl nirgends zeigt sich diese Diskrepanz so deutlich wie in der Auffassung der Bundesregierung, den Betrieb von Kernkraftwerken durch ein »Moratorium« von einem Tag auf den anderen suspendieren zu dürfen.<sup>5</sup> In Wirklichkeit war und ist der Staat aber in seiner Energiepolitik wie auch in anderen Bereichen, in denen er Aufgaben nicht selbst wahrnimmt, auf das Setzen von Anreizen und die Schaffung von Rahmenbedingungen beschränkt – die staatliche Energiepolitik lebt insofern von privater Initiative der Wirtschaft.

3 Das erste Kernkraftwerk, das KKW Kahl in Bayern, nahm am 1. Februar 1962 den kommerziellen Betrieb auf.

4 Zum Kontinuitätsbegriff siehe etwa A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 11 ff.

5 Pressestatements von Bundeskanzlerin A. Merkel und Bundesaußenminister G. Westerwelle zu den Folgen der Naturkatastrophen in Japan sowie den Auswirkungen auf die deutschen Kernkraftwerke vom 14.03.2011, abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

Jenseits dieser Kontinuität, die nicht die inhaltliche Frage des Ja oder Nein der Nutzung der Atomkraft betrifft und die daher eher eine Kontinuität zweiter Ordnung darstellt, lässt sich bis in die 1980er Jahre eine beständige Befürwortung eines Ausbaus der Kernenergie durch die Bundesregierung feststellen. Diese hatte bereits in den 1950er Jahren ein eigenes Bundesministerium für Atomfragen gegründet und das Atomgesetz auf den Weg gebracht. Sie ging in der Gesetzesbegründung davon aus, dass »ein Staat, der auf dem Gebiet der Erforschung, Erzeugung und Nutzung der Kernenergie nicht konkurrenzfähig ist, an wirtschaftlicher und politischer Geltung hinter den Nationen mit einer entwickelten Atomwirtschaft zurückstehen« müsse. »Für die Bundesrepublik wäre die unvermeidbare Folge einer solchen Entwicklung eine wirtschaftliche Deklassierung und ein fühlbarer Rückgang des individuellen Lebensstandards.«<sup>6</sup> Auch hingewiesen wurde auf den zu erwartenden höheren Bedarf an Energie.<sup>7</sup> Der Staat unterstützte die Entwicklung der Kernenergie auch finanziell, zunächst vor allem durch Subventionen beim Aufbau von Forschungsreaktoren, um die neuen Technologien zur Marktreife zu bringen, später auch durch die Förderung von Kraftwerken zur kommerziellen Energiegewinnung.<sup>8</sup> Letztlich überließ man aber die Errichtung und den Betrieb der Kernkraftwerke der privaten Energiewirtschaft und nahm – anders als etwa in Frankreich – Abstand davon, die Erzeugung von Kernenergie monopolartig einer staatlich kontrollierten Gesellschaft zu übertragen.<sup>9</sup>

Das soweit ersichtlich erste umfassende Energiekonzept der Bundesregierung aus dem Jahr 1973 sah vor dem Hintergrund der ersten Ölkrise und der durch sie verursachten Energieknappheit vor, bis zum Jahr 1986 nahezu 100 neue Großkraftwerke mit einem Investitionsvolumen von etwa 70 Milliarden DM zu errichten<sup>10</sup> – oder richtigerweise errichten zu lassen, denn auch diese Kraftwerke sollten von den Energieversorgungsunternehmen gebaut und betrieben werden. Betont wurde daher die Notwendigkeit »einer konstruktiven, zielorientierten Zusammenarbeit zwischen Elektrizitätswirtschaft, kerntechnischer Industrie und den verantwortlichen öffentlichen Stellen«.<sup>11</sup> Dieses Energieprogramm

---

6 BT-Drs. 2/3026, S. 16.

7 BT-Drs. 2/3026, S. 16 f.

8 Vgl. etwa *J. Radkau*, Aufstieg und Krise der deutschen Atomwirtschaft 1945–1975, 1983, S. 133, 196 f. Zum Umfang der Förderung vgl. etwa *G. Jäger/M. Weis*, atw 49 (2004), S. 8 ff. Wesentlich höhere Zahlen finden sich in einer – wenig nachvollziehbaren – Studie des Forum ökologisch-soziale Marktwirtschaft (FÖS) im Auftrag von Greenpeace, 2. Aufl. Oktober 2010.

9 Siehe zur besonderen Rolle der Privatwirtschaft etwa *J. Radkau*, Aufstieg und Krise der deutschen Atomwirtschaft 1945–1975, 1983, S. 132 f.

10 BT-Drs. 7/1057, S. 10.

11 BT-Drs. 7/1057, S. 10.

wurde mehrfach fortgeschrieben,<sup>12</sup> wobei der Zubau an Kernkraftwerken allerdings allgemeiner formuliert »im Rahmen des Bedarfs« stattfinden<sup>13</sup> und der Kernenergie eine gesteigerte Rolle bei der Bewältigung der sogenannten Grundlast zukommen<sup>14</sup> sollte.

Angesichts der aufkommenden Anti-Atomkraft-Bewegung schwand die Unterstützung der Bundesregierung für die Atomkraft in den 1980er Jahren. Sie legte keine einheitlichen Energiekonzepte mehr vor, sondern beschränkte sich auf punktuelle Ankündigungen zu einzelnen Bereichen der Energiepolitik, etwa im Hinblick auf das Aufkommen erneuerbarer Energien<sup>15</sup>. Parallel zu dieser schwindenden politischen Unterstützung wurde ab 1982 kein neues kommerzielles Kernkraftwerk mehr gebaut; das letzte im Bau befindliche (Neckarwestheim II) ging 1989 ans Netz.

Manifest wurde die allenfalls noch halbherzige Unterstützung für die Kernkraft im energiepolitischen Gesamtkonzept »Energiepolitik für das vereinte Deutschland«<sup>16</sup> aus dem Jahr 1991. Die Bundesregierung erklärte erstmals, dass die Kernkraft eine – wie man heute sagt – Brückentechnologie darstelle und sie genutzt werden müsse, »solange andere vergleichbar versorgungssichere, umweltfreundliche und preisgünstige Energieträger nicht zur Verfügung« stünden.<sup>17</sup> Dementsprechend war auch nicht mehr von einem Ausbau der Kernenergie, sondern nur noch von möglicherweise benötigten »Ersatzkapazitäten« die Rede. Seit diesem Zeitpunkt kann die Kernenergie aus der Perspektive der Bundesregierung als »Auslaufmodell«, freilich noch ohne bestimmten Zeitpunkt, betrachtet werden. Immerhin wurde in diesem Energiekonzept auch erstmals und zu Recht ausgeführt, dass der Bau von Atomkraftwerken auf unternehmerischen Entscheidungen beruhe.<sup>18</sup>

In der Folge legte die Energiepolitik – vor allem nach dem Regierungswechsel 1998 – verstärkt Wert auf Umwelt- und vor allem Klimaschutzaspekte bei der Energieversorgung, ohne dies allerdings in umfassenden Energiekonzepten zum Ausdruck zu bringen,<sup>19</sup> es erfolgten vielmehr Einzelmaßnahmen. Die im hiesigen Kontext bedeutendste davon war sicherlich der im Jahr 2000 im Konsens mit

12 Erste Fortschreibung 1974, BT-Drs. 7/ 2713; zweite Fortschreibung 1977, BT-Drs. 8/1357; dritte Fortschreibung 1981, BT-Drs. 9/983.

13 BT-Drs. 9/983, S. 10.

14 BT-Drs. 9/983, S. 18 f.

15 Siehe zur Rolle des Umweltschutzes in der Energiepolitik *L. Mez*, Energiepolitik, in: Andersen/Woyke (Hrsg.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 2009, S. 182.

16 BT-Drs. 12/1799.

17 BT-Drs. 12/1799, S. 33.

18 BT-Drs. 12/1799, S. 32.

19 Der Bericht des Wirtschaftsministeriums »Nachhaltige Energiepolitik« aus dem Jahre 2001 stellt wohl nicht die Meinung der (gesamten) Bundesregierung dar.



den Energieversorgungsunternehmen beschlossene »Atomausstieg«,<sup>20</sup> der durch eine Änderung des Atomgesetzes bewerkstelligt wurde,<sup>21</sup> durch die die Laufzeiten der Kernkraftwerke durch die Benennung bestimmter, in Grenzen auch übertragbarer Reststrommengen limitiert wurden.

Während die von 2005 bis 2009 regierende »Große Koalition« aufgrund unterschiedlicher Einstellungen gegenüber der Kernenergie diese Energiepolitik fortführte und dies auch in ihrem »Energie- und Klimaprogramm« vom August 2007 niederlegte,<sup>22</sup> verfolgte die seit 2009 regierende christlich-liberale Koalition anfangs eine andere Linie. In ihrem »Energiekonzept« vom 28. September 2010<sup>23</sup> beschrieb sie zwar weiterhin die Kernkraft als »Brückentechnologie« auf dem Weg zu einer auf erneuerbaren Energieträgern basierenden Energieversorgung. Zugleich erklärte sie aber, (um im Bild zu bleiben) die »Spannweite« der Brücke deutlich verlängern zu wollen, um »den Weg in das Zeitalter der erneuerbaren Energien, insbesondere durch strompreisdämpfende Wirkungen und eine Absenkung der energiebedingten Treibhausgas-Emissionen« zu erleichtern.<sup>24</sup> Diese Absicht schlug sich zunächst in der 11. Novelle des Atomgesetzes nieder,<sup>25</sup> die am 14. Dezember 2010 in Kraft trat und die Laufzeiten für die bestehenden 17 Kernkraftwerke durch Zuteilung zusätzlicher Reststrommengen um etwa 8 bis 14 Jahre verlängerte.<sup>26</sup>

Auf den Tag genau drei Monate später, am 14. März 2011, erklärte Bundeskanzlerin Merkel als Reaktion auf das Unglück im japanischen Kernkraftwerk Fukushima, man werde »die erst kürzlich beschlossene Verlängerung der Laufzeiten der deutschen Kernkraftwerke aussetzen.« Dieses »Moratorium« gelte für drei Monate.<sup>27</sup> Währenddessen sollten die sieben ältesten, bis 1980 in Betrieb genommenen Kernkraftwerke auf ihre Sicherheit überprüft werden. Im August 2011 trat dann eine erneute Änderung des Atomgesetzes, die 13. Novelle, in Kraft,<sup>28</sup> durch die die 2010 zugewiesenen, zusätzlichen Reststrommengen wieder entzogen wurden und damit die Laufzeitverlängerung rückgängig gemacht wurde. Zusätzlich wurde die maximale Restlaufzeit für jedes Kraftwerk

---

20 Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen vom 14. Juni 2000, siehe deren Bezugnahme in BT-StenBer. 14/10423.

21 Gesetz vom 14. Dezember 2001, BGBl. I 2002, S. 1351.

22 Abrufbar unter [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

23 BT-Drs. 17/3049.

24 BT-Drs. 17/3049, S. 8 f.

25 Gesetz vom 28. Oktober 2010, BGBl. I 2010, S. 1814.

26 Anlage 3, Spalte 4 AtG.

27 Pressestatements von Bundeskanzlerin A. Merkel und Bundesaußenminister G. Westerwelle zu den Folgen der Naturkatastrophen in Japan sowie den Auswirkungen auf die deutschen Kernkraftwerke vom 14.03.2011, abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

28 Gesetz vom 30. Juni 2012, BGBl. I 2011, S. 1704.

auch durch einen fixen Abschalttermin limitiert,<sup>29</sup> so dass eine (zuvor mögliche) »Sammlung« von Reststrommengen in einem Kernkraftwerk jetzt nur noch begrenzt möglich ist. Die sieben ältesten Kraftwerke, die infolge des Moratoriums abgeschaltet worden waren, sowie das ohnehin wegen einer Störung abgeschaltete KKW Krümmel durften nicht mehr in Betrieb gehen. Die diesen Kraftwerken 2002 zugewiesenen, noch nicht verbrauchten Reststrommengen dürfen auf die noch laufenden Kernkraftwerke übertragen werden, soweit dadurch nicht die zeitliche Laufzeitgrenze überschritten wird.

Von Kontinuität kann nach alledem schon seit den 1990er Jahren allenfalls im Hinblick auf das Ziel der Beendigung der zivilen Nutzung der Kernkraft, nicht aber im Hinblick auf die Details und insbesondere den Beendigungszeitpunkt die Rede sein.

## II. Das Kontinuitätsgebot im demokratischen Rechtsstaat

Rechtlich problematisch ist eine solche fehlende Kontinuität in der Politik wohl gar nicht und in der Gesetzgebung nur, wenn sie gegen ein Kontinuitätsgebot verstößt, das sich aus der Verfassung ergibt, an die allein der Gesetzgeber bei seinem Handeln nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist.

### 1. Demokratie als Kontinuitätshindernis

Ein etwaiges Kontinuitätsgebot steht zunächst in einem Spannungsverhältnis zum Wesen der Demokratie (Art. 20 Abs. 1, 2 GG). Im Rahmen der »Herrschaft auf Zeit« ist der Gesetzgeber, wenn er nicht von Legislaturperiode zu Legislaturperiode mehr in den Gesetzen der Vorgängerparlamente gefangen sein, sondern wirklich »herrschen« will, zu einer politischen und auch rechtlichen Diskontinuität berechtigt, wenn nicht sogar demokratiethoretisch verpflichtet.<sup>30</sup> Nicht umsonst gilt im Parlamentsrecht der Diskontinuitätsgrundsatz, der jedem neuen Parlament auch formal *carte blanche* für eine neue Politik gibt.<sup>31</sup>

29 § 7 Abs. 1a Satz 1 AtG.

30 Siehe zur »Dynamik der Volkssouveränität« etwa A. Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 378.

31 Vgl. zur Diskontinuität etwa U. Scheuner, Vom Nutzen der Diskontinuität zwischen Legislaturperioden, DÖV 1965, 510 (512); R. Belz, Die Diskontinuität der Parlamente, 1968, S. 59 ff.; L.A. Verstejl, Wider den Grundsatz der Diskontinuität der Parlamente – Überlegungen unter besonderer Berücksichtigung des Haushaltsrechts, DVBl. 1973, 161 ff.; R. Schorn, Der Grundsatz der Diskontinuität im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 8 ff., 37. Zu politikwissenschaftlichen Hintergründen vgl. bereits T. Steinmark, Dynamische Gesetzgebungstheorie und Neue Politische Ökonomie, 1985, S. 127 ff.

Gesetze gelten allerdings, wenn sie nicht, wie es mitunter versuchsweise geschieht, befristet werden,<sup>32</sup> unbefristet und damit auch über die Legislaturperiode hinaus. Um die Demokratie nicht zu lähmen, muss daher der Gesetzgeber berechtigt sein, Gesetze zu ändern oder aufzuheben; es besteht für ihn grundsätzlich auch kein Verbot des *venire contra factum proprium*.<sup>33</sup> Umgekehrt kann er sich auch kaum dagegen schützen, dass das nächste Parlament Entscheidungen revidiert und die Rechtslage ändert – es sei denn, er würde die Verfassung ändern oder den Zwang zur Beibehaltung des status quo auf anderem Wege faktisch herbeiführen. Hier kann freilich irgendwann die Grenze des in der Demokratie Zulässigen erreicht sein, man denke nur an die Diskussion um die Bindung künftiger Parlamente im Bereich der Haushaltsautonomie.<sup>34</sup> Festzuhalten ist daher zunächst, dass das Demokratieprinzip grundsätzlich die Variabilität und Gestaltungsfreiheit der Rechtsordnung voraussetzt.

## 2. Kontinuität als rechtsstaatliches Gebot

Die im Demokratieprinzip verankerten Möglichkeiten zu Gesetzesänderungen finden ihre Grenzen allerdings im ebenfalls ein Staatsstrukturprinzip bildenden Rechtsstaatsprinzip, das der demokratischen »Gesetzgebungsfreiheit« Schranken setzt und verhindert, dass das Volk völlig nach Belieben herrscht. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung in Art. 20 Abs. 3 GG bindet ihn auch an das Rechtsstaatsprinzip, das eine Vielzahl von Unterprinzipien enthält, von denen hier vor allem die Rechtssicherheit interessiert.<sup>35</sup> Diese verlangt nicht nur die Klarheit, Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, sondern auch seine Beständigkeit.<sup>36</sup>

Einen Teil des Rechtsstaatsprinzips, versteht man es in einem materiellen Sinne,<sup>37</sup> bilden auch die Grundrechte, an die die Bindung des Gesetzgebers in Art. 1 Abs. 3 GG nochmals gesondert angeordnet ist. Auch aus den Grundrechten lässt sich ein Kontinuitätsanspruch ableiten, und zwar aufgrund des Umstands, dass die Freiheitsentfaltung des Einzelnen regelmäßig innerhalb

32 So etwa im Fall des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, bei dem die Befristung inzwischen entfallen ist, oder bei den so genannten Anti-Terror-Gesetzen.

33 Vgl. J. Salzwedel, Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre »Überleitung« in neues Recht, Verw 5 (1972), S. 11 (16).

34 Siehe dazu BVerfGE 125, 385 zu den Griechenland-Hilfen sowie BVerfG, NJW 2012, 3145 zu ESM und Fiskalpakt.

35 Siehe zu dieser Verankerung etwa BVerfGE 13, 261 (271); siehe mit changierenden Formulierungen auch etwa BVerfGE 101, 239 (262); 103, 271 (287); 103, 392 (403). Siehe auch H. Maurer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 35 ff. m. w. N.

36 Vgl. K. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 204.

37 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, § 26 Rn. 31 ff.

eines durch den Staat gesetzten Normrahmens stattfindet. Ständige Veränderungen dieses Rahmens können die Freiheitsentfaltung in einer Weise behindern, die aus Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht mehr zulässig ist. Auch die Grundrechte verlangen daher eine gewisse Mindestkontinuität der Rechtsordnung.

### 3. Ausprägungen des Kontinuitätsgebots

Konkret lässt sich aus der Verfassung ein Kontinuitätsgebot als vom Gesetzgeber zu beachtendes Prinzip in mehreren Ausprägungen ableiten: So gibt es eine abstrakte Pflicht zur Berücksichtigung bestehender Regelungen bei der Schaffung neuen Rechts, die man als »Einpassungspflicht« bezeichnen kann. Sie lässt sich aus mehreren rechtsstaatlichen Topoi ableiten, insbesondere aus den Geboten der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung,<sup>38</sup> der Systemgerechtigkeit<sup>39</sup> und der Folgerichtigkeit gesetzlicher Regelungen<sup>40</sup>. Auf diesen Aspekt der Kontinuität soll hier nicht näher eingegangen werden. Den Schwerpunkt meiner Ausführungen soll vielmehr die Frage bilden, unter welchen Voraussetzungen eine staatliche Pflicht zur Aufrechterhaltung einer bestimmten Rechtslage besteht, und zwar gerade aus der subjektiven Perspektive der von einer Gesetzesänderung nachteilig Betroffenen.

#### a) Vertrauensschutz als rechtsstaatliches und grundrechtliches Gebot

Als Basis einer solchen Kontinuitätspflicht zu nennen ist an erster Stelle das Gebot des Vertrauensschutzes, das nach allgemeiner Auffassung nicht nur im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip wurzelt,<sup>41</sup> sondern auch eine spezifisch grundrechtliche Verankerung hat.<sup>42</sup> Dies ist namentlich für die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG anerkannt, muss aber auch bei allen anderen Freiheitsrechten gelten: Beinhaltet eine Freiheitsbetätigung eine bestimmte schützenswerte Disposition, so stellt die Missachtung des Vertrauensschutzgebots zugleich eine Verletzung des Grundrechts dar, das die Freiheitsbetätigung

38 Vgl. dazu BVerfGE 98, 83 (97); 98, 106 (118 f.); 98, 265 (301). Soweit ersichtlich hat das BVerfG das Konzept seit Mitte der 1990er Jahre allerdings nicht mehr herangezogen; andere Gerichte hingegen schon, vgl. etwa OVG Koblenz, DVBl. 2011, 1039 (1044 f.); BayVGh, BayVbl. 2012, 767 (768).

39 Vgl. hierzu etwa H. Maurer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 83.

40 Vgl. hierzu etwa BVerfGE 126, 400 (417); 121, 317 (362 f.).

41 So etwa BVerfGE 13, 261 (271); 103, 271 (287); 103, 392 (403); 105, 17 (37).

42 So etwa BVerfGE 127, 1 (16); 127, 31 (46); 127, 61 (75); siehe auch H. Maurer, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 41 f. und 62 f. m. w. N.

schützt.<sup>43</sup> In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: »Vertrauensschutz wird zumal durch die Grundrechte verbürgt, in denen sich das Rechtsstaatsprinzip besonders nachdrücklich ausprägt«<sup>44</sup>. Anknüpfungspunkt für diesen Vertrauensschutz kann also sowohl die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sein als auch jedes andere Grundrecht.<sup>45</sup> Für Investitionen im wirtschaftlichen Bereich ist vor allem die Berufsfreiheit des Art. 12 GG zu nennen.

Wann greift dieses Gebot des Vertrauensschutzes ein? Selbst wenn der Gesetzgeber nicht in der Vergangenheit liegende Sachverhalte neu und anders bewertet, was als Rückbewirkung von Rechtsfolgen bzw. echte Rückwirkung nur ganz ausnahmsweise zulässig ist,<sup>46</sup> werden Gesetze vielfach Sachverhalte betreffen, die schon in der Vergangenheit begonnen wurden. Hier stellt sich die Frage, wann die Erwartung in die Kontinuität der Rechtsordnung legitim ist, jemand also von Verfassungen wegen auf den Fortbestand der früheren Rechtslage vertrauen durfte.<sup>47</sup> Ein abstraktes Vertrauen in eine ewige Stabilität und Kontinuität der Rechtslage kann schon angesichts der dargestellten demokratischen Dynamik nicht bestehen. Selbst für die Eigentumsgarantie ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die bloße Erwartung in den Fortbestand einer günstigen Rechtslage grundsätzlich keinen Schutz genießt.<sup>48</sup> Noch weniger kann Vertrauen in die Kontinuität eines *politischen* Konzepts mit einem Zielhorizont von 50 Jahren anerkannt werden. Vertrauensschutz erfordert vielmehr konkrete Punkte innerhalb des Rechtssystems, die die Annahme rechtfertigen, dass der Gesetzgeber eine Regelung für eine bestimmte Zeit nicht ändern wird. Die Gesetzeslage muss also Veranlassung geben, von einer gewissen Stabilität und Kontinuität auszugehen, was beispielsweise dann nicht der Fall ist, wenn sich der Gesetzgeber eine Prüfung und Änderung explizit vorbehalten hat.<sup>49</sup>

Neben einem Vertrauenstatbestand, der sich aus der Rechtsordnung ergibt, ist für die Gewährung von Vertrauensschutz auch erforderlich, dass im Vertrauen auf die Rechtslage Dispositionen getroffen wurden, die nun durch die

---

43 Siehe zu dieser unmittelbaren Einschlägigkeit des Grundrechts (»nicht nur als prozessuale Krücke«) *H. Maurer*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 67.

44 BVerfGE 45, 142 (168).

45 Die Frage, ob hier der Vertrauensschutz aus dem Grundrecht allein oder in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, d.h. unter Nennung des Art. 20 Abs. 3 GG, resultiert, wird vom Bundesverfassungsgericht unterschiedlich beantwortet, vgl. hierzu ausführlich *H. Maurer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 35 ff. und Rn. 62 f.

46 Vgl. zur Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung etwa BVerfGE 127, 1 (16 f.); siehe zum eigentumsrechtlichen Rückwirkungsverbot BVerfG, NVwZ 2010, 771 (776).

47 Vgl. BVerfG NVwZ 2010, 771 (776).

48 Vgl. etwa BVerfGE 78, 205 (211 f.); siehe auch *R. Wendt*, in: *Sachs*, GG, Art. 44 Rn. 14.

49 BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1169 f.).

Rechtsänderung frustriert wurden. Sie stellen gerade die Grundrechtsbetätigung dar, die den Schutz auslösen und den Gesetzgeber wegen Art. 1 Abs. 3 GG unter Umständen dazu zwingen kann, auf sie Rücksicht zu nehmen. Die Vertrauensbetätigung kann in einer Investition liegen, und sie kann, muss aber nicht zwingend, mit der Begründung von Eigentum einhergehen. Aus dem Erfordernis der Grundrechtsbetätigung ergibt sich zugleich, dass nur die eigentliche Disposition, insbesondere Investition, nicht aber bloße Gewinnerzielungschancen schutzfähig sind.<sup>50</sup> Nicht erforderlich ist dagegen, dass eine Disposition gerade *wegen* einer bestimmten Rechtslage vorgenommen wurde, sondern es genügt, dass diese mit-ausschlaggebend für die Entscheidung war.

Auch wenn grundsätzlich ein Vertrauenstatbestand vorliegt und in dessen Folge das Vertrauen betätigt worden ist, hindert das den Gesetzgeber aber grundsätzlich nicht, eine tatbestandliche Rückanknüpfung bzw. (lediglich terminologisch unterschiedlich) unechte Rückwirkung vorzunehmen und diesen in der Vergangenheit begonnenen Sachverhalt für die Zukunft anders zu behandeln. Freilich muss es hierfür ein legitimes Ziel geben und die Rückwirkung geeignet und erforderlich sein, dieses zu erreichen. Hier zeigt sich, dass der Rückwirkungsdogmatik letztlich besondere, gerade auf die zeitliche Dimension gerichtete Verhältnismäßigkeitserwägungen zugrunde liegen.<sup>51</sup>

Die dabei erforderliche Abwägung zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip, zwischen Änderungsinteresse des Gesetzgebers und Kontinuitätsinteresse des Bürgers<sup>52</sup> geht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumeist zulasten des Letzteren aus.<sup>53</sup> Der Satz, dass sich der Einzelne insbesondere im wirtschaftlichen Bereich darauf verlassen können müsse, dass investitionsrelevante Rahmenbedingungen in Gesetzesform nicht

50 Vgl. etwa BVerfGE 68, 193 (222).

51 Zu Änderungserfordernlichkeit und Änderungsverhältnismäßigkeit siehe bereits *M. Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 (86). Siehe aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 127, 1 (18).

52 Siehe zu dieser Abwägung etwa *H. Maurer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 35 ff. und Rn. 71.

53 Vgl. etwa aus neuerer Zeit BVerfGE 127, 1 (17) m. w. N. aus der früheren Rechtsprechung: »Eine solche unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen [...]. Eine solche unechte Rückwirkung ist nicht grundsätzlich unzulässig, denn die Gewährung vollständigen Schutzes zu Gunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung im Hinblick auf einen Wandel der Lebensverhältnisse in nicht mehr vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen.«

ohne Weiteres geändert oder gar revidiert und die getätigten Investitionen dadurch entwertet werden,<sup>54</sup> stellt insofern eine standortpolitische Forderung, aber kein verfassungsrechtliches Gebot dar.

Ein anderes Ergebnis der Abwägung zwischen Vertrauensschutzinteresse und Änderungsinteresse ergibt sich nur dann, wenn das betätigte Vertrauen ausnahmsweise besonders schutzwürdig ist.<sup>55</sup> Dieses Kriterium bietet ein Einfallstor für Wertungen, die das Ergebnis einer Schutzwürdigkeitsprüfung wenig vorhersehbar machen.<sup>56</sup> Einige Indizien lassen sich aus der bisherigen Rechtsprechung ableiten: So wird beispielsweise angenommen, dass Schutzwürdigkeit vorliegen soll, wenn die Folgen der Gesetzesänderung für den Betroffenen unter Berücksichtigung der Gesamtumstände unzumutbar wären,<sup>57</sup> wobei auch das Zumutbarkeitskriterium Spielräume eröffnet. Mehr noch muss eine Schutzwürdigkeit angenommen werden, wenn der Gesetzgeber durch sein Handeln eine Disposition überhaupt erst veranlasst oder zumindest konkrete Anreize für sie gesetzt hat.<sup>58</sup>

Ist eine Disposition nach diesen Kriterien in schutzwürdigem Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage getroffen worden, so darf der Gesetzgeber dieses Vertrauen nicht bzw. jedenfalls nicht entschädigungslos frustrieren.<sup>59</sup> Das Mittel der Wahl sind in diesem Zusammenhang Überleitungsvorschriften, die »einen schonenden Übergang vom alten ins neue Recht« ermöglichen.<sup>60</sup>

## b) Eigentumsschutz

Von diesem allgemeinen Vertrauensschutz zu trennen ist der spezifische Schutz, den Art. 14 GG für bestehendes Eigentum gewährt. Zwar bezeichnet man Art. 14

54 Vgl. *H.-J. Papier*, Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl. 2011, 189. Siehe zu dieser Stabilität der Rechtslage über die Zeit auch bereits *G. Britz/M. Eifert/F. Reimer*, in: dies., Energieeffizienzrecht, 2010, S. 63 (92 f.); *M. Kloepfer*, VVDStRL 40 (1982), 63 (86 f.).

55 Vgl. etwa aus neuerer Zeit BVerfGE 127, 1 (17).

56 Siehe zur Kasuistik in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausführlich *H. Maurer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 35 ff. und Rn. 72 f.

57 *J. Salzwedel*, Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre »Überleitung« in neues Recht, Verw 5 (1972), S. 11 (16).

58 In diese Richtung auch BVerfGE 102, 68 (97 f.) für den vorzeitigen Wegfall einer befristeten Ausnahmemöglichkeit des Zugangs zur Krankenversicherung der Rentner.

59 Zu beachten ist in diesem Kontext, dass es angesichts der grundsätzlich nicht vorhandenen Staatshaftung für Legislativunrecht für den Fall enttäuschten Vertrauens vielfach keine andere Möglichkeit geben wird, als das Bundesverfassungsgericht im Wege der Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz anzurufen – in der Hoffnung, dass dieses es wegen Missachtung des Vertrauensschutzbots für nichtig erklärt.

60 Siehe die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, etwa BVerfGE 21, 173 (183); 43, 242 (288); 53, 336 (351); 116, 96 (130 f.).

GG auch als herausragenden »verfassungsrechtlichen Anker des Vertrauensschutzes«<sup>61</sup>. Außerdem betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass »der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes für die vermögenswerten Güter im Eigentumsrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren« habe<sup>62</sup> und prüft seine Einhaltung regelmäßig (ohne gesonderte Berufung auf Art. 20 Abs. 3 GG) als Unterpunkt der Verfassungskonformität einer Inhalts- und Schrankenbestimmung.<sup>63</sup> Allerdings scheint die »eigene Ausprägung« damit ihr Bewenden zu haben. Dass der besondere Vertrauensschutz im Anwendungsbereich des Art. 14 GG wirklich schärfer konturiert ist als das allgemein-rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot, lässt sich jedenfalls bezweifeln.<sup>64</sup> Das allgemeine Rückwirkungsverbot zeichnet sich mittlerweile durch eine richterrechtliche Konkretisierung aus, die der des eigentumsrechtlichen Rückwirkungsverbots in nichts nachsteht. Angesichts dieser identischen Maßstäbe ergeben sich für den Gesetzgeber, an den die Verfassungsgebote primär adressiert sind, kaum Unterschiede – lediglich die »Quelle« des Vertrauensschutzgebots ist eine andere.

Der »Mehrwert« einer eigentumsrechtlichen Vertrauensschutzgarantie kann auch nicht darin gesehen werden, dass losgelöst von der Frage einer Rückwirkung eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Rechtsänderung, auch gerade als rückwirkende Rechtsänderung, stattfindet, denn eine solche ist bei jedem Grundrechtseingriff erforderlich. Nicht umsonst wird auch das allgemeine Rückwirkungsverbot regelmäßig in Verbindung mit einem Grundrecht (gegebenenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG) geprüft.<sup>65</sup>

Als Besonderheit des eigentumsrechtlichen Vertrauensschutzes lässt sich somit nur der Grundsatz des Vorrangs des Bestandsschutzes vor dem bloßen Wertschutz qualifizieren.<sup>66</sup> Der Bürger kann auf den Bestand seines Eigentums vertrauen,<sup>67</sup> und zwar sowohl im Hinblick auf die Sachsubstanz als auch auf deren Nutzungsmöglichkeiten, da auch sie Ausfluss der Eigentumsgarantie sind.<sup>68</sup> Genau genommen geht es dabei aber weniger um ein besonderes Ver-

61 *H.-J. Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 110.

62 BVerfGE 45, 142 (168); 53, 257 (309); 64, 87 (104).

63 Vgl. etwa BVerfG, NVwZ 2010, 771 (775 f.).

64 *H. Rittstieg*, in: AK-GG, Art. 14 (2001) Rn. 121; BVerfGE 32, 111 (141) – Sondervotum *Rupp v. Brüneck*.

65 Vgl. BVerfGE 102, 68 (97); BVerfGE 127, 1 (17).

66 Vgl. dazu etwa *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG (2010) Rn. 332 und 378a ff. Siehe auch *dens.* Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht, DVBl. 2011, 189 (191).

67 *H. Maurer*, in: Isensee/ Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 68.

68 So die ganz herrschende Meinung, siehe etwa BVerfG, NVwZ 2010, 771 (776); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG (2010) Rn. 234 m.w.N.; *O. Kimminich*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 14 (1992) Rn. 40; a. A. *U. Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 268 ff.; *ders.*, Der



trauen als um den Bezugspunkt des Grundrechtsschutzes. Die Eigentums-  
garantie des Art. 14 GG gewährt im Unterschied zu dem vielfach eher auf ein  
Handeln oder Verhalten bezogenen Schutz anderer Grundrechte einen gegen-  
stands- oder eben »substanzbezogenen« Schutz. Entsprechend kommt der  
Vorrang des Bestandsschutzes bereits in der inneren Systematik des Art. 14 GG  
zum Ausdruck, die beispielsweise die Enteignung zur ultima ratio erklärt und  
für sonstige Eigentumseingriffe eine Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt. Der  
Grundsatz des Vorrangs der Substanzerhaltung begründet verfassungsrechtlich  
damit eine spezifische Kontinuität im Hinblick auf die geschützten Eigen-  
tumsgegenstände.

Inhaltlich verlangt die spezifisch eigentumsrechtliche Bestandsgarantie, dass  
grundsätzlich zunächst prozedurale Vorkehrungen getroffen werden, »die eine  
unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privat-  
nützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten, eine Entschädigung für  
Eigentumsbeeinträchtigungen ist demgegenüber nachrangig und nur aus-  
nahmsweise geeignet, eine Inhalts- und Schrankenbestimmung verhältnismäßig  
werden zu lassen. Als Instrumente zur Realvermeidung der Belastung stehen  
dem Gesetzgeber Übergangsregelungen, Ausnahme- und Befreiungsvorschrif-  
ten sowie der Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen  
zur Verfügung.«<sup>69</sup> Diese Vorgaben, die vom Bundesverfassungsgericht ur-  
sprünglich im Hinblick auf Eigentumsbelastungen durch den Denkmalschutz  
entwickelt wurden, lassen sich verallgemeinern,<sup>70</sup> mögen auch die jeweils not-  
wendigen »Vorkehrungen« je nach Regelungsbereich unterschiedlicher Art sein.

Auch dabei ergeben sich Parallelen zu den Anforderungen des allgemeinen  
Rückwirkungsverbots, dem entnommen wird, dass der Gesetzgeber, wenn bei  
der Normierung neuen Rechts ein Konflikt mit Rechtspositionen auftritt, die  
nach der bisherigen Rechtslage begründet worden sind, »durch Überleitungs-  
vorschriften einen schonenden Übergang« ermöglichen muss.<sup>71</sup> Die Bestands-  
garantie geht also vor allem insoweit über den allgemeinen Vertrauensschutz  
hinaus, als sie nicht nur temporär, sondern absolut wirken kann. Ungeachtet  
dessen hat der Staat auch im Anwendungsbereich der Eigentumsgarantie des

---

Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie – eine Eigentumsfrage?, Thür-  
VBl. 2000, 217 (220).

69 BVerfGE 100, 226 (245).

70 Eine weitere Ausprägung findet sich im Planfeststellungsrecht, wo bereits der Planfeststel-  
lungsbeschluss, der enteignungsrechtliche Vorwirkung entfaltet, am Maßstab des Art. 14  
Abs. 3 GG zu messen ist, vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 15. 2. 2007, 1 BvR 300/06 u. a., Rn. 11.

71 Siehe die oben in Fn. 60 genannten Entscheidungen sowie speziell zur Eigentumsgarantie  
etwa BVerfGE 58, 300 (351 f.) = NJW 1982, 745 (753); 71, 137 (144 f.) = NVwZ 1986, 197; vgl.  
auch *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 327.

Art. 14 GG die allgemeinen Gebote der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes – wie bei allen anderen Grundrechten auch – zu beachten.

### III. Beachtung des Vertrauensschutzgebots bei der Energiewende

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit die genannten Vorgaben des Vertrauensschutzes bei der »Energiewende«, genauer gesagt bei ihrer letzten Volte, dem beschleunigten Atomausstieg von 2011, Beachtung gefunden haben.<sup>72</sup> Dass Aspekte des Vertrauensschutzes überhaupt zu berücksichtigen waren, liegt dabei auf der Hand, da die Rechtsänderung sich auf den Betrieb der Kernkraftwerke auswirkt, also Grundrechte der Kraftwerksbetreiber tangiert.

#### 1. Zulässigkeit der Rechtsänderung

Abgesehen von der Frage, ob Vertrauen in die Kontinuität der Rechtslage bestehen konnte und ob es in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wurde, ist für die Rechtfertigung jedes Grundrechtseingriffs erforderlich, dass überhaupt ein legitimes Ziel vorhanden war, zu dessen Verfolgung die Rechtsänderung geeignet und erforderlich war.

Schon hieran kann im Hinblick auf den vorzeitigen Atomausstieg gezweifelt

<sup>72</sup> Die vorherige Laufzeitverlängerung über die sich aus dem Atomkonsens aus dem Jahr 2000 ergebenden Stilllegungstermine hinaus zeugt zwar auch nicht von kontinuierlicher Politik, erscheint jedoch unter den genannten Aspekten unproblematisch – politische Diskontinuität, die den Bürger nicht belastet, ist zumindest grundrechtlich irrelevant. Auch die Frage, ob es folgerichtig ist, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß bekämpfen zu wollen und zugleich einen der unter dem Aspekt der CO<sub>2</sub>-Bilanz umweltfreundlichsten Energieträger auszusortieren, soll außen vor bleiben. Das Energiekonzept bildet insofern ohnehin kein kohärentes gesetzliches System, dessen Modifikationen am Maßstab der Folgerichtigkeit zu messen wären, sondern eine politische Absichtserklärung. Zudem erscheint die Annahme, dass bis zum Auslaufen der Kernenergie in gleichem Umfang erneuerbare Energiequellen zur Verfügung stehen werden, von der jedenfalls bestehenden Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers gedeckt. Widersprüche in der Rechtsordnung sind durch die Laufzeitbegrenzung ebenfalls nicht entstanden. Außen vor bleiben soll schließlich auch die Frage, ob der Atomausstieg in sich folgerichtig gestaltet worden ist, was insbesondere die Gleichbehandlung der Kraftwerke bei den Restlaufzeiten betrifft. Angesichts relativ offensichtlicher Abweichungen von der dem Gesetz angeblich zugrunde gelegten »Regellaufzeit« von 32 Jahren (siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/6070, S. 7), die für eine Amortisation der Investitionen für erforderlich gehalten wird, wird man jedenfalls ein Begründungsdefizit annehmen müssen. Vgl. dazu M. Kloepfer, *Verfahrenre Atomausstiegsfragen?*, UPR 2012, 41 (46 f.). Zur materiellen Vereinbarkeit mit Art. 3 GG siehe *dens.*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1443 f.).

werden: Zwar stellen Leben und Gesundheit der Bevölkerung Ziele höchsten Ranges dar, zu deren Schutz der Staat sogar tätig werden muss.<sup>73</sup> Er muss die Nutzung riskanter Technologien so regeln, dass dem »Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge«<sup>74</sup> genügt wird. »Unentrinnbare Restrisiken« dürfen freilich bestehen bleiben,<sup>75</sup> denn sonst müsste jede riskante Freiheitsbetätigung unter Berufung auf ihre potentiellen Auswirkungen verboten werden.<sup>76</sup> Anerkannt ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Grenzziehung zwischen Risikovorsorge und Restrisiko auf sogenanntem »Annäherungswissen« basiert, »das nicht volle Gewissheit vermittelt, sondern durch jede neue Erfahrung korrigierbar ist und sich insofern immer nur auf dem neuesten Stand unwiderlegten möglichen Irrtums befindet.«<sup>77</sup> Dies eröffnet grundsätzlich Spielräume für eine Neubewertung, und zwar auch, wenn dabei eine jahrzehntelange kontinuierliche Risikobewertung<sup>78</sup> revidiert wird.

Dass sich das Annäherungswissen über Wahrscheinlichkeit und Auswirkungen von Atomunfällen durch das Unglück in Fukushima geändert hat, ist dabei nicht anzunehmen; auch der Gesetzgeber behauptet das nicht. Es geht vielmehr um die »Risikowahrnehmung«<sup>79</sup>, um das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung<sup>80</sup>, vielleicht auch noch um die Risikobewertung<sup>81</sup>. Es würde allerdings zu kurz greifen, daraus den Schluss zu ziehen, dass sich der Gesetzgeber an einer einmal demokratisch getroffenen Entscheidung über die Hinnehmbarkeit des Restrisikos festhalten lassen muss.<sup>82</sup> Aus der Tatsache, dass die Entscheidung für oder gegen die zivile Nutzung der Kernenergie eine im Kern politische Entscheidung ist,<sup>83</sup> wird man weite politische Entscheidungsspielräume ableiten

73 BVerfGE 49, 89 (140 f.).

74 BVerfGE 49, 89 (139); 53, 30 (58 f.); BVerwGE 72, 300 (316).

75 Siehe zuletzt BVerfG, NVwZ 2010, 702 (704).

76 J. Kersten / A. Ingold, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (360).

77 BVerfGE 49, 89 (143); BVerfG, NVwZ 2010, 702 (705).

78 F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 67.

79 Dies betont etwa die nach dem Unglück von Fukushima eingesetzte Ethik-Kommission »Sichere Energieversorgung« in ihrem Bericht vom 30. 5. 2011, S. 11, in Bezug genommen von BT-Drs. 17/6070, S. 5.

80 In diese Richtung T. Cosack/R. Enders, Atomenergie nach Fukushima, DVBl. 2011, 1446 (1451): »schlichte Wahrnehmungsänderung«.

81 So J. Kersten / A. Ingold, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (363 f.).

82 In diese Richtung F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 57 f. A. A. J. Kersten / A. Ingold, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (363 f.).

83 BVerfGE 49, 89 (131 f.).

müssen<sup>84</sup>, die auch die Frage erfassen, über welchen Zeitraum ein (für sich genommen vielleicht unverändert gebliebenes) Restrisiko akzeptabel ist. Nimmt man diese zeitliche Dimension mit in den Blick, wird man die Legitimität der geänderten Bewertung der Hinnehmbarkeit des Restrisikos, also der »Sicherheitsphilosophie«, noch annehmen können.<sup>85</sup> In der Folge lassen sich Geeignetheit und Erforderlichkeit der Rechtsänderungen unschwer bejahen – längere Laufzeiten, gerade für ältere Kernkraftwerke, würden eben das Restrisiko länger bestehen lassen.

## 2. Schutz von Investitionen

Für die Frage, ob der Vertrauensschutz in ausreichendem Maße beachtet wurde, wird man angesichts der Tatsache, dass der Betrieb von Kernkraftwerken eine laufende Angelegenheit darstellt, die Maßstäbe einer »unechten Rückwirkung« anlegen müssen, obwohl die Investitionen möglicherweise bereits abgeschlossen sind. Maßgeblich ist aber nicht der Zeitpunkt der Vertrauensbetätigung (er liegt immer in der Vergangenheit), sondern die Frage, ob der Sachverhalt, an den die Änderung anknüpft – hier also der Betrieb eines Kraftwerks – noch andauert.

### a) Grundrechtliche Verankerung des Investitionsschutzes

Anknüpfungspunkt für den Schutz von Investitionen in bestehende Kernkraftwerke ist nicht die Berufsfreiheit,<sup>86</sup> sondern die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG<sup>87</sup> – wobei sich bei gegenteiliger Auffassung keine andere verfassungsrechtliche Beurteilung ergäbe. Diese Einordnung beruht darauf, dass im Vertrauen auf die Rechtslage Investitionen in Sacheigentum vorgenommen wurden. Die Reduzierung der Restlaufzeiten stellt zwar keinen unmittelbar gegen die Substanz der Kernkraftwerke gerichteten Eingriff dar. Allerdings ist Ausfluss der Eigentumsgarantie nach ganz herrschender Auffassung auch die

---

84 Siehe hierzu auch *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1440).

85 So auch *J. Kersten / A. Ingold*, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (363 f.). Ebenso schon für den Atomausstieg 2000/2002 *H.J. Koch*, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 (1533).

86 Hierfür etwa *C. Ziehm*, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221 (223).

87 Hiervon geht auch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung aus, vgl. BT-Drs. 17/6070, S. 6. Zustimmung *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1438).

Nutzung der Eigentumsgegenstände.<sup>88</sup> Gerade wenn – wie im Fall der Kernkraftwerke – keine andere Nutzung in Betracht kommt, eine Beeinträchtigung also die einzig mögliche Nutzung betrifft, liegt es näher, einen Eingriff in das Eigentum anzunehmen als eine am Maßstab der Berufsfreiheit zu messende Beeinträchtigung sonstiger Investitionen.

In diesem Eingriff liegt, folgt man der gefestigten Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts zur Abgrenzung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung<sup>89</sup>, keine Enteignung, da es an einem staatlichen »Güterbeschaffungsvorgang« fehlt. Allerdings ist das Kriterium des Güterbeschaffungsvorgangs im Schrifttum auf Kritik gestoßen<sup>90</sup> und soweit ersichtlich vom Bundesverfassungsgericht seit dem Beschluss zur Bauland-Umlegung<sup>91</sup> auch nicht mehr in entscheidungserheblicher Weise bestätigt worden. Die Kritik am Güterbeschaffungsvorgang als Definitionsmerkmal der Enteignung leuchtet dabei auf den ersten Blick ein. Angesichts der besonderen Funktion der Eigentumsgarantie, dem »Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen«<sup>92</sup>, kann es nicht darauf ankommen, mit welcher Zielrichtung ein Eigentumsgegenstand entzogen wird. Ob zur Güterbeschaffung oder für andere Zwecke, die Entziehung des Eigentums stellt immer den gleichen, wohl schwersten denkbaren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG dar. Diese auf das Ergebnis der Eigentumsbeeinträchtigung abstellende Betrachtungsweise allein zwingt indessen nicht unbedingt zu einer gleichen Handhabung der beiden Konstellationen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Verneinung einer Enteignung im Einzelfall noch nicht die Entschädigungslosigkeit des Grundrechtseingriffs besiegelt. Sie verlagert die Frage lediglich auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer ausgleichslosen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Mag diese auch gegenüber dem strengen Entschädigungsgebot der Art. 14 Abs. 3 S. 2 und 3 GG, das aus der Perspektive des Grundrechtsträgers den großen Vorzug des Vorliegens einer

---

88 Siehe etwa BVerfG, NVwZ 2010, 771 (776); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG (2010) Rn. 234 m.w.N.; *O. Kimminich*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 14 (1992) Rn. 40; a. A. *U. Hösch*, Eigentum und Freiheit, 2000, S. 268 ff.; *ders.*, Der Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie – eine Eigentumsfrage?, ThürVBL 2000, 217 (220).

89 BVerfGE 58, 300; 70, 191; 74, 264; 79, 174; 100, 226; 104, 1; 115, 97. Anders etwa BVerfGE 83, 201.

90 Vgl. *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 28 ff.; *T. Krappel*, Schleichende Einschränkung des Enteignungsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, DÖV 2012, 640 ff., allerdings weitgehend unter Berufung auf Entscheidungen, die zeitlich vor dem Nassauskiesungs-Beschluss liegen.

91 BVerfGE 104, 1.

92 St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 104, 1 (8); 115, 97 (110); 123, 186 (258).

Enteignung darstellt, weniger stringent sein und damit finanzielle Risiken für den belasteten Eigentümer bergen, so stellt sich doch die Frage, ob die absolute, zwingende Belastung des Staates (und damit letztlich der Allgemeinheit) mit der Enteignungsentschädigung nicht gerade nur in den Fällen adäquat ist, in denen dieser auch von der entzogenen Sache profitiert, also in den Fällen der Güterbeschaffung. Bei anderen Eigentumsentziehungen erscheint es dagegen auch unter Berücksichtigung der besonderen Funktion des Eigentums teleologisch nicht zwingend erforderlich, die absolute Entschädigungspflicht der Art. 14 Abs. 3 S. 2 und 3 GG auszulösen. Vielmehr reicht es hier aus, die Verhältnismäßigkeit der Sozialbindung zu fordern, die einen finanziellen Ausgleich verlangen kann<sup>93</sup> und in den Fällen der Eigentumsentziehung zumeist auch wird.

Schon dies spricht für die durch die Rechtsprechung vorgenommene Begrenzung des Enteignungsbegriffs auf Güterbeschaffungsvorgänge. Hinzu kommt jedoch ein weiterer Aspekt: Ein weiter gefasster Enteignungsbegriff würde die Problematik der Selbständigkeit einzelner Rechte bei Teil-Enteignungen<sup>94</sup> verstärkt virulent werden lassen. Wie auch beim vorzeitigen Atomausstieg sind die problematischen Fälle nämlich nicht die »klassischen« Enteignungen, beispielsweise zum Bau von Straßen, sondern die Einwirkung des Gesetzgebers auf Eigentumspositionen in der Weise, dass bestimmte Nutzungsmöglichkeiten entzogen werden. Hier wäre in jedem Einzelfall zu fragen, ob eine ausreichende »Konturierung«<sup>95</sup> dieser Nutzungsposition erfolgt ist, so dass von einem selbständigen Recht gesprochen werden kann, das dann einer Enteignung zugänglich ist; andernfalls lägen Inhalts- und Schrankenbestimmungen vor.

Orientiert man sich nach alledem hinsichtlich der Definition des Enteignungsbegriffs an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Baulandumlegung, so stellt die Reduzierung der Restlaufzeiten für die Kernkraftwerke eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums der Kraftwerksbetreiber dar. Für deren Verhältnismäßigkeit kommt es im Hinblick auf die Zumutbarkeit vor allem auf die wirtschaftliche Rentabilität des Eigentums an, für die wiederum die bereits genannten Aspekte des Vertrauensschutzes maßgeblich sind.<sup>96</sup>

---

93 Vgl. zu diesem Erfordernis BVerfGE 100, 226 (245 ff.).

94 Siehe hierzu *M. Burgi*, Die Enteignung durch »teilweisen« Rechtsentzug als Prüfstein für die Eigentumsdogmatik, NVwZ 1994, 527 (529 ff.).

95 *M. Burgi*, Die Enteignung durch »teilweisen« Rechtsentzug als Prüfstein für die Eigentumsdogmatik, NVwZ 1994, 527 (530 f.).

96 Siehe zu dieser Verknüpfung etwa BVerfGE 122, 374 (393).

## b) Vertrauensbegründender Tatbestand

Als vertrauensbegründender Tatbestand innerhalb der Rechtsordnung kommt zunächst die im Dezember 2010 in Kraft getretene Änderung des Atomgesetzes,<sup>97</sup> durch die den Energieversorgungsunternehmen für die einzelnen Kernkraftwerke in Anlage 3 Spalte 4 zusätzliche Reststrommengen zugewiesen wurden, in Betracht.<sup>98</sup> Diese Zuweisung erscheint geeignet, ein Vertrauen der Kraftwerksbetreiber dahingehend zu begründen, dass sie die Strommengen in den jeweiligen Kraftwerken produzieren dürfen,<sup>99</sup> ja sie erweckt sogar anders als eine einfache Betriebsgenehmigung durch die Verknüpfung einer bestimmten Produktionsmenge mit einem Kraftwerk den Anschein besonderer Planungssicherheit.

Eine in gleicher Weise Vertrauen begründende Rechtslage bestand aber auch schon vor 2010, da eine Zuweisung von konkreten Reststrommengen für einzelne Kraftwerke bereits im Zuge der Novelle des Atomgesetzes 2002, im Anschluss an den Atomkonsens, erfolgt war – wenn auch in geringerem Umfang. Auch insofern wird man ein Vertrauen der Energieversorgungsunternehmen annehmen dürfen, diese Mengen auch in dem jeweils genannten Kraftwerk produzieren zu dürfen.<sup>100</sup> Die Möglichkeit, die Strommenge auf andere Kraftwerke zu übertragen (§ 7 Abs. 1b AtG), war und ist demgegenüber eine zusätzliche Option, darf aber nicht so verstanden werden, dass nur ein Vertrauen darauf besteht, überhaupt irgendwo eine bestimmte Gesamtreststrommenge produzieren zu dürfen.

Schließlich kann Vertrauen auch noch in die Rechtslage vor 2002 bestehen, als die Genehmigung nach § 7 AtG noch unbefristet galt (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 4 AtG a. F.). Hier erweckte die Gesetzeslage den Eindruck, dass die Kernkraftwerke für ihre gesamte wirtschaftliche Lebensdauer im Betrieb gehalten werden dürften.

Reduziert, wenn nicht zerstört, wurde das Vertrauen der Energieversorgungsunternehmen in die Kontinuität des Atomrechts mit der Verkündung des »Moratoriums« am 14. März 2011: Trotz seiner ziemlich offensichtlichen Verfassungswidrigkeit<sup>101</sup> war es immerhin geeignet, deutlich zu machen, dass die

97 Gesetz vom 28. Oktober 2010, BGBl. I 2010, S. 1814.

98 Aus der Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Energieversorgungsunternehmen lassen sich demgegenüber allerdings keine vertrauensbegründenden Elemente ableiten: Abgesehen von der Zusage der Bundesregierung, die für die Laufzeitverlängerung erforderliche Gesetzesinitiative einzubringen (mehr kann sie ohnehin nicht versprechen), sind vor allem die »Gegenleistungen« der Energieversorgungsunternehmen, d. h. die sog. Brennelementesteuer und der Beitrag zum Förderfonds geregelt.

99 So auch *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 71.

100 *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 70 f.

101 An der Verfassungswidrigkeit des Moratoriums dürften angesichts von Art. 20 Abs. 3 GG

Bundesregierung Änderungen am Atomrecht initiieren würde, die zu kürzeren Betriebszeiten der Kernkraftwerke führen würden.<sup>102</sup> Neues Vertrauen konnte erst wieder unter der aktuell geltenden Rechtslage entstehen, und zwar dahingehend, die noch im Betrieb befindlichen Kraftwerke – vorbehaltlich vorhandener Reststrommengen – bis zum Erreichen des Abschalttermins betreiben zu dürfen.

#### c) Vertrauensbetätigung

Als tatsächliche Betätigung des Vertrauens kommt grundsätzlich jede Investition in Betracht, die in ein Kernkraftwerk getätigt wurde. Zu differenzieren ist dabei zwischen verschiedenen Investitionszeitpunkten.

Abgesehen von den Investitionen die schon in der Errichtung des jeweiligen Kernkraftwerks liegen, die also zu einer Zeit getätigt wurden, als die Genehmigung nach § 7 AtG noch unbefristet galt, können weitere Investitionen auch noch im Vertrauen auf die Rechtslage ab 2002 getroffen worden sein, insbesondere in die Sicherheit des jeweiligen Kraftwerks. Hier gingen die Energieversorgungsunternehmen davon aus, mit diesen Kernkraftwerken die jeweils zugewiesenen Reststrommengen produzieren zu dürfen. Kritisch sind solche Investitionen vor allem bei den acht Kraftwerken, deren Berechtigung zum Leistungsbetrieb durch den beschleunigten Atomausstieg zu einem Zeitpunkt beendet wurde, der vor dem aufgrund der 2002 zugewiesenen Reststrommengen zu erwartenden Stilllegungstermin lag, deren Reststrommengen also mit anderen Worten noch nicht aufgebraucht waren.

Schließlich geht es um Investitionen, die gerade im Hinblick auf die Laufzeitverlängerung getätigt wurden, also in den drei Monaten zwischen deren Inkrafttreten und der Verkündung des Moratoriums. Dabei kann es sich beispielsweise um den Einbau neuer Brennstäbe handeln, aber auch wieder um Investitionen in die Verbesserung der Sicherheit der Anlagen.

#### d) Besondere Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit des jeweils betätigten Vertrauens wird man eine umfassende Interessenabwägung vornehmen müssen. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass es sich bei der Frage, ob die Atomkraft ge-

---

keine Zweifel bestehen – die Regierung darf sich nicht über Gesetze hinwegsetzen. Siehe hierzu etwa *M. Kloepfer*, Verfahrene Atomausstiegsfragen?, UPR 2012, 41 (45); *T. Cosack/R. Enders*, Atomenergie nach Fukushima, DVBl. 2011, 1446 (1447 f.); *M. Rebentisch*, »Kernkraftwerks-Moratorium« versus Rechtsstaat, NVwZ 2011, 533.

102 Siehe zur Vertrauensbeeinträchtigung durch absehbare Änderungen der Rechtslage etwa BVerfGE 105, 17 (43); 122, 374 (395 ff.).



wünscht ist oder nicht, weniger um eine rechtliche als um eine politische handelt.<sup>103</sup> Man könnte zudem vertreten, dass im Energiesektor – nicht zuletzt angesichts der wechselnden Politiken der Bundesregierungen – immer mit Änderungen gerechnet werden muss und Vertrauen daher weniger schutzwürdig ist. Hierfür kann insbesondere angeführt werden, dass sich das Energierecht seit jeher durch einen Zielmix (§ 1 EnWG<sup>104</sup>) auszeichnet, innerhalb dessen die Prioritäten verschiebbar sind – heute geht es beispielsweise nicht mehr, wie jahrzehntelang zuvor,<sup>105</sup> vor allem um die Preisgünstigkeit, sondern verstärkt um die Umweltfreundlichkeit. Jenseits dieser generellen Instabilität des Energierechts könnte man auch aufgrund der seit den 1990er Jahren erkennbaren, mehr oder weniger stark ausgeprägten politischen Abkehr von der Kernenergie<sup>106</sup> eine schleichende Zerstörung des Vertrauens in die Kontinuität speziell des Atomrechts annehmen. Andererseits wird man aber auch berücksichtigen müssen, dass sich aus dem Unglück im Kernkraftwerk Fukushima keine Rückschlüsse auf die Sicherheitslage deutscher Kernkraftwerke ziehen lassen, sondern »nur« ein Wechsel der politischen und möglicherweise auch gesellschaftlichen Sicherheitsphilosophie eingetreten ist.<sup>107</sup> Zudem bestehen nach wie vor internationale vertragliche Verpflichtungen der Bundesrepublik zur Förderung einer friedlichen Nutzung der Kernenergie.

Neben diesen allgemeinen Erwägungen wird man im Hinblick auf die Belange der Energieversorgungsunternehmen erneut zwischen den unterschiedlichen Investitionszeitpunkten differenzieren und vor allem prüfen müssen, ob und inwieweit betätigtes Vertrauen überhaupt frustriert worden ist.

*aa) Investitionen im Vertrauen auf die Rechtslage bei Errichtung des Kraftwerks*  
Für die Investitionen, die im Vertrauen auf eine unbefristete Betriebsgenehmigung getroffen wurden, also insbesondere die Errichtung der Kernkraftwerke, wird man annehmen können, dass durch die 2002 im Konsens mit den Energieversorgungsunternehmen getroffenen Übergangsfristen (in Form von Reststrom-Produktionsrechten) der Vertrauensschutz in ausreichendem Maße gewahrt worden ist.<sup>108</sup> Auch wenn sich diese Fristen an einer bestimmten Regel-

103 Vgl. BVerfGE 49, 89 (127).

104 »Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.«

105 L. Mez, Energiepolitik, in: Andersen/Woyke (Hrsg.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. 2009, S. 181.

106 Hieran änderte sich auch durch die Verzögerung des Ausstiegs nichts, vgl. M. Kloepfer, Verfahrene Atomausstiegsfragen?, UPR 2012, 41.

107 Siehe hierzu auch B. Stüer/S. Loges, Ausstieg aus der Atomenergie zum Nulltarif?, NVwZ 2000, 9 (14 f.).

108 Vgl. hierzu etwa C. Ziehm, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221 (223).

laufzeit (32 Jahre) orientieren, innerhalb derer man eine Amortisation der Investitionen annimmt, ist ein durch den Atomausstieg 2011 verursachtes Nichterreichen dieser Laufzeit im Einzelfall noch nicht gleichbedeutend mit einer Verletzung des Vertrauensschutzgebots.<sup>109</sup> Dies gilt vor allem, wenn besondere Gründe dafür bestehen, ein Kraftwerk vom Netz zu nehmen, beispielsweise eine besondere Störanfälligkeit.<sup>110</sup>

*bb) Investitionen im Vertrauen auf die Rechtslage ab 2002*

Anders sieht es mit Investitionen aus, die im Vertrauen auf den ab dem Atomausstieg 2002 bestehenden Rechtszustand getätigt wurden. Hier wird man ermitteln müssen, ob eine Amortisation möglich war oder noch ist oder ob sie frustriert sind. Für die Kernkraftwerke, die sogar länger als 2002 vorgesehen am Netz bleiben dürfen, sind solche Investitionen nicht frustriert. Insbesondere bei den acht Kraftwerken, die nach dem Moratorium 2011 nicht mehr ans Netz gehen durften, ist hingegen zu prüfen, inwieweit eine Amortisation der nachträglichen Investitionen bis dahin möglich war.

Dabei kann nicht pauschal eingewendet werden, dass bestimmte Sicherheitsinvestitionen auch für einen Betrieb nur bis zum Jahr 2011 hätten vorgenommen werden müssen, dass im Atomrecht also mitunter auch unrentable Investitionen getätigt werden müssen. Zum einen ist schon umstritten, ob das bis Dezember 2010 geltende Atomrecht dynamische Betreiberpflichten enthielt<sup>111</sup> oder ob die Energieversorgungsunternehmen die Sicherheit der Kernkraftwerke nur auf behördliche Aufforderung hin verbessern mussten<sup>112</sup> (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 3 AtG). Selbst wenn man aber (ungeachtet der Einführung des § 7d AtG im Jahr 2010) von der Existenz dynamischer Betreiberpflichten im Atomrecht ausgeht, wird man möglicherweise feststellen, dass die Einhaltung des Stands von Wissenschaft und Technik, den das Atomrecht verlangt, trotz des Vorliegens zahlreicher technischer Regelwerke<sup>113</sup> einen gewissen Spielraum belässt. So ist es gerade aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, die auch im

109 C. Ziehm, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221 (223).

110 Vgl. M. Kloepfer, Verfahrenreife Atomausstiegsfragen?, UPR 2012, 41 (47) für das KKW Krümmel.

111 Dafür etwa C. Ziehm, Das neue Schutzniveau des Atomgesetzes, ZUR 2011, 1 ff.; H.-J. Koch, Vorsorge gegen terroristische Angriffe, in: Koch et al. (Hrsg.), Zwölftes Deutsches Atomrechtssymposium, 2004, S. 167 (177).

112 F. Schoch, Rechtsfragen der Entschädigung nach dem Widerruf atomrechtlicher Genehmigungen, DVBl. 1990, 549 (550); F. Ossenbühl, Bestandsschutz und Nachrüstung von Kernkraftwerken, 1994, S. 18, 24, 46 ff.; R. Gemmeke, Nachträgliche Anordnungen im Atomrecht, 1995, S. 34; M. Rebentisch, »Kernkraftwerks-Moratorium« versus Rechtsstaat, NVwZ 2011, 533 (534).

113 Siehe hierzu Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 21.

Bereich dynamischer Betreiberpflichten eine Rolle spielt,<sup>114</sup> denkbar, dass der gesetzlich vorgegebene Sicherheitsstandard bei einer Anlage, die in absehbarer Zeit abgeschaltet wird, mit geringeren Mitteln erfüllbar ist als bei einer Anlage, die noch die nächsten Jahre oder Jahrzehnte am Netz bleiben soll. Auch im Bereich von Sicherheitsinvestitionen kann daher die Frage der Rentabilität problematisch sein.

Auch nicht pauschal gegen eine Amortisation einwenden lässt sich die fortbestehende Übertragbarkeit der Reststrommengen gemäß § 7 Abs. 1b AtG.<sup>115</sup> Investitionen, die anlagegebunden erfolgt sind, werden bei Abschalten dieser Anlage dort, wo sie vorgenommen wurden, wertlos.<sup>116</sup>

*cc) Investitionen im Vertrauen auf die Laufzeitverlängerung*

Das zu Investitionen ab 2002 Gesagte gilt grundsätzlich auch für Investitionen, die in den drei Monaten zwischen dem Inkrafttreten der 11. Novelle zum Atomgesetz und dem Moratorium in die acht Kraftwerke, die nicht mehr ans Netz gehen durften, getätigt wurden. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass es überhaupt keine Chance zur Amortisation gab, die aber nicht nur entfernt in Aussicht gestellt wurde, sondern angesichts der gesetzlichen Zuweisung konkreter Reststrommengen für einzelne Kraftwerke zu erwarten war.<sup>117</sup> Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, dass die Verfassungsmäßigkeit der Laufzeitverlängerung umstritten war und ist – insoweit gilt der Grundsatz *in dubio pro lege*.<sup>118</sup> Staatliches Handeln, das zunächst den Anschein von Investitionssicherheit erweckt, dann aber Investitionen postwendend völlig entwertet, stellt einen klaren Verstoß gegen das Gebot des Vertrauensschutzes dar und ist allenfalls gegen volle Entschädigung für die vertanen Aufwendungen zulässig.<sup>119</sup>

114 Vgl. etwa für das BImSchG etwa *H. Jarass*, BImSchG, 9. Aufl. 2012, § 5 Rn. 116. Vgl. auch *P. M. Huber*, Die Verantwortung für den Schutz vor terroristischen Angriffen, in: Koch et al. (Hrsg.), Zwölftes Deutsches Atomrechtssymposium, 2004, S. 195 (211).

115 So etwa *J. Kersten / A. Ingold*, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (366).

116 *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1442).

117 Neben der Sache liegt daher jedenfalls die Äußerung des Bundesaußenministers auf der Pressekonferenz, auf der nach dem Unglück von Fukushima das »Moratorium« verkündet wurde. Er sagte: »Ich darf darauf aufmerksam machen, dass der Energiekonsens der Bundesregierung vorsieht, dass wir eine Option zur befristeten Weiternutzung der Kernkraft geschaffen haben. Aber wir haben keine Garantie zum Weiterbetrieb jedes einzelnen Kraftwerks abgegeben.« (Pressestatements von Bundeskanzlerin *A. Merkel* und Bundesaußenminister *G. Westerwelle* zu den Folgen der Naturkatastrophen in Japan sowie den Auswirkungen auf die deutschen Kernkraftwerke vom 14.03.2011, abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de)).

118 Vgl. BVerfGE 2, 266 (282); siehe auch etwa *K. Schulze-Eickenbusch*, Der Umfang des Entscheidungsermessens bei Gesetzgebungsakten, 1972, S. 21.

119 Die Situation ist vergleichbar mit dem vorzeitigen Wegfall einer befristeten Übergangsre-

Anders sieht es wiederum mit Investitionen aus, die in die weiterlaufenden Kraftwerke getätigt wurden. Sie sind wohl nicht frustriert, sondern können dort genutzt werden.

e) Konsequenzen des Vertrauensschutzes

Was bedeutet diese Bejahung schutzwürdigen Vertrauens? Sie bedeutet (vorausgesetzt, dass entsprechende Investitionen getätigt wurden), dass vorrangig Übergangsfristen vorzusehen gewesen wären, deren Länge sich an der Amortisation der Investitionen zu orientieren gehabt hätte. Sieht man solche Übergangsfristen als nicht mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar an, ist als Ausgleich für die ansonsten unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung eine Entschädigung für das frustrierte Vertrauen erforderlich, die in der Höhe der Aufwendungen abzüglich bereits erzielter und noch erzielter Erträge liegen dürfte. Denkbar ist zudem ein gewisser Abzug im Hinblick auf die generelle Sozialbindung des Eigentums.

3. Eigentumsschutz der Reststrommengen?

Neben der Beachtung dieses Vertrauensschutzes, der getätigte Investitionen betrifft, stellt sich die Frage, ob im Zusammenhang mit der Energiewende auch weitere Eigentumsgegenstände beeinträchtigt werden. Neben der atomrechtlichen Genehmigung, die keinen selbständigen, vom Anlageneigentum zu trennenden Eigentumsgegenstand bildet, ist hier vor allem das Schicksal der Reststrommengen relevant. Dabei ist zunächst die umstrittene Frage zu klären, ob diese überhaupt einen Eigentumsgegenstand bilden. In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Problemkreise identifizieren: Erstens die Frage, ob die Reststrommengen ein isoliertes vermögenswertes Recht darstellen und nicht nur Ausfluss der Nutzung des Anlageneigentums sind, und zweitens, wenn man dies bejaht, die Frage, ob die Reststrommengen als öffentlich-rechtliche Rechtspositionen eigentumsfähig sind.

a) Isolierte Eigentumsfähigkeit

Geht man davon aus, dass Eigentum im Sinne des Grundgesetzes jede vermögenswerte Rechtsposition ist und der Gesetzgeber über sein Recht zur Inhaltsbestimmung weitgehende Einflussmöglichkeiten darauf hat, was Inhalt des Ei-

---

gelung, auf deren Fortbestand der Bürger bis zum Ablauf der Befristung vertrauen durfte, vgl. BVerfGE 102, 68 (97 f.).

gentums ist, so wird man davon ausgehen können, dass ursprünglich die Stromproduktion Ausfluss des Nutzungsrechts der Kernkraftwerke war. Erst seit dem Atomkonsens 2000, in dessen Zuge die Reststrommengen überhaupt als Rechtsbegriff aufkamen, stellt sich die Frage, ob damit zugleich eine Verselbständigung dieser »Produktionsrechte«<sup>120</sup> einherging. Zu Recht wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass die Einführung der im Jahr 2000 benannten Reststrommengen eine Beschränkung des Sacheigentums an den Kraftwerken darstellte,<sup>121</sup> da diesem ursprünglich ein unbeschränktes Produktionsrecht für Strom korrespondierte. Diese für sich genommen zutreffende Einschätzung lässt allerdings noch keine Schlussfolgerung darüber zu, ob und inwieweit bestimmte »Teile« des Eigentums rechtlich in einer Weise verselbständigt sind, dass sie als eigene Eigentumsgegenstände angesehen werden können. Eine solche Verselbständigung, die der Gesetzgeber durch sein eigentumsbezogenes Inhaltsbestimmungsrecht jederzeit vornehmen kann, ist hinsichtlich der Reststrommengen zugleich mit der Beschränkung des Produktionsrechts erfolgt, indem durch § 7 Abs. 1b AtG die Verkehrsfähigkeit der Reststrommengen hergestellt wurde. Sie sind daher seitdem als eigenständige Rechtspositionen anzusehen. Nichts anderes gilt auch für die zusätzlichen Reststrommengen, die durch die Atomgesetz-Novelle 2010 verliehen wurden.

#### b) Eigentumsfähigkeit als subjektive öffentliche Rechte

Bei den Reststrommengen handelt es sich um subjektive öffentliche Rechtspositionen. Solche sollen nach wohl überwiegender Auffassung aber nur dann Eigentum im Sinne des Art. 14 GG darstellen, wenn sie auf einer Eigenleistung beruhen.<sup>122</sup> Insoweit besteht eine Abweichung von der allgemeinen Definition, dass *jede* vermögenswerte Rechtsposition als Eigentum anzusehen ist<sup>123</sup>. Eine Eigenleistung wird man bei den Reststrommengen allerdings nur schwer erkennen können.<sup>124</sup> Richtigerweise ist aber das Kriterium der Eigenleistung außerhalb des Sozialversicherungsrechts, aus dem es stammt, überhaupt abzulehnen. Es bildet dort nämlich richtigerweise nur einen Unterfall der allgemei-

120 Siehe zum Begriff etwa *F. Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 19.

121 Vgl. auch *F. Ossenbühl*, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg, DÖV 2012, 697 (700). A. A. *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1439).

122 Siehe BVerfGE 53, 257 (289 f.); 100, 1 (32); BVerfG (Kammer), NZS 2009, 621. Kritisch zu dieser Beschränkung etwa BVerfGE 32, 111 (141) – Sondervotum *Rupp-v. Brüneck*; *J. Wieland*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 63. Siehe auch ausführlich *H. Rittstieg*, in: AK-GG, Art. 14 (2001) Rn. 121.

123 Vgl. statt vieler etwa Vgl. etwa *P. Axer*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 14 Rn. 42.

124 So zu Recht *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1445).

neren Voraussetzung, die für einen Eigentumsschutz erfüllt sein muss, nämlich dass eine Rechtsposition in einer Weise verwirklicht sein muss, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der sie begründenden Norm erfüllt sind.<sup>125</sup> Weist das Gesetz jemandem eine Rechtsposition voraussetzungslos zu, wie dies bei den Reststrommengen der Fall ist, so kann dies nichts daran ändern, dass es sich um eine Rechtsposition handelt. Die Frage des Vermögenswertes wird man angesichts der Übertragbarkeit und damit Handelbarkeit sodann unschwer bejahen können. Daher sind die Reststrommengen als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG zu betrachten.<sup>126</sup>

### c) Ausgleichspflicht der Inhalts- und Schrankenbestimmung

Durch die im August 2011 in Kraft getretene Änderung des Atomgesetzes wurden einerseits die 2010 zugewiesenen Reststrommengen entzogen, andererseits erscheint es fraglich, ob die Alt-Reststrommengen angesichts der reduzierten Zahl von laufenden Kraftwerken und der fixen Stilllegungstermine noch genutzt werden können.<sup>127</sup>

Selbst in der Entziehung der Reststrommengen liegt keine Enteignung, weil sie keinen staatlichen »Güterbeschaffungsvorgang« im Sinne der bereits genannten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>128</sup> darstellt. Es handelt sich vielmehr – wie auch bei der möglichen Nutzungseinschränkung der »Alt-Reststrommengen« – um Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums, allerdings in ihrer denkbar schärfsten Form.

Sieht man auch hier die Entziehung der Reststrommengen als alternativlos zur Verfolgung des Ziels eines baldigen Atomausstiegs an, so ist damit noch nicht gesagt, dass sie auch verhältnismäßig ist. Mögen Inhalts- und Schrankenbestimmungen grundsätzlich auch entschädigungslos hinzunehmen sein,<sup>129</sup> kann dies nicht gelten, wenn das spezifische Vertrauen in den Bestand und die Kontinuität des Eigentums durch die Entziehung einer Eigentumsposition ver-

125 Siehe hierzu eingehend *M. Schröder*, Der Eigentumsschutz von Genehmigungen, in FS für H.-J. Papier, 2013, S. 605 (613 f.)

126 So zu Recht *J. Kersten / A. Ingold*, Die Beschleunigung des Atomausstiegs – Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26 (2011), 350 (370 ff.); siehe auch bereits *P.M. Huber*, Restlaufzeiten und Strommengenregelungen, DVBl. 2003, 157 (159 f.); *ders.*, Rechtssicherheit und neues Atomrecht, RdE 2003, 230 (232 f.). A. A. dagegen *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1445); *C. Ziehm*, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221 (223); *F. Ossenbühl*, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg, DÖV 2012, 697 (700), der auch diese zusätzliche Stromerzeugungsbefugnis noch als Ausfluss des Anlageneigentums ansieht.

127 Siehe hierzu *M. Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437 (1442).

128 Siehe bereits oben III. 2. a).

129 Vgl. *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 378a.

letzt wird. Hier wird man auf einen finanziellen Ausgleich für den Verlust zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit nicht völlig verzichten können, mag die Grenze für die Unzumutbarkeit angesichts des Umstands, dass jedenfalls die zusätzlichen Reststrommengen gewissermaßen ein »Geschenk des Gesetzgebers« darstellen, auch höher liegen als sonst.

#### IV. Fazit

Bei Fragen des Investitions- und Vertrauensschutzes geht es immer um einen Spagat: Der Gesetzgeber darf in der Demokratie nicht durch ein »Dickicht der privaten Dispositionen«, die auf alten Gesetzen basieren,<sup>130</sup> daran gehindert sein, das Recht zu ändern. Er darf solche Dispositionen aber auch nicht völlig außer Acht lassen. Die von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Grundsätze des Vertrauensschutzes tragen diesem notwendigen Ausgleich Rechnung. Sie vermögen aber nichts daran zu ändern, dass insbesondere das Gewicht des Änderungsbedürfnisses und die Belastungen letztlich einer Abwägung bedürfen, die auch die Höhe einer möglichen Entschädigung beeinflusst.

Das rechtsstaatliche Kontinuitätsgebot vermag einen grundsätzlichen Politikwechsel in der Energiepolitik genauso wenig wie in anderen Bereichen zu verhindern. Es kann allenfalls die Geschwindigkeit des Wechsels und damit seine Folgen abmildern, indem es Übergangsfristen verlangt. Belastende Änderungen der Rechtslage müssen aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich mit einem solchen Vorlauf erfolgen, dass sich der Normadressat darauf einstellen kann und dass etwaige Investitionen nicht frustriert werden. Wenn die Vorlaufzeiten mehrere Legislaturperioden überschreiten (und eine solche Dauer kann gerade im Hinblick auf die Rentabilität technischer Anlagen durchaus geboten sein), ergibt sich für den Gesetzgeber die Schwierigkeit, dass er nicht sicher sein kann, dass die von ihm in ihren Wirkungen nur »angekündigte« Rechtsänderung nicht noch vor Erreichen des Termins revidiert wird. Dieses allgemeine demokratische Risiko rechtfertigt allerdings keinen abrupten Politikwechsel. Ein solcher ist nur aus materiellen Gründen zulässig und kann – wie gesehen – Entschädigungsansprüche zu Lasten der Allgemeinheit verursachen.

Der Gesetzgeber sollte sich angesichts dessen schon bei Erlass einer Norm fragen, ob er damit besonderes Vertrauen begründet. Dispositionssicherheit kann bewusst verhindert oder jedenfalls reduziert werden, indem man die Rechtslage, etwa durch dynamische Klauseln, offen hält – der Einzelne muss die

---

130 J. Salzwedel, Verfassungsrechtlich geschützte Besitzstände und ihre »Überleitung« in neues Recht, Verw 5 (1972), S. 11 (16).

Risiken dann erkennen und sich entsprechend einrichten. Je genauer der Staat dagegen Vorgaben über die (nicht zuletzt zeitliche) Zulässigkeit privater Freiheitsbetätigungen macht, desto stärker muss er sich an diesen vertrauensbe gründenden Vorgaben festhalten lassen.



## Die Zukunft der Kernbrennstoffsteuer nach dem Atomausstieg. Probleme des Finanzverfassungs- und des europäischen Steuerrechts

### I. Zum Hintergrund der Brennelementesteuer

Die Brennelementesteuer ist der letzte Restbestandteil eines energiepolitischen Konzeptes, das sich im Zuge der so genannten Energiewende im Laufe des Jahres 2011<sup>1</sup> abrupt erledigt hat. Das Energiekonzept der Bundesregierung vom September 2010 sah noch vor, die Kernenergie als Brückentechnologie zu nutzen und hierzu die Laufzeiten bestehender Atomkraftanlagen zu verlängern.<sup>2</sup> Das Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes vom Dezember 2010<sup>3</sup> setzte dieses Konzept um. Flankiert wurde die Bundesgesetzgebung durch einen Deal mit den Energieversorgungsunternehmen,<sup>4</sup> der im Gegenzug zur Laufzeitverlängerung auch Instrumente der Abschöpfung einschloss. Neben einem gesetzlich errichteten Sondervermögen »Energie- und Klimafonds« wurde als Abschöpfungsinstrument auch die hier thematische Kernbrennstoffsteuer (gemeinhin Brennelementesteuer) eingeführt. Mit der im Eiltempo nach dem Atomunfall von Fukushima durchgepeitschten gesetzlichen Energiewende wurde jedoch schon im Sommer 2011 durch das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des Atom-

---

1 Im Überblick hierzu *Dieter Sellner/Frank Fellenberg*, Atomausstieg und Energiewende 2011 – das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011, S. 1025 ff.; ferner *Wolfgang Renneberg*, Laufzeitverlängerung und nukleare Sicherheit – zum rechtlichen und technischen Zusammenhang von 11. und 12. AtG Novelle, ZNER 2011, S. 106 ff.; *Boris Scholtka/Sebastian Helmes*, Energiewende 2011 – Schwerpunkte der Neuregelungen im Energiewirtschafts- und Energieumweltrecht, NJW 2011, S. 3185 ff.

2 Bundesregierung, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28. September 2010, S. 16 ff.

3 Gesetz v. 8.12.2010 (BGBl. I S. 1814). Hierzu kritisch unter wettbewerblichen Gesichtspunkten *Olaf Däuper/Roman Ringwald/Uwe Hilmes*, Rechtliche Grenzen einer Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken, ZNER 2010, S. 343 ff.

4 Vertrag zwischen der Bundesregierung und den vier Energiekonzernen über die Verlängerung der KW-Laufzeiten vom September 2010, abgedruckt in: ZNER 2010, S. 376 ff. Hierzu *Christian Waldhoff/Hanka von Aswege*, Kernenergie als »goldene Brücke«? Verfassungsrechtliche Probleme der Aushandlung von Laufzeitverlängerungen gegen Gewinnabschöpfung, ZNER 2010, S. 328 (338 ff.).

gesetzes<sup>5</sup> die kurz zuvor erfolgte Verlängerung der Laufzeiten für Kernkraftwerke – verfassungsrechtlich nicht unproblematisch<sup>6</sup> – zurückgenommen und ein sukzessiver Ausstieg aus der Kernenergie bis 2022 eingeleitet. Auf die rechtspolitisch dann eigentlich folgerichtige Rücknahme der Brennelementesteuerung wurde demgegenüber verzichtet – wahrscheinlich das einzige Element gewisser Stabilität in der sprunghaften Energiewendepolitik.

Das Kernbrennstoffsteuergesetz (KernbrStG)<sup>7</sup>, mit dem der Bundesgesetzgeber eine neue Steuer eingeführt hat, ist zum 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Steuergegenstand ist Kernbrennstoff<sup>8</sup>, der zur gewerblichen Erzeugung von elektrischem Strom verwendet wird. Die Steuer wird vom Gesetzgeber selbst als Verbrauchsteuer ausgeflaggt (§ 1 Abs. 1 KernbrStG). Die vom Betreiber geschuldete Steuer (§ 5 Abs. 2 KernbrStG) entsteht dadurch, dass ein Brennelement oder einzelne Brennstäbe in einen Kernreaktor erstmals eingesetzt werden und eine sich selbsttragende Kettenreaktion ausgelöst wird (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KernbrStG).<sup>9</sup>

Die Motive für die Einführung der Steuer sind ausweislich der Begründung rein fiskalpolitischer Natur:<sup>10</sup> »Die Haushaltskonsolidierung des Bundes erfordert die Erschließung zusätzlicher Einnahmenquellen.«<sup>11</sup> Es werden Mehreinnahmen von 2,3 Mrd. Euro jährlich erhofft,<sup>12</sup> die sich freilich durch die bereits erfolgte vorzeitige Stilllegung der ältesten Atomkraftwerke deutlich verringern dürften<sup>13</sup>. Das Aufkommen fließt dem Bundeshaushalt zu. Sollten die Einnahmen aus der Kernbrennstoffsteuer 2,3 Milliarden Euro jährlich übersteigen, was inzwischen sehr unwahrscheinlich geworden ist, würden diese überschießenden Einnahmen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Errichtung eines Sonder-

5 Gesetz v. 31.7.2011 (BGBl. I S. 1704). Hierzu *Olaf Däuper/Sascha Michaels/Jan Ole Voß*, Das Dreizehnte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes im Lichte des Grundgesetzes, ZNER 2011, S. 375 ff.

6 Eingehend und kritisch unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes *Fritz Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012; anders aber (zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung, kein Vertrauensschutz) *Däuper/Michaels/Voß* (Fußn. 5), S. 375.

7 Kernbrennstoffsteuergesetz v. 8.12.2010 (BGBl. I S. 1804).

8 Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 KernbrStG sind Kernbrennstoffe: Plutonium 239 und Plutonium 241, Uran 233 und Uran 235, jeweils auch in Verbindungen, Legierungen, keramischen Erzeugnissen und Mischungen.

9 Hierzu sowie zu den tatbestandlichen Problemen näher *Harald Jatzke*, Die Kernbrennstoffsteuer – ein Exot im deutschen Verbrauchsteuerrecht, ZfZ 2010, S. 278 (279 f.)

10 In der Bewertung ebenso (namentlich auch zutreffend gegen eine umweltpolitische Zielsetzung) *R. M. Stein/A. Thoms*, Energie- und Stromsteuerrecht: Gesetzliche Entwicklungen 2010, BB 2011, S. 471.

11 BT-Drs. 17/3054, S. 1, 5.

12 BT-Drs. 17/3054, S. 1.

13 BFH, BStBl. 2012 II, S. 418 (421).

vermögens »Energie- und Klimafonds« (EKFG)<sup>14</sup> dem Förderfonds zufließen. Das Bundesministerium der Finanzen kann nach § 4 Abs. 3 Satz 1 EKFG für den Bund mit den Betreibergesellschaften von Kernkraftwerken in Deutschland und ihren Konzernobergesellschaften einen Vertrag schließen, nach dem ein Teil der zusätzlichen Gewinne aus der Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke an das Sondervermögen zu zahlen ist. Die Vorschriften des VwVfG über den öffentlich-rechtlichen Vertrag sind nach § 4 Abs. 3 Satz 2 EKFG anzuwenden. Mit dem Ausstieg aus der Laufzeitverlängerung ist insoweit die Geschäftsgrundlage weggefallen, sodass keine Finanzierungspflichten fortbestehen.

Die hier thematische rechtliche Bewertung der Brennelementesteuer stößt auf eine auf den ersten Blick unübersichtliche und anspruchsvolle Gemengelage zwischen Finanzverfassungs- und Unionsrecht. Mit dem vorliegenden Beitrag möchte ich mich um eine Abschichtung der Probleme bemühen.

## II. Bindung der Steuer an die Laufzeitverlängerung?

Die Verknüpfung von Kernbrennstoffsteuer und Laufzeitverlängerung ist gewiss ein gewichtiges rechtspolitisches Argument für die Aufhebung des KernbrStG, aber verfassungsrechtlich unergiebig. Die Kopplung der Steuer an die Laufzeitverlängerung war lediglich ein fiskalpolitisches Motiv der Regelung. Eine regelungstechnische Verknüpfung sieht weder das KernbrStG noch das Atomgesetz (AtG<sup>15</sup>) vor. Auch die Gesetzesbegründung<sup>16</sup> stützt sich ausschließlich auf das finanzpolitische Regelungsziel der Einnahmeerzielung und vermeidet jede explizite Bezugnahme auf die Laufzeitverlängerung. Dies war vor dem Hintergrund der Gesetzesentstehung möglicherweise unredlich, erweist sich aber im Nachhinein als legistisch geschickt, weil hierdurch Ansatzpunkte für eine Bindung vermieden wurden.

Direkter ist insoweit der Vertrag zwischen der Bundesregierung und den vier Energieversorgungsunternehmen über die Verlängerung der KKW-Laufzeiten vom September 2010.<sup>17</sup> Der Vertragstext verweist in der Präambel darauf, dass mit der Laufzeitverlängerung eine »Abschöpfung eines Teils der Zusatzgewinne, die den Energieversorgungsunternehmen durch die Laufzeitverlängerung zufließen«, verbunden sei. Die geplante Einführung einer Kernbrennstoffsteuer

---

14 Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens »Energie- und Klimafonds« v. 8.12.2010 (BGBl. I S. 1807), das durch Art. 1 des Gesetzes v. 29.7.2011 (BGBl. I S. 1702) geändert worden ist.

15 Atomgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 15.7.1985 (BGBl. I S. 1565), das zuletzt durch Art. 5 Abs. 6 des Gesetzes v. 24.2.2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist.

16 BT-Drs. 17/3054.

17 Fußn. 4.

wird erwähnt; hierbei wird aber zugleich auf die Vorbehalte der Energieversorgungsunternehmen gegen die rechtliche Zulässigkeit dieser Abgabe verwiesen, weshalb rechtliche Schritte der Abgabenschuldner gegen die Abgabenbelastung durch die Vereinbarung explizit nicht ausgeschlossen wurden.

## 1. Verfassungsrechtliche Unverbindlichkeit von Gesetzgebungsabsprachen

Eine förmliche Koppelung der Steuer an die aus der Laufzeitverlängerung erzielten Gewinne wäre auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unzulässig gewesen. Denn ein von der Regierung geschlossener Vertrag über konkrete Inhalte der Gesetzgebung würde unter Verletzung der funktionalen Gewaltengliederung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) die Freiheit des parlamentarischen Gesetzgebers unterlaufen, über das Ob und das Wie gesetzlicher Regelungen selbst zu entscheiden.<sup>18</sup> Ein Gesetzgebungsvertrag würde daher aus verfassungsrechtlichen Gründen keinerlei Bindung gegenüber dem Deutschen Bundestag entfalten.<sup>19</sup> Gleiches gilt im Übrigen auch für die im Juni 2000 anlässlich des ›ersten Atomausstiegs‹ geschlossene Verbändevereinbarung,<sup>20</sup> die der Kernbrennstoffsteuer nicht in rechtlich relevanter Weise entgegengehalten werden kann. Neben der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung wurde die damalige Vereinbarung, jedenfalls was die Belastung durch die Brennelementesteuer betrifft, durch die Vereinbarung aus dem Jahr 2010 überholt.

## 2. Keine Rechtsschutzvereitelung

Dies schließt es zwar nicht aus, dass die Bundesregierung einen Vertrauenstatbestand schafft, wonach die Steuerbelastung nur im Gegenzug zu einer Laufzeitverlängerung als Abschöpfungsinstrument auferlegt würde. Konsequenzen

18 *Christian Waldhoff/Hanka von Aswege*, Kernenergie als »goldene Brücke«, 2010, S. 66 ff.; *Michael Kloepfer/David Bruch*, Die Laufzeitverlängerung im Atomrecht zwischen Gesetz und Vertrag, JZ 2012, S. 377 (383 f). Allgemeine Kritik bei *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung, 2005, S. 261 ff.; *Michael Kloepfer*, Möglichkeiten und Grenzen paktierter Gesetzgebung am Beispiel des Atomrechts, ZG 2010, S. 346 ff.

19 Für eine Auslegung des hier in Rede stehenden Vertrages als unverbindlich daher *Waldhoff von Aswege* (Fußn. 18), S. 63.

20 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254). Zuvor bereits *Christine Langenfeld*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, DÖV 2000, S. 929 (936); *Matthias Ruffert*, Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, DVBl. 2002, S. 1145 (1148); *Frank Schorkopf*, Die »vereinbarte« Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, S. 1111 (1112).

hätte ein solches Versprechen mangels Verbindlichkeit gegenüber der Gesetzgebung freilich nur insoweit, als in dem Vertrauen auf Gegenseitigkeit eröffneter Rechtsschutz gegen die Abgabenbelastung versäumt wird. Rechtsschutz ließe sich wiederum nicht auf die – verfassungsrechtlich unzulässige – Gegenseitigkeit einer Absprache stützen, zumal der Deutsche Bundestag ggf. eine Kernbrennstoffsteuer auch ohne Laufzeitverlängerung hätte einführen können. Eine Anfechtung der Steuerbescheide hätte sich daher von vornherein nur mit dem Argument begründen lassen, die Kernbrennstoffsteuer sei verfassungs- oder unionsrechtlich unzulässig. Diesbezüglich enthält die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Energieversorgungsunternehmen aber gerade die explizite Klarstellung, dass mit der Vereinbarung ein Rechtsbehelfsverzicht nicht verbunden ist. Etwaigem Vertrauensschutz ist damit von vornherein der Boden entzogen; wer zur Konfliktvermeidung auf Rechtsschutz gegen Abgabenbescheide verzichtet hat, muss die Folgen selbst tragen.

### 3. Zwischenbilanz

Kurzum: Verfassungsrechtlich ist das KernbrStG daher von der Laufzeitverlängerung unabhängig und lässt sich auch nicht über das bloße Motiv einer Abschöpfung mit dieser verkoppeln.<sup>21</sup> Rechtspolitische Bestrebungen, im Interesse der Gesamtkohärenz deutscher Energiepolitik wenigstens konsequent mit der Rückabwicklung der Laufzeitverlängerung auch dem Abschöpfungsmotiv der Kernbrennstoffsteuer Rechnung zu tragen und das Steuergesetz aufzuheben, sind nicht auszumachen. *Pecunia non olet*. Die Zukunft der Brennelementesteuer nach dem Atomausstieg hängt damit völlig unabhängig von der Vereinbarung vorerst allein davon ab, ob die Abgabe einer finanzverfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Prüfung standhält. Auch auf die umstrittene Zustimmungsbedürftigkeit der parallel zum KernbrStG erfolgten Änderung des Atomgesetzes<sup>22</sup> kommt es nicht an, weil das Aufkommen der als Verbrauchsteuer

---

21 Zutreffend *Christian Waldhoff*, Die Kernbrennstoffsteuer als Verbrauchsteuer und die steuerliche Typenlehre, *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern* 2012, S. 57 (65).

22 Zustimmungserfordernis bejahend *Olaf Däuper/Sascha Michaels/Roman Ringwald*, Die Zustimmungsbedürftigkeit einer Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken nach Art. 87c GG, *ZUR* 2010, S. 451 ff.; *Christoph Degenhart*, Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken, *atw* 2010, S. 684 ff.; *Reiner Geulen/Remo Klinger*, Bedarf die Verlängerung der Betriebszeiten der Atomkraftwerke der Zustimmung des Bundesrates?, *NVwZ* 2010, S. 1118 ff.; *Jens-Erik Kendzia*, Die Zustimmungsbedürftigkeit der 11. Atomgesetznovelle, *DÖV* 2011, S. 359 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeiten von Kernkraftwerken, *NVwZ* 2010, S. 1113 ff.; *Alexander Roßnagel/Anja Hentschel*, Ist das Gesetz zur Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken zustimmungsbedürftig?, *UPR* 2011,

eingeführten Steuer dem Bund zukommen soll und das Gesetz insoweit keiner Zustimmung bedurfte (vgl. Art. 105 Abs. 3 GG).

### III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Steuer?

Spezifisch grundrechtliche Hürden bei der Besteuerung des Kernbrennstoffverbrauchs bestehen nicht. Die von belasteten Energieerzeugern angerufenen Finanzgerichte hatten zunächst teilweise die Verfassungskonformität der Steuer bei summarischer Prüfung verneint<sup>23</sup> und insoweit gegen die Steuerbescheide einstweiligen Rechtsschutz gewährt. Der BFH<sup>24</sup> ist dem nicht gefolgt, ohne sich hierbei zur Frage der Verfassungsmäßigkeit einzulassen. Denn Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Steuerbescheide lassen sich letztlich nur auf die Verfassungswidrigkeit des zugrunde gelegten Steuergesetzes stützen. Zweifel an der Verfassungskonformität eines Parlamentsgesetzes rechtfertigen indes schon im Hinblick auf Art. 100 Abs. 1 GG nur ausnahmsweise – nämlich im seltenen Fall der Offensichtlichkeit des Verstoßes<sup>25</sup> – eine Aussetzung der Vollziehung.<sup>26</sup> Bei Steuerbelastungen geht es indes um später problemlos revidierbare Vermögensverschiebungen, solange die Belastung keine Risiken der Insolvenz oder vergleichbarer Nachteile begründet, was angesichts der verbleibenden Gewinnmarge auch nach der Besteuerung nicht der Fall ist.<sup>27</sup> Eher befremdlich erscheint es freilich, dass der BFH in seinem Beschluss auf die Frage der Unionsrechtskonformität nicht eingeht, da der Vorrang des Unionsrechts von jeder Stelle und unabhängig von einem nationalen Verwerfungsmonopol

---

S. 1 ff.; *Joachim Wieland*, Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes zur Verlängerung der Laufzeit von Kernkraftwerken, ZNER 2010, S. 321 ff.; ablehnend demgegenüber etwa *Martin Burgi*, Zustimmungsbedürftigkeit der Elften und Zwölften Atomrechtsnovelle?, 2011; *ders.*, Das Atomrecht, der Bundesrat und die Verwaltungsorganisation, NJW 2011, S. 561 ff.; *Christoph Moench/Marc Ruttloff*, Keine Zustimmungsbedürftigkeit einer gesetzlichen Verlängerung des Laufzeiten der Kernkraftwerke, DÖV 2011, S. 354 ff.; *Horst Schneider*, Längerer Betrieb der deutschen Kernkraftwerke nur mit Zustimmung des Bundesrates? – Bedeutung und Reichweite der Zustimmungsbedürftigkeit bei Änderung des Atomgesetzes, atw 2010, S. 2 ff.; *Rupert Scholz*, Kein Zustimmungserfordernis des Bundesrates zu längeren Laufzeiten der Kernkraftwerke, NVwZ 2010, S. 1385 ff.; *Kyrill-A. Schwarz*, Die Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken, JZ 2010, S. 1118 ff.

23 FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 ff.; FG München, ZUR 2012, S. 255 ff.; Verfassungskonformität bejahend demgegenüber FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 ff.

24 BFH, BStBl. 2012 II, S. 418 ff. Ebenso *David Bruch/Holger Greve*, Die Kernbrennstoffsteuer im Fokus der Finanzgerichtsbarkeit, BB 2012, S. 234 (235).

25 BFH, BStBl. 2012 II, S. 418 (420).

26 Siehe zum Problem BVerfGE 88, 382 (389); *Christian Hillgruber/Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. (2011), Rn. 606 f.

27 Anders aber *Roman Seer*, Vorläufiger Rechtsschutz bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes, DStR 2012, S. 325 (328).

stets zu beachten ist.<sup>28</sup> Inhaltlich ist die Frage der Verfassungskonformität jedenfalls weiterhin offen, im Einzelnen aber wie folgt zu beurteilen:

### 1. Spezifisch grundrechtliche Besteuerungshindernisse?

Spezifisch grundrechtliche Hürden bei der Besteuerung des Kernbrennstoffverbrauchs bestehen nicht. Zwar ließe sich hinterfragen, warum die Verwendung eines bestimmten Brennstoffes zur Energiegewinnung gegenüber anderen Formen der Energieerzeugung benachteiligt wird. Der Gesetzgeber verweist insoweit auf eine besondere Finanzierungsverantwortung nach dem Verursacherprinzip für die Entsorgungsinfrastruktur (§ 57b Abs. 1 Satz 3 AtG).<sup>29</sup> Dies ist in einem steuerrechtlichen Kontext eine ungewöhnliche Begründung, weil eine gruppenspezifische Finanzierungsverantwortung – anders als bei einer Sonderabgabe – zur Besteuerung nicht notwendig (obgleich zulässig<sup>30</sup>) ist. Die die Allgemeinheit belastende Entsorgung ist in Anbetracht der weiten Spielräume bei der Wahl der Besteuerungsgrundlagen jedenfalls eine hinreichende Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG).<sup>31</sup>

Dies gilt jedenfalls unter verfassungsrechtlichen (obschon nicht notwendigerweise auch unter beihilfenrechtlichen) Auspizien auch für die darin liegende wirtschaftliche *Benachteiligung* der deutschen Atomenergieerzeuger in Relation zu auswärtigen Kraftwerksbetreibern,<sup>32</sup> schon weil den Bund für den im Ausland produzierten radioaktiven Abfall weder eine Verantwortung noch eine Kostenlast trifft. Zudem ist die Territorialität der Verbrauchsbesteuerung ein

28 Etwa EuGH, Urt. v. 19. 1. 2010, Rs. C-555/07 (Kücükdeveci), Slg 2010, I-365, Rn. 52 ff.; Urt. v. 22. 6. 2010, Rs. C-188 und 189/10 (Aziz Melki und Sélim Abdeli), Slg. 2010, I-5667 Rn. 53 f.

29 BT-Drs. 17/3054, S. 5.

30 Vgl. BVerfGE 7, 244 (254 ff.); 49, 343 (354); 65, 325 (344); *Lerke Osterloh*, »Öko-Steuern« und verfassungsrechtlicher Steuerbegriff: Alte Fragen zum staatlichen Steuererfindungsrecht – neu gestellt, NVwZ 1991, S. 823 (827).

31 Zutreffend FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (253); *Waldhoff/von Aswege* (Fußn. 18), S. 58; im Ergebnis wie hier auch *Rainer Wernsmann*, Verfassungsfragen der Kernbrennstoffsteuer, ZfZ 2012, S. 29 (33).

32 Vgl. *Waldhoff/von Aswege* (Fußn. 18), S. 59, die dies als Fall der Inländerdiskriminierung bezeichnen. Um eine solche im traditionellen Verständnis handelt es sich freilich nicht, da nicht Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf deren Grundfreiheiten eine Freiheit von Belastungen gewährt werden muss, die bei reinen Inlandssachverhalten entstehen. Vielmehr wird eine Steuer – insoweit sub specie Territorialität allein zulässig – im Inland erhoben, ohne dass der grenzüberschreitende Warenverkehr mit Strom betroffen ist. Es geht also lediglich um mittelbare wirtschaftliche Nachteile. Die kursorische Kammer-Rechtsprechung des BVerfG stellt zwar auch auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit ab, bezieht sich aber gleichwohl auf rechtliche Ungleichbehandlung – BVerfG-K, JZ 2007, 354 (355) – und ist daher auf das vorliegende Problem nicht ohne weiteres übertragbar.

sachlicher Anknüpfungspunkt (Ursprungslandprinzip).<sup>33</sup> Würde die Belastungsfreiheit von im Ausland erzeugten Gütern als inländischer Nachteil gewertet, wäre im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit überhaupt keine produktspezifische inländische Verbrauchsbesteuerung mehr möglich. Im Übrigen könnte eine Benachteiligung inländischer Unternehmen nur über einen Grenzsteuerausgleich ermöglicht werden. Dieser dürfte sich aber schon aus praktischen Gründen nicht in einer mit Art. 110 AEUV konformen Ausgestaltung etablieren lassen.<sup>34</sup>

Auch die Eigentumsgarantie der Kraftwerksbetreiber (Art. 14 Abs. 1 GG) – im Hinblick auf Art. 86 EURATOM-Vertrag nicht an den Brennelementen, sondern sub specie Nutzungsrecht an den Kraftwerken<sup>35</sup> – steht einer Besteuerung des Brennelementeeinsatzes nicht entgegen, weil sich aus diesem Grundrecht keine konkreten quantitativen Maßstäbe der Steuerlast ableiten lassen<sup>36</sup> und eine wirtschaftlich erdrosselnde Wirkung unter Zugrundelegung der hohen Anforderungen, die im Hinblick auf die allgemeine Eigentumsneutralität der Besteuerung an solche mittelbaren Effekte zu stellen sind, hier nicht erkennbar ist<sup>37</sup>, zumindest in den bisherigen – soweit ersichtlich – von den Klägerinnen nicht vorgetragen wurde.

## 2. Gesetzgebungskompetenz

Verfassungsrechtlich problematisch ist aber die Vereinbarkeit der Kernbrennstoffsteuer mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung, die gerade im Finanzverfassungsrecht mit seiner eigentümlichen Verschränkung von Grundrechtsschutz und objektiver Organisation auf die zulässigen Gesetzesinhalte durchschlägt<sup>38</sup>: Der Bund verfügt über eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Steuern, sofern ihm das Aufkommen aus der Steuer ganz oder teilweise zusteht (Art. 105 Abs. 2 GG). Der Gesetzgeber versteht die Brennele-

33 Siehe *Christian Waldhoff/Wolfgang Kahl*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. (2011), Art. 113 Rn. 17.

34 Siehe unten nach Fußn. 160.

35 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (253).

36 *Waldhoff/von Aswege* (Fußn. 18), S. 59; allgemein *Christian Waldhoff*, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. (2007), § 116 Rn. 116 ff.; vgl. auch BVerfGE 110, 274 (292). Anders vor allem *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: Isensee/Kirchhof, ebd., § 118, Rn. 118, 126 ff.; ferner etwa *Michael Elicker*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Besteuerung, DVBl. 2006, S. 480 ff.

37 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254); *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 33. Siehe auch BFH, BStBl. 2012 II, S. 418 (421).

38 Vgl. *Paul Kirchhof*, Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, 1973, S. 72.



mentesteuer als Verbrauchsteuer, für die dies der Fall wäre (Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG). Keineswegs selbstverständlich ist es jedoch, ob die Brennelementesteuer in ihrer konkreten Ausgestaltung auch den originär *verfassungsrechtlichen* Begriff einer Verbrauchsteuer ausfüllt.<sup>39</sup>

Die Verfassung definiert zwar den Begriff der Verbrauchsteuer nicht selbst, setzt aber – als unvermeidbare Folge der differenzierten Kataloge des Art. 106 Abs. 1–2 GG – einen entsprechenden tradierten (sich vor allem im überkommenen einfachen Gesetzesrecht ausprägenden<sup>40</sup>) Typenbegriff voraus.<sup>41</sup> Eine Verbrauchsteuer ist nach der Rechtsprechung eine Warensteuer, »die den Verbrauch vertretbarer, regelmäßig zum baldigen Verzehr oder kurzfristigen Verbrauch bestimmter Güter des ständigen Bedarfs« belastet.<sup>42</sup> Verbrauch ist hierbei »derjenige Umgang mit Wirtschaftsgütern, der deren Eigenschaft als Steuerobjekt aufhebt.«<sup>43</sup>

Schnell dürfte Einigkeit zu erzielen sein, dass Kernbrennstäbe zum baldigen Verzehr weder bestimmt noch geeignet sind. Kernbrennstäbe sind aber ein verbrauchsfähiges Gut,<sup>44</sup> weil mit der Inangasetzung einer Kettenreaktion der Brennstoff als Energieträger fortschreitend aufgezehrt wird und insoweit seine Eigenschaft als steuerrelevante Ware verliert.<sup>45</sup> Der Verlust des spezifischen wirtschaftlichen Nutzwerts als Ware – sowie damit zugleich der Verlust der Eigenschaft als relevantes Steuerobjekt<sup>46</sup> – ist deren Verbrauch.<sup>47</sup> Auf die Möglichkeit einer anderweitigen Nutzung nach Wiederaufbereitung kommt es insoweit ebenso wenig an<sup>48</sup> wie auf das physische Vorhandensein eines (abgebrannten) Brennstabes.<sup>49</sup>

---

39 Bejahend FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (253); *Waldhoff/von Aswege* (Fußn. 18), S. 57; verneinend FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (57 f.); FG München, ZUR 2012, S. 255 f.

40 Insoweit ein Fall des »vorverfassungsrechtlichen Gesamtbildes«; siehe hierzu etwa BVerfGE 2, 380 (403); 9, 89 (96); 14, 197 (216 ff.); 21, 54 (62); 25, 269 (290); BVerwGE 1, 159 (161); BayVerfGHE 2, 181 (206); 4, 251 (276); 8, 11 (20); *Hans Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. (1947), S. 137 f.

41 BVerfGE 123, 1 (16); BFHE 141, 369 (372).

42 BVerfGE 98, 106 (123); ferner etwa BVerwGE 96, 272 (281).

43 *J. W. Hidién*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2002/2012, Art. 106 Rn. 1412.

44 Zweifelnd FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (57).

45 *Mario Martini*, Die Kernbrennstoffsteuer – ein steuerrechtlicher Störfall? Offene verfassungs- und unionsrechtliche Fragen, ZUR 2012, S. 219 (221).

46 Zum Begriff *Dieter Birk/Marc Desens*, Steuerrecht, 15. Aufl. (2012), Rn. 102.

47 Vgl. auch BVerfGE 98 106 (124): der Steuergegenstand sei »funktions- und wertlos geworden, also verbraucht«.

48 Wie auch z. B. eine Verpackungssteuer nicht daran scheitert, dass der Verpackungsabfall durch Recycling wieder verwertet werden kann. Hierbei handelt es sich um einen neuen wirtschaftlichen Vorgang, der ein anderes (Verbrauchs-)Gut schafft.

49 *Martini* (Fußn. 45), S. 221; *Waldhoff* (Fußn. 21), S. 64.

## a) Abwälzbarkeit

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur kommunalen Verpackungssteuer noch betont, dass eine Verbrauchsteuer, sofern sie – wie in der Regel – bei dem Anbieter eines Gutes erhoben wird, auf eine Überwälzung auf den Verbraucher angelegt sein müsse.<sup>50</sup> Das FG Hamburg<sup>51</sup> verneint die Verbrauchsteuereigenschaft gemessen hieran mit der Begründung, der Gesetzgeber habe eine Abwälzung der Kosten auf die Endkunden nicht intendiert.<sup>52</sup> Dies bedarf einer genaueren Betrachtung. Denn zunächst wird eine Kostenabwälzung *rechtlich* durch das geltende Recht nicht behindert;<sup>53</sup> ob sie sich *ökonomisch* realisieren lässt, steht auf einem anderen Blatt. Ökonomisch-faktisch ist die Abwälzbarkeit stets eine Frage des Marktes und damit ein typisches Problem jeder Verbrauchsteuer.<sup>54</sup>

## aa) Verfassungsrechtliches Erfordernis einer Abwälzungsmöglichkeit

Für die ähnlich strukturierten Aufwandsteuern<sup>55</sup> hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Spielgerätesteuer aus dem Jahr 2009 festgestellt, dass der kompetenzrechtliche Steuerbegriff der Verfassung nicht von faktischen Markt- bzw. Rentabilitätsentwicklungen sowie der damit verbundenen Abwälzbarkeit abhängt.<sup>56</sup> Das BVerfG hat allerdings zugleich die *grundsätzliche* Abwälzbarkeit unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) als Voraussetzung der *materiellen* verfassungsrechtlichen Rechtfertigung indirekter Steuern erachtet: »Wird eine Steuer nicht bei dem erhoben, dessen Leistungsfähigkeit sie in einem bestimmten Vorgang [...] erfassen soll, sondern indirekt bei einem Dritten, so muss sie dem wahren Besteuerungsgrund folgend von diesem Steuerschuldner grundsätzlich auf den eigentlich zu Belastenden abwälzbar sein. Nach den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hierzu entwickelten Grundsätzen [...] genügt bei einer solchen indirekt erhobenen Steuer [...] die Möglichkeit einer kalkulatorischen Überwälzung in dem Sinne, dass der Steuerpflichtige den von ihm gezahlten Betrag in die Kalkulation

50 BVerfGE 98, 106 (124). Ferner etwa *Ferdinand Kirchhof*, Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Aufl. (2001), Rn. 185.

51 FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58); bei typisierender Betrachtung ebenso *Seer* (Fußn. 27), S. 333.

52 BT-Drs. 17/3054, S. 1 f.

53 Siehe *Matthias Bongartz/Sabine Schröer-Schallenberg*, Verbrauchsteuerrecht, 2. Aufl. (2010), N 2.

54 FG München, ZUR 2012, S. 255 (256).

55 Zum Verhältnis der beiden Steuertypen zueinander siehe *Birk/Desens* (Fußn. 46), Rn. 88: Im Kontrast zu den Verbrauchsteuern, »die den Kauf eines verbrauchsfähigen Gutes treffen, zielen Aufwandsteuern darauf ab, den Einsatz finanzieller Mittel für die Aufrechterhaltung eines rechtlichen oder tatsächlichen Zustandes zu belasten« (Hervorhebung im Original).

56 BVerfGE 123, 1 (17 f.).

seiner Selbstkosten einsetzen und hiernach die zur Aufrechterhaltung der Wirtschaftlichkeit seines Unternehmens geeigneten Maßnahmen treffen kann. Es reicht aus, wenn die Steuer auf eine Überwälzung der Steuerlast vom Steuerschuldner auf den eigentlichen Steuerträger angelegt ist, auch wenn die Überwälzung nicht in jedem Einzelfall gelingt<sup>57</sup>. Ohne real eröffnete Abwälzungsmöglichkeit würde nämlich nicht indirekt der Konsum besteuert, der eine spezifische Leistungsfähigkeit indiziert, sondern in der Sache der Unternehmensgewinn.<sup>58</sup> Auch verlangt das BVerfG mit Recht in Abgrenzung zu einer Gewinnbesteuerung, dass nicht die unternehmerische Tätigkeit der Erzeugung von Strom als solche, sondern der Verbrauch der relevanten Wirtschaftsgüter besteuert wird.<sup>59</sup> Als anderenfalls in Betracht kommende besondere Körperschaftsteuer hätte hier aber eine Kernbrennstoffsteuer zumindest als Gemeinschaftsteuer nach Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG ausgestaltet werden müssen, deren Aufkommen zwischen Bund und Ländern zu verteilen gewesen wäre. Als direkte Steuer auf im Eigentum der Atomgemeinschaft stehende Brennstoffe wäre die Kernbrennstoffsteuer schließlich materiell unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union,<sup>60</sup> weshalb auch insoweit der Gestaltungsspielraum begrenzt ist.

Unsicherheit besteht allerdings, welche Anforderungen an die (nur) grundsätzliche Abwälzbarkeit zu stellen sind. Die Rechtfertigung einer indirekten Steuer ist zunächst sicher nicht von schwankenden Marktlagen abhängig, weil anderenfalls konsequenterweise die Erhebung einer verfassungskonform eingeführten Steuer ausgesetzt werden müsste, wenn sie sich auf Grund einer veränderten Marktsituation als nicht mehr abwälzbar erweist. Eine solche Dynamisierung, die jeder – für sich gesehen gerade im Abgabenrecht unverzichtbaren und insoweit verfassungskonformen<sup>61</sup> – Typisierung zuwider liefe, ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Die *Möglichkeit* einer Abwälzung, die sich nicht in jedem Fall auch tatsächlich realisieren lassen muss, reicht daher – wie gezeigt – auch nach der Rechtsprechung aus.<sup>62</sup> Diese Möglichkeit lässt sich aber ihrerseits nicht ohne prognostische Aussagen über die *reale Marktstruktur* beurteilen, an die die Verbrauchsbesteuerung stets anknüpfen muss.<sup>63</sup> Jede Verbrauchsteuer knüpft an einen ökonomischen Vorgang des Verbrauchens eines

57 BVerfGE 123, 1 (35). Zuvor bereits BVerfGE 110, 274 (295).

58 *Martini* (Fußn. 45), S. 223.

59 BVerfGE 110, 274 (295).

60 Siehe unten V.

61 BVerwGE 120, 175 (185 f.); *Josef Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976. Vgl. auch BVerfGE 9, 20 (32); 27, 220 (230).

62 BVerfGE 27, 375 (384); 110, 274 (295); 123, 1 (35); *Martini* (Fußn. 45), S. 224; *Seer* (Fußn. 27), S. 331. Ähnlich BVerwGE 96, 272 (281): Abwälzung erfolge »regelmäßig«.

63 Zu weit gehend daher *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 30.

Verbrauchsguts an, der sich eben nicht abstrakt, sondern nur gegenstandsspezifisch und insoweit entlang der jeweiligen Marktgesetzmäßigkeiten im Kontext des Steuerobjektes beurteilen lässt. Die Rechtfertigung einer Verbrauchsteuer scheidet daher jedenfalls dann, wenn dauerhafte und strukturelle Abwälzungshindernisse entstehen. Dem Gesetzgeber kommen hier zwar gewisse Prognose- und Einschätzungsspielräume zu. Er muss sich dann aber, wenn er eine entsprechende Prognose getätigt hat, auch hieran festhalten lassen. In der Sache bedeutet dies, dass der Gesetzgeber – sofern dies nicht evident ist – sogar verpflichtet ist, Prognosen anzustellen, wenn er eine auf Abwälzung angelegte Verbrauchsteuer einführen möchte. Dies führt zwar mittelbar zu – im Allgemeinen eher abgelehnten<sup>64</sup> – Begründungspflichten, die jedoch in Ansehung der Kleinteiligkeit der Steuertypen nach Art. 106 GG unvermeidbar sind: Wenn die ökonomischen Auswirkungen in Bezug auf die Wälzbarkeit nicht aus sich heraus plausibel sind, muss der Gesetzgeber eine Prognose anstellen und die Folgen im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative bewerten.

*bb) Ökonomische Abwälzungshindernisse*

Die Abwälzbarkeit der Kernbrennstoffsteuer erscheint hierbei durchaus zweifelhaft: Am Spot-Markt an der Strombörse wird Strom als homogenes Gut herkunftsunabhängig gehandelt, sodass hier Atomstrom mit anderem und insoweit abgabentechnisch unbelastetem Strom konkurriert. Der Preis bildet sich hierbei grundsätzlich grenzkostenorientiert nach so genannter Merit Order.<sup>65</sup> Veränderungen der Merit Order unter Berücksichtigung der variablen Kosten hängen von unterschiedlichen Faktoren ab.<sup>66</sup> Entscheidend ist, dass eine Erhöhung des Marktpreises »nach den Gesetzmäßigkeiten der Strompreisbildung nach der Merit Order« nur dann zu einer Erhöhung der Stromgroßhandelspreise führen kann, wenn »die Kernkraftwerke mit ihren Grenzkosten preissetzend

64 Vgl. nur *Christian Waldhoff*, »Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz« – Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: *Festschrift für Josef Isensee*, 2007, S. 325 ff.

65 Eingehend hierzu *Thomas Lindner*, Die juristische Bestimmung des Marktpreises für Strom, 2011.

66 Namentlich auch von der Nachfrage und den Preisen für CO<sub>2</sub>-Zertifikate. Eine Studie aus dem Jahr 2007 weist nach, dass teils im Sommer auf Grund einer hohen Erzeugung von Strom durch Fotovoltaikanlagen teure Gas- und Kohle-Kraftwerke durch EEG-Strom verdrängt wurden, weshalb EEG-Strom preissetzend wurde. Siehe *Frank Sensfuß/Mario Ragwitz*, Analyse des Preiseffektes der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auf die Börsenpreise im deutschen Stromhandel – Analyse für das Jahr 2006, 2007. Kritisch hierzu *Ralf Wissen/Marco Nicolosi*, Anmerkungen zur aktuellen Diskussion zum Merit-Order Effekt der erneuerbaren Energien, EWI Working Paper, Nr. 07/3, 2007, die die Vernachlässigung langzeitiger Anpassungseffekte beklagen.

sind«. <sup>67</sup> Dies war bislang auf Grund der niedrigen Grenzkosten höchst selten der Fall. <sup>68</sup> Die Kernbrennstoffsteuer bewirkt freilich eine Erhöhung der Grenzkosten für Atomstrom, sodass auch dieser künftig jedenfalls häufiger als bislang preissetzend sein könnte. <sup>69</sup> Trotzdem dürfte es sich auch weiterhin eher um Ausnahmefälle auf Grund atypischer Nachfragelagen handeln, <sup>70</sup> zumal mit der Abschaltung von acht Atomkraftwerken die Auslastung der Erzeugungskapazitäten eher höher ausfällt, also auch konventionelle Kraftwerke mit höheren Grenzkosten meist benötigt werden. Eine regelmäßige und insoweit typisierbare Abwälzung wird aus marktstrukturellen Gründen daher absehbar auch nach Einführung der Steuer kaum stattfinden. <sup>71</sup> Richtigerweise wird man im Übrigen bereits die ökonomische Hebelwirkung der Besteuerung auf die Merit Order bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung neutralisierend herausrechnen müssen; anderenfalls könnte der Steuergesetzgeber nämlich schlicht den Steuersatz so lange erhöhen, bis das besteuerte Wirtschaftsgut grenzkostenorientiert preissetzend wirkt, und hierdurch über eine Steuererhöhung die Verfassungskonformität der Steuer erreichen – ein inverser Effekt, der der freiheitlichen Ordnungsfunktion der Finanzverfassung offensichtlich zuwider liefe. Inwieweit eine Abwälzung der Steuer schließlich im Falle des nicht börsengehandelten Stroms gelingen wird, ist auf Grund der unterschiedlichen vertraglichen Bindungen zumindest unsicher. <sup>72</sup>

Insgesamt bestehen daher strukturelle Hindernisse, die es ausschließen, eine Abwälzung der Steuer auf den Stromabnehmer bei notwendig typisierender Betrachtung als Regelfall zugrunde zu legen. Dieses strukturelle Hindernis steht bereits einer Qualifizierung als Verbrauchsteuer entgegen.

*cc) Abschöpfung als legislatives Regelungskonzept*

Überdies entspricht eine Abwälzung gerade nicht dem Konzept des Gesetzgebers. Das KernbrStG war wirtschaftlich als Instrument der Abschöpfung von Gewinnen konzipiert, die mit der ursprünglichen Laufzeitverlängerung auch

67 Bundeskartellamt (Hrsg.), Sektoruntersuchung: Stromerzeugung, Stromhandel, Januar 2011, S. 29, 275.

68 *Martini* (Fußn. 45), S. 223.

69 Bundeskartellamt (Fußn. 67), S. 272: »Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich auch die Kernbrennstoffsteuer als Besteuerung der Primärenergie erhöhend auf die Grenzkosten auswirken wird, was im Ergebnis – nämlich immer dann, wenn Kernkraftwerke marktpreissetzend sind – zu höheren Großhandelspreisen führen kann. Auch von daher ist mit einer Einschränkung des preisdämpfenden Effekts zu rechnen.«

70 So auch *Martini* (Fußn. 45), S. 223.

71 Eingehend *Justus Haucap*, Eine ökonomische Analyse der Überwälzbarkeit der Kernbrennstoffsteuer, 2012, auch (ebenfalls negativ) zur Rückwälzung auf die Anbieter von Kernbrennstoffen, die freilich steuerverfassungsrechtlich irrelevant ist. Aus rechtlicher Sicht *Martini* (Fußn. 45), S. 223; zweifelnd auch FG München, ZUR 2012, S. 255 (256).

72 Siehe immerhin *Martini* (Fußn. 45), S. 223: Börsenpreis als Referenzwert.

entstanden wären.<sup>73</sup> An dem materiellen Abschöpfungscharakter hat sich nichts dadurch geändert, dass die zusätzlichen Gewinnerwartungen zwischenzeitlich durch einen eiligen Federstrich des Gesetzgebers entwertet wurden – die ökonomische Verringerung der Gewinne fällt bei relativer Betrachtung nur höher aus. Als Abschöpfungsinstrument zielt die Steuer strukturell auf die Schmälerung der Unternehmensgewinne – wie hoch diese auch sein mögen – und eben nicht auf die indirekte Besteuerung der Leistungsfähigkeit von Konsumenten. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde »davon ausgegangen, dass eine Überwälzung der den Stromerzeugern entstehenden zusätzlichen Kosten nur in geringem Umfang möglich sein wird.«<sup>74</sup> An dieser – wie gezeigt: realistischen – Prognose muss sich der Gesetzgeber auch bei der Bewertung der Steuernormstruktur festhalten lassen. Wenn einerseits die Rationalitätskontrolle der Gesetzgebung nicht zu einer Erdrosselung der legislativen Handlungsfreiheit führen darf,<sup>75</sup> indem verfassungsimmanente (praktisch also vom BVerfG erzeugte) Prognosen und Wertungen an die Stelle derer des Gesetzgebers treten, müssen andererseits erst recht Wertungen und Prognosen ernst genommen sowie der verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde gelegt werden, die vom Gesetzgeber selbst getroffen wurden. Im vorliegenden Kontext bedeutet dies: Selbst wenn es im Einzelfall gelingen sollte, gelegentlich die Kosten auf die Verbraucher abzuwälzen, wäre die Steuer nach ihrem gesetzlichen Konzept jedenfalls nicht hierauf angelegt.<sup>76</sup> Als Abschöpfungsinstrument lässt sich die Brennelementesteuer dann auch nicht zur Verbrauchsteuer umetikettieren.<sup>77</sup> Dass der Gesetzgeber eine Abwälzung nicht zielgerichtet ausgeschlossen hat,<sup>78</sup> ist hierbei nicht entscheidend, weil es nicht auf den (verfassungsrechtlich ganz allgemein nur in Grenzfällen überhaupt normierbaren<sup>79</sup>) rechtlichen Ausschluss einer Abwälzung ankommt, sondern auf die Form der gesetzlichen Typisierung.

---

73 Bundeskartellamt (Fußn. 67), S. 265, 269 f.

74 BT-Drs. 17/3054, S. 1.

75 Hierzu stellvertretend *Bernd Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (69 f.).

76 So in der Sache auch FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58); tendenziell auch FG München, ZUR 2012, S. 255 (256).

77 Anders aber z. B. *Rainer Hartmann*, Ein neuer Blick auf die Steuergesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes – am Beispiel der aktuell diskutierten Kernbrennstoffsteuer, DStZ 2012, S. 205 (209), der der Gesetzesbegründung keine maßgebliche Bedeutung beimessen möchte.

78 So *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 32.

79 Dies wäre wohl nur dadurch zu realisieren, dass der Staat unmittelbar in die Preisbildung eingreift und entweder die Verbraucherstromkosten mit einer gesetzlichen Deckelung begrenzt oder im Wege der Entgeltregulierung eine kalkulatorische Einbeziehung einer hoheitlichen Abgabe untersagt. Beides wäre aber kaum verhältnismäßig.

## b) Verbrauchsbesteuerung

Fraglich ist zudem, ob die Qualifizierung als Verbrauchsteuer vorliegend auch daran scheitert, dass ein Gegenstand besteuert wird, der der Produktion des konsumfähigen Gutes Strom und nicht dem Konsum durch den Endkunden dient.<sup>80</sup> Denn der Steuertatbestand ist erfüllt, sobald »ein Brennelement oder einzelne Brennstäbe in einen Kernreaktor erstmals eingesetzt werden und eine sich selbsttragende Kettenreaktion ausgelöst wird« (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KernbrStG). Insoweit knüpft der Steuertatbestand nicht an das Inverkehrbringen eines verbrauchsfähigen Gutes an.<sup>81</sup>

### aa) Keine Besteuerung von bloßen Produktionsschritten

Richtigerweise fällt eine Besteuerung bloßer Produktionsschritte nicht unter den Verbrauchsteuerbegriff,<sup>82</sup> obschon die Besteuerung von Produktionsmitteln nicht generell ausgeschlossen wird.<sup>83</sup> Auch wenn die Erhebungsform hierbei zunächst eine Frage der finanzwirtschaftlichen Praktikabilität ist,<sup>84</sup> setzt der Verbrauchsteuerbegriff dem steuertechnischen Zugriff Grenzen. Dass eine Besteuerung von Produktionsmitteln wie auch eine Besteuerung des Produkts typischerweise den Preis der Ware erhöhe und daher generell darauf angelegt sei, auf den Verbraucher abgewälzt zu werden,<sup>85</sup> berücksichtigt schon nicht die strukturelle Einbettung jeder Verbrauchsteuer in spezifische Marktstrukturen und sollte auch nicht allein entscheidend sein.<sup>86</sup> Denn mit diesem Argument ließe sich prinzipiell jeder Produktionsschritt, der durch Weiterverarbeitung irgendwann einmal zu einem konsumfähigen Gut führt, der Verbrauchsbesteuerung unterwerfen. Der Tatbestand der Verbrauchsteuer würde dann vollständig zerfasern.

Wenn das BVerfG dies in seiner Entscheidung zur so genannten Ökosteuern auf den ersten Blick anders gesehen hat, soweit Strom und Mineralöl auch als Produktionsmittel erfasst wurden,<sup>87</sup> ist dieser Regelungsansatz mit dem der

---

80 Verfassungsmäßigkeit verneinend FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (57).

81 BVerfGE 98, 106 (123); BVerfGE 96, 272 (281).

82 FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (57 f.); Dirk Birk/Jutta Förster, Kompetenzrechtliche Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Verbrauchsteuer, Der Betrieb, Beilage Nr. 17/1985, S. 1 (4, 12).

83 Vgl. BT-Drs. 9/167, S. 6: »Es gibt keinen Rechtssatz, der das Anknüpfen einer Verbrauchsteuer an einen typischen Rohstoff verbietet, wenn der Rohstoff mit dem Fertigprodukt, zu dem er verarbeitet wurde, verbraucht wird.« Ferner etwa BFHE 141, 369 (373); Waldhoff (Fußn. 21), S. 64.

84 *Hidien* (Fußn. 43), Art. 106 Rn. 1413.

85 So das Argument von *Martini* (Fußn. 45), S. 222; Dirk Müller, Struktur, Entwicklung und Begriff der Verbrauchsteuern, 1997, S. 125; gleichsinnig BFHE 141, 369 (372).

86 Wie hier *Birk/Förster* (Fußn. 82), S. 4 ff.

87 BVerfGE 110, 274 (295 f.): »Wird das mit einer Verbrauchsteuer belastete Gut produktiv zur

Kernbrennstoffsteuer nicht unmittelbar vergleichbar. Denn mit der Ökosteuern wurde eine Steuer generell erhoben und erfasste auch sowie sogar in großem Umfang Güter zum Endverbrauch. Das Gericht konnte zudem, entsprechend dem zuvor gebildeten Prüfungsmaßstab, davon ausgehen, dass eine Abwälzung jedenfalls möglich ist; auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten in gestuften Produktionsprozessen sollte es nur insoweit nicht ankommen. Das Gericht hat es zwar gemessen am Verbrauchsteuerbegriff für unschädlich erachtet, dass die dort in Rede stehenden Produkte Strom und Mineralöl oftmals noch als Zwischenprodukte eingesetzt werden, um andere Konsumgüter oder Dienstleistungen (z. B. Kosmetika, Spediteursleistungen) bereitzustellen.<sup>88</sup> Entscheidend war aber, dass überhaupt *potentiell konsumfähige Waren* (nämlich Strom und Mineralöl) besteuert wurden.<sup>89</sup> Dies zeigt sich bereits daran, dass die von den damaligen Beschwerdeführern erbrachten *Dienstleistungen* (im Fall vor allem von Spediteuren) offensichtlich keine Ware im Sinne des Verbrauchsteuerbegriffs sind. In der Sache knüpfte also die »Ökosteuern«, auch wenn sie Zwischenschritte einer wirtschaftlichen Verwertungskaskade erfasste, jeweils an produktionstechnisch abgeschlossene Stufen der Warenproduktion an.

Dies ist bei der Brennelementesteuer anders. Im Fall des Einsetzens von Brennelementen, die die Kettenreaktion auslösen, fehlt es gerade an einer entsprechenden Ware, die als solche Gegenstand von Konsum sein könnte.<sup>90</sup> Hier wird nicht ein Zwischenprodukt besteuert, sondern der Produktionsprozess als solcher.<sup>91</sup> Letztlich ist nicht einmal eine unternehmerische Tätigkeit Steuerob-

---

Herstellung von Konsumgütern oder – wie von den Beschwerdeführerinnen – zur Erbringung von Dienstleistungen verwendet, ist der im Typus der Verbrauchsteuer angelegten Überwälzungsmöglichkeit Genüge getan, wenn der zunächst belastete gewerbliche Verbraucher nicht gehindert ist, die Verbrauchsteuerbelastung in den Preis für das hergestellte Produkt einzustellen und so seinerseits die Steuerlast als Preisbestandteil über eine oder mehrere Handelsstufen auf den privaten End- oder Letztverbraucher weiterzuwälzen. Auch hier ist es unerheblich, ob die wirtschaftliche Abwälzbarkeit der Verbrauchsteuerlast für den gewerblichen Verbraucher tatsächlich vollständig realisierbar ist. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Verbrauchsteuerbelastung durch erhöhte Warenpreise oder Dienstleistungsentgelte weitergegeben werden kann. Der Begriff der Verbrauchsteuer im Sinne des traditionellen deutschen Steuerrechts umfasst nicht nur Steuern auf Güter des »letzten« Verbrauchs, das heißt die Belastung des Verbrauchs im privaten Haushalt, sondern betrifft auch den produktiven Bereich. Es gibt keinen Rechtssatz, der das Anknüpfen einer Verbrauchsteuer an ein Produktionsmittel verbietet.«

88 Anders gewendet ist der Verbrauch nicht notwendig privat, sondern kann auch gewerblich sein. So BFHE 141, 369 (372); Markus Heintzen, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. (2012), Art. 106 Rn. 18.

89 So auch FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (57); Birk/Förster (Fußn. 82), S. 4, 12; ähnlich wohl auch Seer (Fußn. 27), S. 331. Offener hingegen Hidien (Fußn. 43), Art. 106 Rn. 1412.

90 FG Hamburg, ZUR 2012, 54 (57).

91 Vgl. FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58): Nicht der Verbrauch des Wirtschaftsgutes Kernbrennstoff werde besteuert, sondern »die unternehmerische Tätigkeit der Erzeugung von Energie«.



jekt.<sup>92</sup> Es geht bei dem Anknüpfungspunkt der Besteuerung vielmehr um »eine ingenieursfachliche Handlung innerhalb des technischen Betriebsablaufs. Das eigentliche Verbrauchsgut, die Energie, wird erst über längere Zeiträume gestreckt sowie nachgelagert freigesetzt.<sup>93</sup> Selbst wenn man von einem weiten Verbrauchsteuerbegriff ausgehen wollte,<sup>94</sup> würde sich die Kernbrennstoffsteuer hier so weit vom tradierten Begriffskern entfernen, dass man ohne gänzliche Auflösung der Ordnungsfunktion verfassungsrechtlicher Steuertypen die Verbrauchsteuereigenschaft nicht mehr bejahen könnte.

#### *bb) Keine typenprägenden Vorbilder*

Zu Gunsten der Verbrauchsteuereigenschaft der Kernbrennstoffsteuer wird schließlich angeführt, dass sich schon bislang vereinzelt eine nicht-konsumtive Besteuerung von Produktionsmitteln nachweisen lasse.<sup>95</sup> Die hierzu angeführten Beispiele sind teils nur noch von historischem Interesse und erweisen sich allesamt als nicht tragfähig: Bei Malzaufschlag<sup>96</sup> und Maischsteuer<sup>97</sup> handelte es sich um historische Formen der Biersteuer, die in Art. 106 Abs. 2 Nr. 4 GG heute verfassungsrechtlich eine gesonderte Kompetenzgrundlage hat.<sup>98</sup> Die frühere Besteuerung von Isopropanol sowie Methanol stand im Regelungszusammenhang des Branntweinmonopols, für das ebenfalls eine eigenständige Kompetenzgrundlage des Bundes besteht (Art. 105 Abs. 1, 106 Abs. 1 GG). Schlüsse auf den Inhalt des verfassungsrechtlichen Verbrauchsteuerbegriffs lassen sich hieraus also nicht ziehen.

#### *cc) Übergang in den freien Wirtschaftsverkehr*

Ein weiteres Charakteristikum einer Verbrauchsteuer ist der Übergang in den freien Wirtschaftsverkehr.<sup>99</sup> Auch hieran fehlt es in Bezug auf die besteuerten

92 FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58).

93 Klaus Ferdinand Gärditz, Die Entwicklung des Umweltrechts im Jahr 2011: Umweltpolitische Herausforderungen zwischen Partizipation, Wutbürgertum und Energiewende, ZfU 2012, S. 249 (261).

94 So BFHE 141, 369 (372); Waldhoff (Fußn. 21), S. 63 ff.

95 BVerfGE 110, 274 (296); Martini (Fußn. 45), S. 221 f.

96 Vgl. das vom Bayerischen König Ludwig II. erlassene Gesetz vom 16. Mai 1868, den Malzaufschlag betreffend (Gesetzblatt S. 461).

97 Hierzu etwa die Promemoria des Königl. Preußischen Finanz-Ministeriums zu der Petition der Stände des dritten Posenschen Provinzial-Landtages wegen der Besteuerung des Branntweins v. 4 5. 1834, abgedruckt in: [Karl] Schönbrodt (Hrsg.), Sammlung der Verordnungen über die Gewerbe-, Handels- und Abgaben-Verhältnisse in den Vereinsstaaten Deutschlands, 1836, S. 201.

98 Siehe hierzu das Biersteuergesetz v. 15. 7. 2009 (BGBl. I S. 1870, 1908), das durch Art. 1 des Gesetzes v. 16. 6. 2011 (BGBl. I S. 1090) geändert worden ist.

99 BVerfGE 16, 64 (74); 98 106 (124); BVerwGE 96, 272 (281); FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58). Anders aber BFHE 141, 369 (374), der dieses Merkmal nicht als konstitutiv erachtet.

Kernbrennstoffe, weil diese jenseits der Nutzung in einer Atomanlage bzw. der interimistischen Verwahrung überhaupt nicht verkehrsfähig sind (vgl. §§ 5 f. AtG); die formelle Verkehrsfähigkeit ist auf Grund ihres öffentlich-rechtlichen Korsetts also eher eine entleerte Hülle. Man mag hiergegen einwenden, dass jede Ware graduell unterschiedlichen Verkehrsbeschränkungen unterliegt, die nur bei Kernbrennstoffen besonders intensiv sind. Selbst wenn man – anders als hier – die verbleibende begrenzte Verkehrsfähigkeit als Kernbrennstoff ausreichen ließe, knüpft hier die Besteuerung an den rein technischen Vorgang des Einsetzens der Brennelemente an, der in keinerlei Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Inverkehrbringen dieser Güter steht. Damit fehlt es auch an diesem Merkmal einer Verbrauchsteuer im verfassungsrechtlichen Sinne.<sup>100</sup>

Soweit dem entgegengehalten wird, es gebe auch unbestrittene Verbrauchsteuern, die auf Zwischenprodukte nicht anlässlich eines Übergangs in den freien Wirtschaftsverkehr erhoben würden,<sup>101</sup> greift auch dieser Einwand nicht durch. Als Beispiel wird die frühere Mineralölsteuer nach dem alten Mineralölsteuergesetz<sup>102</sup> genannt.<sup>103</sup> Mit Recht hat das FG Hamburg dessen typenprägenden Charakter für den verfassungsrechtlichen Verbrauchsteuerbegriff verneint.<sup>104</sup> Auch das Mineralölsteuergesetz ging im Übrigen explizit davon aus, dass die steuertatbestandliche Entnahme aus dem Steuerlager als »Entnahme in den freien Verkehr« zu qualifizieren sei.<sup>105</sup> Das Energiesteuergesetz<sup>106</sup>, durch das die alte Regelung abgelöst wurde, knüpft nunmehr bezeichnenderweise auch generell an die Empfangnahme des jeweiligen Energieerzeugnisses an (§ 15 Abs. 1 Satz 1 EnergStG).<sup>107</sup>

100 Anders aber z. B. *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 32.

101 *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 31.

102 Gesetz v. 21.12.1992 (BGBl. I S. 2150, 2185, 1993 I S. 169); aufgehoben durch Art. 3 des Gesetzes v. 15.7.2006 (BGBl. I S. 1534).

103 *Martini* (Fußn. 45), S. 222.

104 FG Hamburg, Beschl. v. 16.9.2011, Az. 4 V 133/11 (insoweit nicht in ZUR abgedruckt): »Abgesehen davon, dass diese Gesetzesbeispiele aus dem Zeitraum vor der Harmonisierung des Verbrauchsteuerrechts herrühren, beschreiben sowohl § 80 Abs. 1 Satz 1 Branntw-MonG als auch § 3 Abs. 1 Satz 1 MinölStG in Bezug auf den Steuerentstehungstatbestand keinen Typus prägenden Grundsatz der Verbrauchsteuer, sondern lediglich Randerscheinungen oder -ausprägungen, auf welche Weise bzw. wodurch eine Verbrauchsteuer auch entstehen kann.«

105 § 9 Abs. 1 MinölStG lautete: »Die Steuer entsteht dadurch, daß Mineralöl aus dem Steuerlager entfernt wird, ohne daß sich ein weiteres Steueraussetzungsverfahren oder ein Zollverfahren nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 anschließt, oder daß es zur Verwendung innerhalb des Steuerlagers entnommen wird (Entnahme in den freien Verkehr). Steuerschuldner ist der Inhaber des Steuerlagers.«

106 Energiesteuergesetz v. 15.6.2006 (BGBl. I S. 1534; 2008 I S. 660; 1007), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 1.3.2011 (BGBl. I S. 282) geändert worden ist.

107 Siehe zur Steuerentstehung auch *Bassam Khazzoum/Carsten Kudla/Ralf Reuter*, Energie und Steuern: Energie- und Stromsteuerrecht in der Praxis, 2012, S. 105 ff.

## c) Steuererfindungsrecht?

Auf die damit aus mehreren Gründen zu verneinende Qualifizierung als Verbrauchsteuer käme es allerdings nicht an, wenn dem Bundesgesetzgeber ein allgemeines Steuererfindungsrecht zustünde. Immerhin verfügt der Bund nach Art. 105 Abs. 2 GG über eine konkurrierende Steuergesetzgebungskompetenz für die »übrigen Steuern«. Richtigerweise ermächtigt diese Regelung den Bund jedoch nicht, jenseits des Katalogs des Art. 106 GG weitere Steuerformen einzuführen. Art. 106 GG enthält nämlich eine feingliedrige Aufteilung des Steueraufkommens zwischen Bund und Ländern. Die Zuweisung des Steueraufkommens ist wiederum funktional verschränkt mit den Mechanismen des föderalen Finanzausgleichs (Art. 107 GG), weil über die Aufkommensverteilung nach Steuertypen, die im Ertrag und damit nach finanzpolitischer Bedeutung sehr unterschiedlich ausfallen, auch über die Machtverteilung im Bundesstaat entschieden wird. Ließe man ein daneben tretendes Steuererfindungsrecht zu, würde man die – auch dem Schutz der Bürger gegen eine beliebige Besteuerung dienende<sup>108</sup> sowie bundesstaatlich austarierte – Ordnungsfunktion von Einnahmen und Ausgaben radikal aushebeln.<sup>109</sup> Der einfache Bundesgesetzgeber könnte sich dann über die Ertragszuweisung außerhalb des verfassungsrechtlichen Verteilungssystems zusätzliche Einnahmen verschaffen.<sup>110</sup> Die »übrigen Steuern« im Sinne des Art. 105 Abs. 2 GG sind vor diesem Hintergrund vielmehr – vorbehaltlich des Abs. 2a – diejenigen, die nicht unter die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 105 Abs. 1 GG fallen, die aber in

---

108 Vgl. allgemein anhand der Sonderabgabenrechtsprechung BVerfGE 55, 274 (302); 108, 186 (215); 108, 1 (16); 113, 128 (147); 122, 316 (335); 123, 132 (142). Der in der Diskussion von *Gregor Kirchhof* geäußerte Einwand, die freiheitsschützende Argumentation, die das BVerfG zur Zurückdrängung von Sonderabgaben entwickelt hat, lasse sich nicht auf das Binnensteuersystem übertragen, weil es der Rechtsprechung nur um den Schutz der Steuerstaatsdoktrin gehe, überzeugt nicht. Denn bereits das Paradigma des Steuerstaates ist richtigerweise kein Ausdruck einer objektiven Ordnungsfunktion, sondern Ausdruck grundrechtlicher Freiheit, insbesondere Gleichheit, um den Bürger vor beliebiger Abgabenbelastung zu schützen. Die in Art. 106 GG genannten Steuertypen definieren aber ein materielles System der Besteuerung, das den Gesetzgeber in Typen zwingt und gerade insoweit den Bürger davor schützt, durch andere Steuerformen neben den Katalogen beliebig belastet zu werden. Auch die in der Sonderabgaben-Rechtsprechung entwickelte Anforderung, eine Sonderabgabe dürfe nicht einer Steuer ähnlich sein und insoweit in Konkurrenz zu dieser treten, wäre weitgehend sinnlos, wenn der Gesetzgeber seinerseits beliebige Steuern erfinden dürfte.

109 *Gärditz* (Fußn. 93), S. 262; *Seer* (Fußn. 27), S. 330.

110 Wie hier *Hans-Günter Henneke*, *Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung*, 2. Aufl. (2000), Rn. 660; *Helmut Siekmann*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *GG*, 6. Aufl. (2011), Art. 105 Rn. 50. Prononciert für ein solches Einnahmebeschaffungsrecht des Bundes aber z. B. *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *GG*, Bd. III, 2. Aufl. (2008), Art. 106 Rn. 30.

Art. 106 Abs. 1–2 GG typisiert wurden.<sup>111</sup> Der Bund muss sich also – anders gewendet – bei der Regelung von Steuern nach Art. 105 Abs. 1–2 GG der Steuertypen des Art. 106 GG bedienen:<sup>112</sup> Es besteht ein »Numerus clausus der zulässigen Steuern und Steuerarten«.<sup>113</sup>

d) Länderbeteiligung auf Grund von Auswirkungen auf das Körperschaftsteueraufkommen?

Fraglich ist allerdings, ob eine – konsequent nicht erfolgte – Zustimmung des Bundesrates erforderlich gewesen wäre. Denn die Kernbrennstoffsteuer, ihre Verbrauchsteuereigenschaft unterstellt, wäre zwar als Bundessteuer nicht nach Art. 105 Abs. 3 GG als solche zustimmungspflichtig, mindert aber das Körperschaftsteueraufkommen von Bund und Ländern. Die Kernbrennstoffsteuer ist nämlich eine Aufwendung, die durch den Betrieb veranlasst wird, und sich daher als Betriebsausgabe nach § 4 Abs. 4 EStG einnahmемindernd auswirkt. Insoweit sinkt das der Körperschaftsteuer unterliegende – nach § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG zu ermittelnde – Einkommen der Betreibergesellschaften. Die Körperschaftsteuer ist aber eine Gemeinschaftsteuer, die Bund und Ländern nach einem Verteilungsschlüssel gemeinsam zusteht (Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG).<sup>114</sup>

In einer der ersten wissenschaftlichen Stellungnahmen wurde diese mittelbare Belastung der Länderhaushalte durch das KernbrStG weder als Auslöser einer Zustimmungspflicht noch von Kompensationsansprüchen der Länder erachtet.<sup>115</sup> Soweit in diesem Kontext freilich auf das Urteil des BVerfG zur Verteilung der Erlöse aus der Versteigerung von UMTS-Lizenzen verwiesen wird, trägt diese Entscheidung die hieraus gezogenen Folgerungen nicht. Denn

111 Das BVerfG hatte diese Frage bislang offen gelassen, vgl. unter umgekehrten Vorzeichen (Steuererfindungsrecht der Länder) BVerfGE 98, 83 (101).

112 So mit Recht die heute herrschende Meinung BFHE 141, 369 (372); FG Hamburg, ZUR 2012, S. 54 (58 f.); FG München, ZUR 2012, S. 255 (257); *Henneke* (Fußn. 110), Rn. 659 f.; *Markus Heintzen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. (2012), Art. 105 Rn. 46 f.; *Sebastian Müller-Franken*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Stand: 2012, Art. 105 Rn. 206; *Bodo Pieroth*, in: Hans D. Jarass/ders. (Hrsg.), GG, 11. Aufl. (2011), Art. 106 Rn. 2; *Seer* (Fußn. 27), S. 330; *Siekmann* (Fußn. 110), Art. 105 Rn. 50; *Waldhoff* (Fußn. 21), S. 59. Anders, nämlich für ein Steuererfindungsrecht *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 2. Aufl. (2008), Art. 106 Rn. 14; *Osterloh* (Fußn. 30), S. 823 (828); *Wendt* (Fußn. 110), § 139 Rn. 29 f.; ferner in der Diskussion zum Vortrag *Gregor Kirchhof*.

113 *Wernsmann* (Fußn. 31), S. 30; ebenso *Siekmann* (Fußn. 110), Art. 105 Rn. 50.

114 Die Berechnung des Bundesfinanzministeriums (vgl. die Pressemitteilung v. 21.9.2010), der eine Gesamtsaldierung zu Grunde liegt, ist daher zwar nicht falsch, blendet aber aus, dass die Mehreinnahmen vollständig dem Bund zufließen, während ein Teil der Minder-einnahmen auf der Körperschaftsteuerseite zu Lasten der Länder geht.

115 *Rainer Wernsmann*, Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Kernbrennstoffsteuer, NVwZ 2011, S. 1367 (1369).

dort ging es nicht um Steuern, sondern um sonstige Einnahmen, weshalb das Gericht auch den Verteilungsmechanismus des Art. 106 GG nicht für anwendbar hielt.<sup>116</sup> Auch erscheint es als unzulässige Verkürzung des Problems, finanzielle Folgewirkungen für die Länder generell auszublenden, da Art. 105 Abs. 3 GG im Kontext der Aufkommensverteilungsregeln der Art. 106 ff. GG zu interpretieren ist.<sup>117</sup>

Richtig ist allerdings, dass die Ausübung einer *Sachgesetzgebungskompetenz* durch den Bund, die sich lediglich mittelbar auf ein Steueraufkommen der Länder auswirkt, keine Zustimmungspflicht auszulösen vermag.<sup>118</sup> Erschwert beispielsweise der Bund durch Änderung von BGB oder Grundbuchordnung bestimmte Grundstücksgeschäfte, die der Grunderwerbssteuer als Gemeindesteuer (Art. 106 Abs. 6 Satz 1 GG) unterliegen, oder verbietet der Bund im Strafgesetzbuch das Glücksspiel generell, wodurch gleichermaßen das Aufkommen aus kommunalen Spielgerätesteuern wie Einnahmen der staatlichen Glücksspielmonopole versiegen, greift nicht der formalisierte Zustimmungsvorbehalt des Art. 106 Abs. 3 Satz 1 GG. Denn hier agiert der Bund schon nicht als Steuergesetzgeber; er beeinflusst lediglich mittelbar über seine Sachgesetzgebungskompetenz, die nicht von der zufälligen Verbindung mit etwaigen Abgabengesetzen abhängen kann, das relevante Steuerobjekt und die um dieses ablaufenden Marktmechanismen.

Abweichendes muss aber gelten, soweit der Bund innerhalb eines zusammenhängenden Systems der Besteuerung strukturelle Änderungen an einem Steuergesetz vornimmt, die sich unvermeidbar auf das Aufkommen anderer Steuern auswirken, die zumindest zum Teil den Ländern zustehen (Ländersteuern oder Gemeinschaftsteuern). Zwar führt Art. 106 Abs. 1–2 GG zu einer systematischen Trennung der einzelnen Steuertypen. Verknüpft der Bund aber legitimerweise unterschiedliche Steuern miteinander, indem er eine Steuerschuld z. B. für anrechenbar im Rahmen eines anderen Besteuerungsverfahrens erklärt oder zwei Steuern anderweitig in ein aufkommensrelevantes Korrespondenzverhältnis stellt, entsteht eine Brücke, die zwei Steuern miteinander verkoppelt. Die Änderung des einen Steuergesetzes ist dann zugleich eine aufkommensrelevante mittelbare Änderung desjenigen Steuergesetzes, das implizit oder explizit auf das geänderte Steuergesetz verweist. Folglich greift dann aber auch die Zustimmungspflicht des Art. 105 Abs. 3 GG, für dessen insoweit im bundesstaatlichen Interesse weite Auslegung<sup>119</sup> Folgendes spricht:

116 BVerfGE 105, 185 (193 ff.).

117 Vgl. *Heintzen* (Fußn. 112), Art. 105 Rn. 57.

118 In diesem Sinne auch BVerfGE 14, 197 (220). Vgl. auch *Klaus Vogel/H. Walter*, in: *Bonner Kommentar zum GG*, Stand: 2012, Art. 105 Rn. 129; Bezug nur auf Steuergesetze nach Art. 105 GG.

119 *Theodor Maunz*, in: *Maunz/Dürig (Begr.)*, GG, Stand: 2012, Art. 105 Rn. 63.

- Die Zustimmung des Bundesrates ist Konsequenz gleichermaßen der haushaltsrelevanten Betroffenheit wie der Mitverantwortung der Länder für Steuern, deren Aufkommen zumindest teilweise Länderhaushalten zufließt (Schutz der finanziellen Belange<sup>120</sup>). Eine solche Haushaltsrelevanz ist aber auch dann zu bejahen, wenn sich das Steueraufkommen der Länder mittelbar über eine Veränderung von Bundessteuern verschiebt, weil bundesrechtlich geregelte Landes- oder Gemeinschaftsteuergesetze auf eine entsprechende Bundessteuer verweisen. Eine teleologische Auslegung des Art. 105 Abs. 3 GG spricht insoweit für eine Einbeziehung.
- Zudem beruht der Verteilungsmodus für Gemeinschaftsteuern nach Art. 106 Abs. 3 GG maßgeblich auf einem anspruchsvollen bundesstaatlichen Kompromiss, dessen Grundlage vor allem das jeweilige Steueraufkommen ist. Föderalismuspolitisch geht es also um eine Verteilung von Aufkommen. Stehen Gemeinschaftsteuern in einem Korrespondenzverhältnis zu Bundessteuern, werden die realen Aufkommenserwartungen nach Maßgabe des geltenden Steuerrechts zudem in ein bundesstaatlich – teils verfassungsrechtlich, teils einfachgesetzlich mit Zustimmung des Bundesrates – austariertes Paket einbezogen. Die nach Art. 106 Abs. 3 Satz 2 GG fixen Verteilungsquoten haben insoweit auch politische Auswirkungen auf die flexible Verteilung des Umsatzsteueraufkommens nach Art. 106 Abs. 3 Sätze 3–6 GG. Dieser filigrane Gesamtmechanismus würde ausgehebelt, wenn nunmehr der Bund über eine zustimmungsfreie nachträgliche Änderung von Steuergesetzen sein eigenes Aufkommen zu Lasten der Gemeinschaftsteuern erhöhen könnte. Dies muss erst recht bei der Einführung neuer Steuern gelten, sofern man diese – anders als hier – für zulässig erachtet, da neue Steuern von vornherein noch nicht in das filigrane föderale Tariersystem einbezogen werden konnten.

Gemessen hieran bedurfte auch die Brennelementesteuer der Zustimmung des Bundesrates. Denn über die steuermindernden Betriebsausgaben wird Körperschaftsteuerrechtlich implizit auf alle Steuergesetze verwiesen, die betriebsbedingte Abgaben auferlegen. Die insoweit bestehende Verkoppelung führt dazu, dass jede Änderung einer Bundessteuer, die das Aufkommen der Körperschaftsteuer (oder Einkommensteuer) schmälert, als eine mittelbare Änderung einer Gemeinschaftsteuer nach Art. 106 Abs. 3 GG zu qualifizieren ist, wodurch die Zustimmungspflicht nach Art. 105 Abs. 3 GG ausgelöst wird. Das KernbrStG ist insoweit verfassungswidrig.

---

120 BVerfGE 14, 197 (220); *Heintzen* (Fußn. 112), Art. 105 Rn. 56.

### 3. Zwischenbilanz

Als Zwischenbilanz lässt sich vor diesem Hintergrund festhalten, dass der Bundesgesetzgeber nach Maßgabe des Art. 105 Abs. 2 i. V. mit Art. 106 GG über keine Kompetenz verfügt, die Kernbrennstoffsteuer einzuführen. Denn die Steuer erfüllt nach der gesetzlichen Form der Erhebung nicht die verfassungsrechtlichen Merkmale einer Verbrauchsteuer. Namentlich hat der Bund kein allgemeines Steuererfindungsrecht. Andere mögliche Rechtfertigungen scheiden aus, sodass das KernbrStG verfassungswidrig ist.

## IV. Recht der Europäischen Atomgemeinschaft

Die Kernbrennstoffsteuer wirft gegenstandsspezifisch auch Fragen nach der Vereinbarkeit mit dem heute eher in die Peripherie des Europarechts verdrängten<sup>121</sup> Recht der Europäischen Atomgemeinschaft auf.<sup>122</sup>

### 1. Kein Verbot der Verbrauchsbesteuerung

Dass Kernbrennstoffe nach Art. 86 EURATOM-Vertrag im Eigentum der Atomgemeinschaft stehen, hindert eine Besteuerung des Verbrauchs zunächst nicht. Denn die Mitgliedstaaten haben nach Art. 87 EURATOM-Vertrag ein exklusives Verbrauchsrecht,<sup>123</sup> weshalb an den rechtmäßigen Verbrauch auch eine Verbrauchsbesteuerung anknüpfen darf,<sup>124</sup> zumal der Vertrag im Übrigen mit Diskriminierungs- und Behinderungsverbot auch für Kernbrennstoffe die Regelungen der Warenverkehrsfreiheit (ungeachtet gewisser Unterschiede im Detail) nachgebildet hat (Art. 92 ff. EURATOM-Vertrag).

### 2. Verbot direkter Besteuerung von Gemeinschaftseigentum

Als direkte Steuer auf im Eigentum der Atomgemeinschaft stehende Brennstoffe wäre die Kernbrennstoffsteuer allerdings materiell unvereinbar mit dem nach Art. 191 EURATOM-Vertrag Bestandteil des Gemeinschaftsrechts gewordenen

---

121 Vgl. zu Übergangsproblemen auch *Katja Papenkort*, Der Euratom-Vertrag im Lichte des Vertrags über eine Verfassung für Europa, 2008.

122 Konsolidierte Fassung des Rechtsregimes in ABIEU 2010, C 84, S. 1 – 111.

123 Hierzu *Wolf-Georg Schärf*, Europäisches Atomrecht: Recht der Nuklearenergie, 2. Aufl. (2012), S. 410.

124 So im Ergebnis auch FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (255).

Art. 3 Abs. 1 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Union, ihre Guthaben, Einkünfte und sonstigen Vermögensgegenstände von jeder direkten Steuer befreit sind. Diese Befreiung ist insoweit unbedingte und allgemein.<sup>125</sup> Die Bezugnahme auf die Union ist nach Art. 106a Abs. 2 EURATOM-Vertrag als Bezugnahme auf die Europäische Atomgemeinschaft zu verstehen. In das Eigentum der Gemeinschaft fallen aber nach Art. 86 Abs. 1 EURATOM-Vertrag auch die Brennstäbe.<sup>126</sup>

a) Keine direkte Steuer

Fraglich ist allerdings, ob die Kernbrennstoffsteuer als direkte Steuer im Sinne des Protokolls zu qualifizieren ist. Unter direkten Steuern versteht der EuGH, in Anlehnung an das einschlägige Sekundärrecht, unabhängig von der Erhebungsform alle Steuern, die vom Einkommen, vom Gesamtvermögen oder von Teilen des Vermögens erhoben werden.<sup>127</sup> Das Protokoll schließt es insoweit zunächst nur aus, dass die Kernbrennstoffe als Vermögensgegenstände einer Besteuerung unterworfen werden. Schon die Besteuerung von Gewinnen, die Unternehmen aus der Erzeugung von Kernenergie ziehen, schließt das Protokoll nicht aus. Dies belegt auch Art. 48 EURATOM-Vertrag i. V. mit Anhang III Nr. 5, der für *gemeinsame Unternehmen* optional zu einer sekundärrechtlichen Steuerbefreiung ermächtigt, der also im Umkehrschluss eine Freistellung sonstiger Unternehmen weder fordert noch ermöglicht. Auch eine Verbrauchsbesteuerung ist hiernach richtigerweise nicht ausgeschlossen, weil es sich um eine indirekte Steuer handelt. Anders als das nationale Verfassungsrecht stellen weder das Unionsrecht noch das Recht der Atomgemeinschaft aber qualifizierte Anforderungen an die tatsächliche Abwälzbarkeit einer solchen Steuer. Insoweit führen also marktspezifische Hindernisse, die Steuer auf den Verbraucher abzuwälzen, nicht dazu, dass eine (ökonomisch unvollkommene) indirekte Steuer zur direkten Steuer im Sinne des Protokolls wird. Hiervon scheint auch der EuGH auszugehen, wenn er – unter umgekehrten Vorzeichen – eine indirekte Belastung der Gemeinschaft auf Grund von Marktmechanismen als irrelevant

---

125 EuGH, Urt. v. 23. 3. 2007, Rs. C-437/04 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 2007, I-2513, Rn. 37.

126 Folglich bezieht sich die lediglich optionale Befreiung von einer direkten Besteuerung gemeinsamer Unternehmen nach Art. 48 EURATOM-Vertrag i. V. mit Anhang III Nr. 5 nur auf sonstige indirekte Steuern.

127 EuGH, Urt. v. 23. 3. 2007, Rs. C-437/04 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 2007, I-2513, Rn. 44.



erachtet, da der Begriff der direkten Steuer im Sinne des Protokolls nur auf die direkten hoheitlichen Einwirkungen Bezug nehme.<sup>128</sup>

b) Ausschließlicher Schutz der Atomgemeinschaft als Steuerschuldner

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass Steuerschuldner nach § 5 KernbrStG der Kraftwerksbetreiber ist, nicht aber die Atomgemeinschaft. Das Protokoll soll aber als traditionelle Regelung über Immunitäten und Privilegien<sup>129</sup> nur die Atomgemeinschaft als völkerrechtlich gegründete Organisation schützen, nicht hingegen einzelne Unternehmen in den Mitgliedstaaten.<sup>130</sup> Der Zweck der Steuerbefreiung besteht nämlich ausschließlich darin, »die Unabhängigkeit der Gemeinschaften gegenüber den Mitgliedstaaten und ihr ordnungsgemäßes Funktionieren zu gewährleisten.«<sup>131</sup> Dass die Privilegierung ausschließlich die Gemeinschaft schützt, nicht aber Dritte, hat insoweit auch der EuGH ausdrücklich anerkannt.<sup>132</sup> Da die Unabhängigkeit der Atomgemeinschaft durch die nationale Besteuerung der privaten Kraftwerksbetreiber offensichtlich weder unmittelbar noch mittelbar tangiert wird, kann die Kernbrennstoffsteuer nicht als unzulässige indirekte Besteuerung von Gemeinschaftseigentum angesehen werden. Im Ergebnis steht daher das Recht der Europäischen Atomgemeinschaft der Kernbrennstoffsteuer nicht entgegen.

## V. Unionsrechtliche Zulässigkeit der Steuer?

Auch die Unionsrechtskonformität der Steuer wurde bisweilen in Frage gestellt. Die spezifisch unionssteuerrechtlichen Fragen sollen nachfolgend untersucht werden.

---

128 EuGH, Urt. v. 23. 3. 2007, Rs. C-437/04 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 2007, I-2513, Rn. 53.

129 Vgl. stellvertretend *Matthias Ruffert/Christian Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009, Rn. 181 ff.

130 Insoweit kann offen bleiben, inwiefern eine Steuerbefreiung von dem KernbrStG zu erteilen wäre, falls die Atomgemeinschaft selbst Betreiberin einer Anlage wäre.

131 EuGH, Urt. v. 23. 3. 2007, Rs. C-437/04 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 2007, I-2513, Rn. 56; zuvor bereits EuGH, Urt. v. 28. 3. 1996, C-191/94 (AGF Belgien), Slg. 1996, I-1859, Rn. 19.

132 EuGH, Urt. v. 23. 3. 2007, Rs. C-437/04 (Kommission/Königreich Belgien), Slg. 2007, I-2513, Rn. 50.

## 1. Energiesteuerrichtlinie

Als problematisch könnte sich die Vereinbarkeit mit der EG-Energiesteuerrichtlinie (EnergieStRL)<sup>133</sup> erweisen. Art. 14 Abs. 1 lit. a Satz 1 EnergieStRL bestimmt, dass die Mitgliedstaaten bei der Stromerzeugung verwendete Energieerzeugnisse bzw. verwendeten elektrischen Strom sowie elektrischen Strom, der zur Aufrechterhaltung der Fähigkeit, elektrischen Strom zu erzeugen, verwendet wird, von der Steuer befreien.<sup>134</sup> Dies bedeutet, dass Strom nicht doppelt besteuert werden soll, sondern nur auf der Ebene des Endverbrauchs.<sup>135</sup> Die Besteuerung von Erzeugungsprodukten wie hier von Brennelementen läuft dieser Besteuerungsregel konzeptionell zuwider.<sup>136</sup>

### a) Keine Eröffnung des Anwendungsbereichs

Entscheidend ist allerdings, dass Kernbrennstoffe nicht in den abschließenden – über die Kombinierte Nomenklatur definierten (KN-Codes)<sup>137</sup> – Katalog der Energieerzeugnisse fallen, die nach Art. 2 den Anwendungsbereich der EnergieStRL definieren.<sup>138</sup> Kernbrennstoffe sind auch keine Kraftstoffe im Sinne des Art. 2 Abs. 3 UAbs. 2 EnergieStRL, da Kernbrennstoffe eingesetzt werden, um Wärme zu generieren, aber anders als ein Kraftstoff nicht unmittelbar Motoren antreiben.<sup>139</sup> Damit sind Kernbrennstoffe andere Heizstoffe. Deren Besteuerung wird aber nach Art. 2 Abs. 3 UAbs. 3 EnergieStRL, dem Substitutionsgedanken folgend, nur harmonisiert, sofern es sich um Kohlenwasserstoffe handelt. Auf andere (insbesondere anorganische) Heizstoffe – hier Plutonium und Uran – findet die Richtlinie daher keine Anwendung.<sup>140</sup> Das Verbot der Besteuerung der

133 Richtlinie 2003/96/EG des Rates v. 27. 10. 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom (ABl. 2003 L 283, S. 51).

134 Es steht den Mitgliedstaaten allerdings nach Art. 14 Abs. 1 lit. a Satz 1 EnergieStRL frei, diese Erzeugnisse aus umweltpolitischen Gründen zu besteuern, ohne die in der Richtlinie vorgesehenen Mindeststeuerbeträge einhalten zu müssen. Solche umweltpolitischen Gründe spielen aber bei der fiskalpolitisch begründeten Kernbrennstoffsteuer richtigerweise keine rechtlich relevante Rolle.

135 *Hanno Kube*, Kernbrennstoffsteuer und EU-Sekundärrecht, IStR 2012, S. 553 (555).

136 *Kube* (Fußn. 135), S. 555; *Stein/Thoms* (Fußn. 10), S. 477.

137 Hierzu Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates v. 23. 7. 1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif (ABl. L 256, S. 1).

138 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254); *Kube* (Fußn. 135), S. 555 f.

139 *Harald Jatzke*, Grenzen des mitgliedstaatlichen Steuererfindungsrechts am Beispiel der Kernbrennstoffsteuer, ZfZ 2012, S. 150 (153).

140 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254); *Hartmann* (Fußn. 77), S. 212; *Jatzke* (Fn. 139), S. 154; *Christoph Schoenfeld*, Kernbrennstoffsteuer formell verfassungswidrig?, AWPrax 2011, S. 415 (421).

Energieerzeugnisse für die Erzeugung von Strom nach Art. 14 Abs. 1 lit. a EnergieStRL bezieht sich allein auf Energieerzeugnisse im Sinne der Richtlinie und verbietet daher nicht, andere Energieerzeugnisse zu besteuern.<sup>141</sup> Mangels Anwendbarkeit des »Doppelbesteuerungsverbots« ist die Kernbrennstoffsteuer dann auch mit der EnergieStRL vereinbar.

b) Keine analoge Anwendung

Entgegen einer teils vertretenen Auffassung<sup>142</sup> lässt sich die EnergieStRL auf Kernbrennstoffe auch nicht analog anwenden. Zunächst zeigt im Umkehrschluss die – gegenständlich begrenzte und hier unbehelfliche – Anpassungsklausel des Art. 20 Abs. 2 EnergieStRL, dass andere zum Verbrauch bestimmte Energieerzeugnisse nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Diese Bestimmung lautet: »Ist ein Mitgliedstaat der Ansicht, dass andere als die in Absatz 1 genannten Energieerzeugnisse zum Verbrauch als Heizstoff oder Kraftstoff bestimmt sind oder als solche zum Verkauf angeboten bzw. verwendet werden oder anderweitig Anlass zu Steuerhinterziehung, -vermeidung oder Missbrauch geben, so setzt er die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis. Diese Bestimmung gilt auch für elektrischen Strom. Die Kommission leitet die Mitteilung innerhalb eines Monats nach ihrem Erhalt an die anderen Mitgliedstaaten weiter. Ob für die betreffenden Erzeugnisse die Bestimmungen der Richtlinie 92/12/EWG über die Kontrolle und Beförderung angewendet werden, wird nach dem in Artikel 27 Absatz 2 genannten Verfahren entschieden.« Dies bedeutet, dass innerhalb des Regelungsprogramms allein eine Erstreckung des *Kontrollregimes* auf Substitute möglich ist, nicht aber eine Anwendung der materiellen Besteuerungsregelungen. Erst recht finden dann aber die schon jetzt geltenden Harmonisierungsvorschriften auf lediglich potentielle Kontrollobjekte (notabene: nicht Besteuerungsobjekte im Sinne der Richtlinie) keine Anwendung.<sup>143</sup>

Zudem wurde die Richtlinie auf die steuerrechtliche Harmonisierungskompetenz des Art. 93 EGV (jetzt: Art. 113 AEUV) gestützt; dessen Einstimmigkeitserfordernis, durch das sich unmittelbar steuerhoheitliche Vorbehalte der

141 Jatzke (Fn. 139), S. 154.

142 So Kube (Fußn. 135), S. 556 ff.; Stein/Thoms (Fußn. 10), S. 477. Im Ergebnis wie hier FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254); Martini (Fußn. 45), S. 227.

143 Eine Erstreckung der spezifischen Bestimmungen der Strombesteuerung, insbesondere des Inputbesteuerungsverbots, auf sonstige Produkte ist insoweit – entgegen Kube (Fußn. 135), S. 557 f. – gerade nicht vorgesehen und spräche im Übrigen auch eindeutig gegen eine Analogie, weil formelle Anpassungsverfahren nicht durch Interpretation vorweggenommen werden dürfen.

Mitgliedstaaten ventilieren,<sup>144</sup> darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass den Mitgliedstaaten Harmonisierungszwänge jenseits der stets nur sektoralen Rechtsangleichung<sup>145</sup> im Wege administrativer bzw. richterlicher Rechtserzeugung aufgedrängt werden. Schließlich gab es auch plausible Gründe, Kernbrennstoffe aus dem Anwendungsbereich auszunehmen, weil diese keine mit den gewöhnlichen Heizstoffen konkurrierenden Substitutionserzeugnisse sind und zudem nach Art. 86 Abs. 1 EURATOM-Vertrag im Eigentum der Gemeinschaft stehen, also insoweit eine Sonderrolle einnehmen,<sup>146</sup> die auch das Verhältnis von EGV und EURATOM-Vertrag tangiert hätte. Dass Kernbrennstoffe ungeachtet ihrer zentralen Bedeutung für die Energieversorgung in Europa in den langen Verhandlungen zur Richtlinie übersehen worden sein sollten, ist ebenfalls nicht anzunehmen.<sup>147</sup>

## 2. Verbrauchsteuersystemrichtlinie

Auch die Vereinbarkeit mit der Verbrauchsteuersystemrichtlinie (VerbrStSystRL)<sup>148</sup> wurde angezweifelt. Die Überwälzung der Belastung auf Verbraucher ist – anders als nach deutschem Verfassungsrecht – kein notwendiges Element des europäischen Verbrauchsteuerregimes.<sup>149</sup> Hinsichtlich der Besteuerung von Energieerzeugnissen und Strom gilt diese Richtlinie ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 lit. a freilich ebenfalls nur für die in der EnergieStRL genannten Produkte,<sup>150</sup> unter die die hier in Rede stehenden Kernbrennstoffe – wie dargelegt – nicht fallen. Eine Einbeziehung unter dem Gesichtspunkt einer mittelbaren Strombesteuerung<sup>151</sup> scheidet ebenfalls aus, weil sowohl die VerbrStSystRL als auch die EnergieStRL zwischen Strom einerseits und Stoffen zur Energieerzeugung andererseits differenzieren. Dies – und hierbei namentlich die abschließende Katalogisierung nach Art. 2 Abs. 1 EnergieStRL – würde unterlaufen, wenn jede Besteuerung von Energieträgern in eine (tendenziell weit verstandene<sup>152</sup>) mittelbare Strombesteuerung umgedeutet werden könnte,

144 Florian Haase, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 3. Aufl. (2011), Rn. 756.

145 Vgl. nur Waldhoff/Kahl (Fußn. 33), Art. 113 Rn. 16.

146 Jatzke (Fußn. 139), S. 153.

147 Siehe FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (254).

148 Richtlinie 2008/118/EG des Rates v. 16. 12. 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG (ABL. 2008 L 9, S. 12).

149 Kube (Fußn. 135), S. 554.

150 Zum Zusammenspiel der Systemrichtlinie mit warenspezifischen Strukturrichtlinien siehe Hans-Georg Kamann, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012), Art. 113 Rn. 23; Kirchhof (Fußn. 50), Rn. 284.

151 Hierfür Kube (Fußn. 135), S. 558.

152 Der EuGH hat ein weites Verständnis zugrunde gelegt und auch solche Regelungen ein-

zumal wenn – wie hier – typischerweise keine Abwälzung auf den Stromkunden erfolgt.

Auch auf Kernbrennstoffe kann folglich eine Verbrauchsteuer erhoben werden, weil es sich um Waren handelt, die nicht in den Katalog nach Art. 1 Abs. 1 VerbrStSystRL fallen und daher nach Art. 1 Abs. 3 VerbrStSystRL weiterhin der Besteuerung im Ermessen der Mitgliedstaaten unterliegen.<sup>153</sup> Mit einer Verbrauchsteuer kann daher grundsätzlich jedes Wirtschaftsgut belegt werden, das einem Verbrauch – einer »eliminierenden Nutzung« – zugänglich ist.<sup>154</sup> Die strikteren Anforderungen des Art. 1 Abs. 2 VerbrStSystRL, die hier nicht erfüllt sein dürften,<sup>155</sup> finden keine Anwendung, weil es sich bei Kernbrennstoffen eben nicht um verbrauchsteuerpflichtige Waren in diesem Sinne handelt.<sup>156</sup> Weder der Richtlinie noch der Rechtsprechung des EuGH lassen sich folglich Anhaltspunkte entnehmen, die rechtlich gegen eine Besteuerung von Kernbrennstoffen sprechen.<sup>157</sup>

Einzig sekundärrechtliche Anforderung, die für die Brennelementesteuer vor diesem Hintergrund greift, ist das grenzbezogene Behinderungsverbot nach Art. 1 Abs. 3 Satz 2 VerbrStSystRL.<sup>158</sup> Hiernach darf die Erhebung entsprechender Steuern im grenzüberschreitenden Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten keine mit dem Grenzübertritt verbundenen Formalitäten nach sich ziehen.<sup>159</sup> Da das geltende KernbrStG keinen Grenzsteuerausgleich vorsieht,

---

bezogen, die den Verbrauch des mittelbar besteuerten Gutes nur indirekt über andere Indikatoren erfassen. Siehe EuGH, Urt. v. 10. 6. 1999, Rs. C-346/97 (Braathens Sverige AB/Riksskatteverket), Slg. 1999 I-3419, Rn. 23: Besteuerung des Kraftstoffverbrauchs über die Emissionen.

153 FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (255); *Jatzke* (Fn. 139), S. 152.

154 *Jatzke* (Fn. 139), S. 153. Siehe Schlussanträge GA Mischko, Verb. Rs. 93 – 94/88 (Wisselink), Slg. 1989, 2671 Rn. 44: Verbrauchsteuern seien Steuern, »mit denen bestimmte nicht dauerhafte Verbrauchsgüter auf einer einheitlichen Stufe belegt werden, und die ganz oder teilweise aus einer spezifischen, d. h. nach der Menge, dem Gewicht oder dem Alkoholgehalt einer Ware berechneten Abgabe bestehen.« Der EuGH betont zudem das Fehlen eines Vorsteuerabzugs. Siehe EuGH, Urt. v. 13. 7. 1989, Verb. Rs. 93 – 94/88 (Wisselink), Slg. 1989, 2671, Rn. 18.

155 Die bloße Erzielung von Einnahmen, die jeder Steuererhebung inhärent ist (und auf die die Kernbrennstoffsteuer allein zielt), wird vom EuGH mit Recht nicht als besonderer Zweck in diesem Sinne erachtet. Siehe EuGH, Urt. v. 9. 3. 2000, Rs. C-437/97 (Evangelischer Krankenhausverein Wien u. a.), Slg. 2000, I-1157, Rn. 33: »Die Stärkung der Gemeindeautonomie durch die Einräumung der Befugnis zur Steuererhebung stellt jedoch eine rein fiskalische Zielsetzung dar, die [...] als solche keine besondere Zielsetzung im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 der Verbrauchsteuerrichtlinie darstellt.« Ebenso *Kube* (Fußn. 135), S. 559; *Schoenfeld* (Fußn. 140), S. 421.

156 Anderer Ansicht *Kube* (Fußn. 135), S. 558.

157 *Jatzke* (Fn. 139), S. 152 f.

158 *Jatzke* (Fn. 139), S. 154.

159 Vgl. *Jatzke* (Fn. 139), S. 154: »keine systematischen Grenzkontrollen«.

stellt sich dieses Problem nicht.<sup>160</sup> Die Einführung eines Grenzsteuerausgleichs wäre im Übrigen zwar nicht per se verboten,<sup>161</sup> müsste aber den Anforderungen des Art. 110 AEUV entsprechen, was sich mangels eines praktikablen Quellenachweises für Atomstrom kaum operationalisieren lassen dürfte.<sup>162</sup> Selbst wenn die technischen Probleme eines Quellenachweises für Strom überwindbar sein sollten, würde das zur Durchsetzung notwendige grenzspezifische Kontrollverfahren einen formalisierten Aufwand verursachen, der gegen Art. 1 Abs. 3 Satz 2 VerbrStSystRL verstieße.

### 3. Mehrwertsteuersystemrichtlinie

Nach der Mehrwertsteuersystemrichtlinie<sup>163</sup> besteht schließlich ein allgemeines Schutzabstandsgebot zur Umsatzsteuer. Art. 401 der Richtlinie bestimmt: »Unbeschadet anderer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften hindert diese Richtlinie einen Mitgliedstaat nicht daran, Abgaben auf Versicherungsverträge, Spiele und Wetten, Verbrauchsteuern, Grunderwerbsteuern sowie ganz allgemein alle Steuern, Abgaben und Gebühren, die nicht den Charakter von Umsatzsteuern haben, beizubehalten oder einzuführen, sofern die Erhebung dieser Steuern, Abgaben und Gebühren im Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten nicht mit Formalitäten beim Grenzübertritt verbunden ist.« Da die Kernbrennstoffsteuer nur auf einer Stufe und nicht generell – sondern begrenzt auf ein bestimmtes Produktionsmittel und hier insoweit konkret auf einen technischen Vorgang der Mittelverwendung außerhalb des Wirtschaftsverkehrs – erhoben wird, gerät sie indes von vornherein mangels Ähnlichkeit mit einer Umsatzsteuer nicht in Konflikt mit dem unionsrechtlichen Mehrwertsteuersystem.<sup>164</sup>

### 4. Zwischenbilanz

Als Zwischenbilanz lässt sich festhalten, dass sich die Kernbrennstoffsteuer zwar systematisch nicht in das europäische System der Energiebesteuerung einfügt

---

160 So im Ergebnis auch FG Baden-Württemberg, ZUR 2012, S. 252 (255.); ferner *Bongartz/Schröer-Schallenberg* (Fußn. 53), N 3: keinerlei Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr.

161 *Jatzke* (Fn. 139), S. 152.

162 *Waldhoff/von Aswege* (Fußn. 18), S. 60 f.

163 Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABLEG L 347, S. 1).

164 *Jatzke* (Fn. 139), S. 155. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Umsatzsteuer als indirekte Steuer systematisch als allgemeine Verbrauchsteuer qualifiziert, so *Birk/Desens* (Fußn. 46), Rn. 85.

und daher einen atypischen, nachgerade sperrigen Fremdkörper bildet.<sup>165</sup> Das einschlägige Unionsrecht und damit das hier eigentlich zu thematisierende Verbot der Doppelbesteuerung von Energie gilt indes ausschließlich innerhalb eines produktspezifisch abschließend definierten Anwendungsbereichs. Kernbrennstoffe fallen nicht hierunter, sodass sich das KernbrStG jedenfalls als unionssteuerrechtskonform erweist. Dies erscheint steuerrechtspolitisch zwar verfehlt, wird sich aber aus praktischen Gründen auf absehbare Zeit nicht ändern. Denn eine weitere europäische Verbrauchsteuerharmonisierung unterliegt dem Erfordernis der Einstimmigkeit nach Art. 113 AEUV. Es ist aber nicht zu erwarten, dass die Bundesrepublik Deutschland, gleich unter welcher Regierung, einer Regelung zustimmen würde, die zur Abschaffung des KernbrStG zwänge.

Zu zwei weiteren unionsrechtlichen Fragen, die im Zusammenhang mit der Kernbrennstoffsteuer aufgeworfen wurden, soll hier aus Platzgründen nicht mehr Stellung genommen werden: Zum einen ließe sich erwägen, ob die Belastung der Kernenergieerzeugung als Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV zu Gunsten der anderen – insoweit ›steuerbefreiten‹<sup>166</sup> – Energieerzeugungsformen zu qualifizieren ist;<sup>167</sup> zum anderen läuft die ökonomische Zurückdrängung der Kernenergie möglicherweise den Regelungszielen – obschon nicht konkreten Verboten – des europäischen Klimaschutzrechts<sup>168</sup> zuwider.

## VI. Konsequenzen

Für die weitere Entwicklung der Energiebesteuerung bedeutet dies: Die Kernbrennstoffsteuer hat, um den Titel des Vortrags aufzugreifen, aus rechtlicher Sicht keine Zukunft. Dies liegt aber nicht an der Rückabwicklung der Laufzeitverlängerung, sondern an der Verfassungswidrigkeit der Steuerstruktur, die bereits bestand, bevor der Ausstieg aus dem Ausstieg aus dem Ausstieg be-

---

165 Für das deutsche Recht bereits *Jatzke* (Fußn. 9), S. 283.

166 Hierin liegt dann auch – neben Fragen der Spezifität einer möglichen Begünstigung und ihrer Binnenmarktrelevanz – das zentrale Problem: Eine gleichmäßige Belastung aller Energieerzeuger ist rechtlich im Hinblick auf Art. 14 EnergieStRL gar nicht möglich; eine Zurechnung der Begünstigung durch punktuelle Belastung zum Staat betrifft daher auch das Verhältnis von Art. 107 Abs. 1 AEUV zum europäischen Sekundärrecht.

167 Hierzu *Axel Cordewener*, Die asymmetrische Belastung von Wirtschaftssektoren im Lichte aktueller Entwicklungen des EU-Beihilfeverbots – ein Problem für die Kernbrennstoffsteuer?, Die Unternehmensbesteuerung 2012, S. 607 ff.

168 Siehe vor allem die Zielvorgabe nach Art. 1 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates (ABl. L 275 S. 32); zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 (ABl. L 140, S. 63).

geschlossen wurde. Dass die Steuer als Abschöpfungsinstrument für Zusatzgewinne aus der Laufzeitverlängerung eingeführt wurde, nach kurz darauf erfolgter Rückgängigmachung dieser Verlängerung aber beibehalten wurde, zeigt allerdings einmal mehr, dass die aktuelle, von Aktionismus getriebene Energiepolitik kein kohärentes Gesamtkonzept erkennbar werden lässt.<sup>169</sup> Wenn inzwischen mit Recht verstärkt auch über die ökonomischen und sozialen Folgen des ohne Augenmaß forcierten Ad-hoc-Ausstiegs sowie des Ausbaus der erneuerbaren Energien und über einen Reformbedarf des EEG diskutiert wird, müsste auch die Kernbrennstoffsteuer in den Blick genommen werden. Denn diese Steuer erhöht jedenfalls die Kosten der Energieerzeugung, ohne dass hierfür nach dem erfolgten Ausstieg noch umweltpolitische Infrastrukturziele angeführt werden könnten. Zu erwarten ist eine solche Diskussion nicht. Die Quasi-Gesetzlichkeit, eine einmal erschlossene Steuerquelle nicht mehr versiegen zu lassen, ist Ausdruck einer politischen Kultur der Maßlosigkeit.<sup>170</sup> Dieser gilt es entgegenzusteuern – auch außerhalb des Steuerrechts.

---

169 Gärditz (Fußn. 93), S. 258; Stein/Thoms (Fußn. 10), S. 476.

170 Hiergegen zuletzt die luzide Streitschrift von Paul Kirchhof, Deutschland im Schuldensog, 2012.



---

Eckhardt Rümmler

## **Dinnerspeech »Bonner Energierecht Gespräch« am 04. November 2012 zum Thema »Strategie und Energimärkte«**

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

### *Kurze Einleitung & Agenda*

- Ich bin gebeten worden, über Strategie und Energimärkte zu sprechen.
- Ich gehe davon aus, dass Sie mit dem Energiemarkt in Deutschland und den anderen europäischen Ländern vertraut sind. Ich werde gerne versuchen aus meiner Perspektive Einblicke in das Zusammenspiel von Märkten und Unternehmensstrategien – insbesondere der E.ON Konzernstrategie – zu geben.

### *Hauptteil*

Fragen wir uns zunächst was diejenigen, die Interesse am unternehmerischen Handeln von Energieunternehmen haben, wünschen:

- Die *Eigentümer* des Unternehmens E.ON haben in den letzten 5 Jahren ca. 60 Mrd. € in den Ausbau der europäischen Energieversorgung gesteckt, sei es durch direkte Investitionen oder dadurch, dass sie dem Unternehmen Geld geliehen haben. Sie stellen sich die Frage, an welcher Stelle dieses eingebrachte Kapital eine RENDITE erbringt, ob sie weiteres Geld in die Energieversorgung stecken sollten, oder ob sie sogar das investierte Kapital abziehen sollten.
- Die *Kunden*, unsere 26 Mio. Kunden fragen sich zum Teil wie sie morgen ihre Strom- und Energierechnungen noch bezahlen sollen, aber auch wie Unternehmen wie E.ON dafür sorgen, dass auch nach, aber ganz besonders während der Energiewende das Produkt Wärme, Helligkeit, Kälte und Bewegung weiterhin möglich ohne größere Unterbrechungen zur Verfügung gestellt werden kann.
- Die *Politik* wünscht sich eine Investitionstätigkeit die 100 % in Übereinstimmung mit der Energie- Umwelt und Wirtschaftspolitik ist.
  - Die wichtige Kernfrage für eine Unternehmensstrategie aufzusagen ist eigentlich nicht sonderlich schwierig: Wo und auf welche Art will ich in Zukunft tätig sein, um den Gruppen mit berechtigten Interessen qualita-

tiven und quantitativen Wertzuwachs zu ermöglichen? Darunter schließen sich viele nachgelagerte Fragen an nach Geschäftsmodellen und Wettbewerbsvorteilen, aktueller Portfoliostruktur und deren Anpassung, neuen Investitionschancen und deren Risiken, etcetera. Für meine kurzen Ausführungen heute reicht es wahrscheinlich, dass wir uns an der Frage nach dem Schaffen von Werten in der Zukunft orientieren.

- In der Regel benötigt man, um die genannte Frage zu beantworten, eine Einschätzung über die zukünftige Marktentwicklung – wo auch immer man tätig ist oder sein möchte. *Wir haben bei E.ON (unter meiner Leitung) ein Team von 40 Analysten weltweit stationiert, die als Marktanalysenetzwerk zusammen arbeiten. Dort werden Fragen der Makroökonomie aber auch typisch energiewirtschaftliche Fragen nach Preisprognosen unter bestimmten Szenarien für fossile Brennstoffe aber auch Investitionskosten und Lernkurven für neue Technologien analysiert und dem Unternehmen zur Verfügung gestellt. Sie werden sich sicher nicht dafür interessieren wo wir richtig gelegen haben; – sicherlich interessiert Sie mehr wo wir Entwicklungen anders eingeschätzt haben als sie dann eingetreten sind. Das ist, um ein Beispiel zu nennen die Auswirkungen des Schiefergases auf die gesamte Weltökonomie und andererseits das Tempo des Zubaus an Solarkraftwerken auf privaten Hausdächern in DE. (Wir lagen nicht immer falsch, sonst stünde ich jetzt nicht hier!)*
- Wie sieht denn die aktuelle E.ON Einschätzung aus, werden Sie sich jetzt fragen? Gegenwärtig ist die Lage auf den Energiemärkten in Europa gekennzeichnet von niedrigen Margen auf Grund der Nachfrageschwäche ausgelöst durch die Finanz- und Wirtschaftskrise und ein übergroßes Angebot resultierend von Überkapazitäten und dem raschen Wachstum der Schiefergasproduktion in den USA, welche erhebliche Preisauswirkungen auch in Europa hat. Darüber hinaus herrscht erhebliche Unsicherheit, welche sich aus der Kombination von politisch-regulatorischen Eingriffen auf der einen Seite und technologischen Entwicklungen auf der anderen Seite ergibt. Hiermit meine ich verschiedenen Faktoren wie z. B.
  - die Förderung von Erneuerbaren – wie lange noch in welchem Ausmaß, was ist die Bevölkerung bereit zu zahlen, wie schnell werden die Technologien wettbewerbsfähig
  - wie wird die Entwicklung um dezentrale Energie weitergehen – wird sich das durchsetzen – wird es staatliche Förderung dafür geben
  - darauf aufbauend: wie wird das Energiesystem der Zukunft zusammengesetzt sein, welche Rolle werden verschiedene Technologien darin spielen
- Ich sage das auch ganz offen in dieser Runde: Auf E.ON haben diese Umfeldfaktoren einen erheblichen Einfluss. Wir spüren ganz deutlich den Druck,

der aus den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen resultiert und die Unsicherheit, welche aus der äußerst schlecht zu prognostizierenden Entwicklung des Energiesystems – gerade auch durch die nicht zu prognostizierende politische Einflussnahme – erwächst.

- Wie gehen wir mit dieser Situation um? Wie eingangs erwähnt, müssen wir uns auch die Frage stellen: Welche Erwartungen haben unsere Eigentümer an das Unternehmen – d. h. im Übrigen nicht nur anonyme, renditehungrige Großanleger, sondern auch die Kleinanleger, welche ihr Vertrauen über Pensionskassen und Riester-Fondsparplänen in uns gesetzt haben. Unsere Eigentümer – das ist jetzt hoffentlich keine völlig neue Erkenntnis – erwarten eine attraktive und stabile Rendite auf ihr Kapital.
- Es gibt Marktrisiken, welche wir als Unternehmen bereit sind zu tragen – und noch viel wichtiger: Das akzeptieren auch unsere Eigentümer.
- Welchen Einfluss aber hat die aktuelle Markteinschätzung – die von vielen Marktteilnehmern geteilt wird – auf unsere strategischen Entscheidungen?
- Um die Antwort auf diese Frage zu verstehen muss man die Energieindustrie verstehen. Die Energiebranche unterscheidet sich von vielen anderen Branchen durch die sehr hohe Kapitalintensität. Im Gegensatz zu anderen Branchen des Produktionssektors (etwa Automobilindustrie) ist die Energieindustrie nicht in der Lage, Produktionsstandorte zu verlagern. Einmal investiert haben Sie Ihre Wette abgeschlossen – sind sie auf Gedeih und Verderb investiert, in der Regel für lange Zeiträume. Ein neu errichtetes Kohlekraftwerk wird in der Regel über 40 Jahre abgeschrieben, ein Gaskraftwerk oder ein Offshore Windpark immerhin noch über 25 Jahre.
- In anderen Branchen ist dies anders: Der Lebenszyklus eines VW Golfs zum Beispiel ist in etwa 7 Jahre, in letzter Zeit sogar etwas kürzer. Da kann man schon mal eine Baureihe nicht optimal hinbekommen, man könnte ja zur Not die Produktion verlagern oder ein neues Model entwickeln. Bei Kraftwerken ist das nicht möglich – das Produkt lässt sich außerdem nur schwer lagern oder über lange Distanzen transportieren.
- Im Gegensatz zu den langen Zeiträumen, für die wir Investitionen tätigen, richten sich jedoch die Spielregeln, nach denen unsere Branche funktioniert, an Strömungen und Einschätzungen aus, die weitaus kurzlebiger sind. Eine Energiepolitik, die über die Amortisationszeiten unserer Investitionen Bestand hat, ist sehr selten. Das macht es nicht leichter unsere Anteilseigner für neue Investitionen zu gewinnen.
- Ich möchte diese Diskrepanz gerne anhand von Beispielen aus der fernen und jüngeren Vergangenheit verdeutlichen: Ich würde Sie gerne an den Beginn der Kernenergienutzung in unserem Land erinnern. Ich kann mich noch gut erinnern, als zu meiner Abiturzeit die Busse Richtung Kalkar bereitstanden – und ich mich entscheiden konnte, ob ich mit auf eine Demon-

- stration fahre. Damals waren die beteiligten Unternehmen alles andere als begeistert über den angestrebten Ausbau der Kernenergie, die Politik hat jedoch auf eine Nutzung dieser Technologie gedrängt, weil andere Problem, die weitaus dringender schienen, damit scheinbar gelöst werden konnten. (W.B. »blauer Himmel über dem Ruhrgebiet, Ölkrise). Übrigens ist das Bayernwerk damals an den Investitionen fast Pleite gegangen. Die weitere historische Entwicklung um die Kernenergie kennen Sie alle zur Genüge – hier haben die politischen Realitäten in den Folgejahren mehrfach gewechselt.
- Ein ähnliches Beispiel ist der Kanzlergipfel Anfang der 2000er: Kohlekraftwerke waren erwünscht, Unternehmen wurden aufgefordert zu investieren. Wir erleben – oder besser versuchen – noch heute die Fertigstellung von Anlagen aus dieser Initiative, obwohl die politische Meinung bereits heute eine andere ist.
  - Warum die Politik diese Situation in einem für die Volkswirtschaft so überaus wichtigen Industriezweig zulässt, vermag ich nicht zu sagen und überlasse es jedem selbst, sich eine plausible Erklärung zu Recht zu legen. Auch möchte von Ihnen jetzt kein Mitleid – da bin ich vielleicht Realist genug um zu ahnen, dass ich das sowieso nicht bekomme. Ich will einen wichtigen Punkt verdeutlichen.
  - Mit dem Wissen um die Langfristigkeit von Investitionen in der Energiewirtschaft und der in letzter Zeit häufig zu beobachtenden, politisch-regulatorischen Eingriffen, welche ganz erheblich die Wirtschaftlichkeit dieser Investitionen betreffen (z.B. D: Kernenergie, Gezerre um Datteln, Netzanbindung Offshore, Kapazitätsmarktdiskussion; Spanien: Begünstigung heimischer Kohle, retroaktive Kürzungen Erneuerbare; Ungarn: Robin Hood Steuern; Italien: Robin Hood Steuer, Kürzungen Förderung Erneuerbare, etc.), ist für unsere Industrie die Hauptherausforderung unseren Eigentümern zu vermitteln, dass wir unter solchen Voraussetzungen langfristige Investitionen in Europa tätigen sollten. Viele unserer (guten) Eigentümer würden eher sagen: »Bitte erhöht lieber die Dividende und reduziert in dieser unüberschaubaren Zeit die Investitionen.« (Mit Verlaub, zu Hause mit unserem Privatvermögen würden wir das nicht alle auch so tun?)
  - Eine unserer strategischen Antwort darauf derzeit lautet: Wir investieren jetzt auch in Märkte mit stark steigendem Energiebedarf in denen neue und moderne Energieinfrastruktur zur Erhöhung des Wohlstandes der Bevölkerung direkt beiträgt – hier sehen wir ein geringeres Risiko, dass unsere Investitionen frühzeitig entwertet werden, da die dortigen Volkswirtschaften es sich nicht leisten können, keine Investitionen in die Energieinfrastruktur anzuziehen. Darüber hinaus rücken Investitionen mit schnellerem Kapitalrücklauf für uns in den Vordergrund, auch um Risiko wie oben erwähnt zu verringern.

- Problem gelöst? Nein, das kann für E.ON nicht der einzige Lösungsweg sein – E.ON, mit seiner starken Verwurzelung insbesondere in Deutschland aber auch in Schweden, dem vereinigten Königreich und den Niederlanden sowie in der Tschechischen Republik hat ein großes Interesse daran, dass die Energiewende gelingt und als Bürger Europas, dass unserer Volkswirtschaften nicht hinter die anderer Länder zurückfallen.
- Deshalb bemühen wir uns vor allem um die Erweiterung unseres Geschäftsmodells. Abseits dessen was früher im Kern unserer Aktivitäten stand. Dabei ist besonders das Geschäft mit Erneuerbaren Energien zu nennen, in dem wir es als unsere Hauptaufgabe ansehen diejenigen Technologien weiter zu entwickeln, die das Potenzial haben, mittelfristig ohne Förderungen/oder Subventionen auszukommen. Als zweiten Schwerpunkt möchte ich die dezentralen Energien nennen. Hier bedarf es größter Anstrengungen, die Vision eines Energiesystems umzusetzen, das mit minimalstem Einsatz dessen – was endlich auf diesem Planeten ist – auskommt. Dieses Ziel kann aus meiner Sicht vor allem deshalb gelingen, weil es ethisch attraktiv ist und emotionale Kräfte mobilisiert.
- Wenn ein langfristiger Umbau des Energiesystems in diese Richtung gelingen soll, muss die Politik Rahmenbedingungen schaffen, die glaubhaft Investitionssicherheit vermitteln – auf allen Feldern: Netze, dezentrale Energien, Erneuerbare, konventionelle Erzeugung. Nur mit einer konsensual erreichten Energiepolitik, welche rechtlich abgesicherte Rahmenbedingungen schafft, kann das Unterfangen Energiewende gelingen.

### *Schluss*

- Nach diesen Ausführungen lassen Sie mich noch eines ergänzen: Die Errichtung eines nachhaltigeren Energiesystems wäre mit Sicherheit ein gelungenes Vermächtnis an die nächsten Generationen – dies jedoch nur, wenn es erstens tatsächlich realisiert wird und zweitens die Prosperität der übrigen Wirtschaftssektoren nicht gefährdet.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit



## Regulatorische Herausforderungen bei der Umsetzung der Energiewende

Das Wort »Energiewende« hat die Chance sich als deutsches Fremdwort in der englischen Sprache zu etablieren. Damit würde es wie »Schadenfreude« oder german »Angst« eine beispiellose »Blitz«-Karriere hinlegen.

Das Gemeinsame derartiger »germanism« ist offenbar, dass es dafür entweder keine wirklich treffende Übersetzung ins Englische gibt, oder dass Angloamerikaner derartige Gefühle nicht teilen und an manches nüchterner und rationaler herangehen, als wir Deutsche.

Das Projekt »Energiewende« wird daher in den USA auch mit einer Mischung aus Unverständnis, Verwunderung, Neugier und heimlicher Bewunderung begleitet.

Erstaunlicher ist aber, dass sich nicht nur Wahrnehmungen und Gefühle, sondern auch energiepolitische Konzepte international und in Europa immer weiter voneinander entfernen. Am Beispiel des politischen Ziels der Reduzierung der CO<sub>2</sub>-Emissionen kann man inzwischen untermauern, dass das vorherrschende Bewusstsein der Deutschen sich nicht in Übereinstimmung mit den Fakten befindet.

Der typisch politisch korrekt denkende Deutsche hat die USA als Umweltverschmutzer, Klimazerstörer und Energieverschwender auf dem Schirm, während wir durch Energiesparen und Ausbau der Erneuerbaren Energie die Welt und das Klima retten. Dumm nur, dass die Zahlen inzwischen belegen, dass die USA, obwohl sie nie das Kyoto-Protokoll unterzeichnet haben, inzwischen bei der CO<sub>2</sub>-Reduzierung vorn liegen und in Deutschland und Europa die CO<sub>2</sub>-Belastung steigen wird.

In den USA ist eine andere Art Energiewende durch die Förderung von extrem günstigem Schiefergas erfolgt, das die Kohle bei der Stromerzeugung verdrängt. Das Gas, das weniger als ein Drittel der Preise bei uns kostet, ist nicht nur günstiger, sondern es reduziert auch signifikant CO<sub>2</sub>. Die in Amerika nicht mehr benötigte Kohle wird daher exportiert und geht auch nach Europa.

Es zeichnet sich ab, dass die Kernenergie in Deutschland nicht durch die Erneuerbaren Energien, sondern durch die Kohle ersetzt wird und daher das Ziel

weiterer CO<sub>2</sub> Reduzierung in die Ferne rückt. Letztlich wird die noch dadurch verstärkt, dass das Emissionshandelssystem wieder mangels zu geringer Zertifikat Preise gescheitert ist und keinerlei Lenkungswirkung entfaltet.

Führt diese Entwicklung zum Nachdenken, wenn nicht gar zu Korrekturen am System? – eher nein.

In der Öffentlichkeit und der Presse tendiert man dazu, diese Fakten entweder zu ignorieren oder falls das nicht immer geht, die gesamte Schiefergasentwicklung als umweltpolitischen Supergau zu brandmarken, den man in Europa und Deutschland von Anfang an bekämpfen und verhindern muss.

Diese globalen Verschiebungen kann man übrigens auch in Deutschland beobachten. Nachdem die Bundesregierung im vergangenen Jahr beschlossen hatte die sogenannten »Moratoriumskraftwerke« endgültig still zu legen und dabei vor allem die ethnischen und moralischen Gründe der Töpfer-Kommission ins Feld führte, fiel in letzter Minute dem Koalitionsausschuss noch auf, dass es neben Ethik und Moral auch noch andere Faktoren gibt, die den Strommarkt beeinflussen, wie die Physik, das Netz, der Handel und die Preise.

Nach der Nachtsitzung dieser Koalitionsrunde bekam ich einen Anruf, der mit der Bemerkung begann, »Herr Kurth, jetzt haben Sie ein Atomkraftwerk«.

Die Bundesnetzagentur bekam die ehrenvolle Aufgabe für den vergangenen und den kommenden Winter (2011 und 2012) zu gewährleisten und dafür notfalls auch ein AKW wieder zu reaktivieren. Das, was die Regierung sich nicht traute, wurde als »heiße« Kartoffel an die Bundesnetzagentur weiter gereicht. Falls etwas schief gehen sollte, war schon mal eine Spur gelegt, wer dafür verantwortlich sein würde. Während »energiegewendete« Ministerpräsidenten sich vor die Presse stellten und erklärten, wir hätten doch genügend Strom auch ohne die Kernkraft, »weil doch die Lichtern nicht ausgegangen seien«, hatten meine Mitarbeiter und ich gemeinsam mit den Netzbetreibern nur akribisch zu bilanzieren, wie es im Winter vor allem in Süddeutschland mit der Stromversorgung bestellt ist.

Das ganze geschah in einer Stimmung, in der wir inzwischen, zumindest in Deutschland, mehr Energieexperten als Fußballexperten haben.

Der Fachhochschulprofessor aus »Tripstrill an der Knatter« hat genau ausgerechnet, dass überall genügend Strom da ist und kommt damit auch noch ins Fernsehen. Ein Kollege hat sogar seinen Studenten eine Wette angeboten, das die Stromversorgung im Winter absolut sicher sei.

Ich war schon geneigt ihn anzuschreiben, ob er auch eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernehmen würde, habe das dann aber doch nicht getan.

Die Mitarbeiter der Bundesnetzagentur und auch ich persönlich haben in den dann folgenden Wochen in einer Art Crashkurs viel gelernt, recherchiert und analysiert, zum Beispiel: was ist ein Phasenschieber, wo braucht man Blindleistung, wie findet man Kaltreserve-Kraftwerke usw.



Einen Phasenschieber haben wir inzwischen in Biblis B, was eine gewisse Entlastung bei Spannungsschwankungen bringt. Das Suchen von sogenannten Kaltreserve-Kraftwerken war jedoch erheblich schwieriger und komplexer, als wir uns das vorgestellt hatten. Alle Kraftwerke, die Strom produzieren und am Netz waren, kommen ja nicht in Betracht, da sie in der Bilanz von Angebot und Spitzennachfrage bereits enthalten sind. Bei den Kraftwerken, die still lagen, theoretisch also »Kaltreservepotential! hatten, stellte sich heraus, dass beispielsweise ein Heizölkraftwerk in Pleitning schon vor 10 Jahren stillgelegt worden war und wohl schon Rost angesetzt hatte. An eine Reaktivierung innerhalb weniger Wochen war schon aus technischen Gründen nicht zu denken.

Da wir aber mit den Netzbetreibern zum Ergebnis kamen, dass ca. 2000 MW an Erzeugungsleistung im Süden Deutschlands fehlen könnten, wenn es über lange Zeit kalt bleiben würde und die Sonne nicht scheint und der Wind nicht weht.

Mit großen Mühen wurden schließlich ältere Kohle- und Ölkraftwerke, z. B. in Mannheim und im österreichischen Ausland gefunden und dann von den Netzbetreibern für den Winter quasi reserviert. Die Kosten von ca. 100 Mio € trägt übrigens der Stromkunde über die Netzentgelte. Während uns damals Einige Übertreibung und Panikmache vorwarfen, hat sich der Wind im Winter bei wenig Wind dann erheblich gedreht. Verschärft durch Lieferengpässe bei Gaskraftwerken mussten im Februar 2012 diese angemieteten Kaltreserve-Kraftwerke nämlich tatsächlich in Anspruch genommen werden, um das Netz stabil zu halten.

Die quasi aus der Not geborene Maßnahme wird sich auch in diesem Winter fortsetzen müssen und statt Entwarnung zu geben, wird die Lage noch viele Jahre angespannt bleiben.

Dem steht auch nicht entgegen, dass es zeitweise ein Überangebot von Strom gibt, das die Spot-Marktpreise inzwischen gerade in der Mittagsspitze oft dämpft und dass wir natürlich an manchen Tagen auch Strom exportieren können, sogar ins Kernenergieland Frankreich, wenn's sein muss.

Das immer komplexer werdende Geflecht zwischen Stromhandelsbilanz, Versorgungssicherheit und Netzstabilität lässt sich nämlich immer schwerer auf einen Nenner bringen. Überangebot von Strom zu bestimmter Zeit mit dramatischem Preisverfall und Problemen mit fehlender Erzeugungskapazitäten, die an bestimmten Stellen, insbesondere in Süddeutschland, zur Spannungshaltung benötigt werden, schließen sich keineswegs aus sondern werden zum entscheidenden Charakteristikum der Energiewende.

Wird das irgendwann besser? Ist Licht am Ende des Tunnels sichtbar?

Kurz- und mittelfristig ist eher eine Verschlimmerung der Situation zu erwarten. Langfristig gilt das Prinzip »Hoffnung«. Warum?

Im kommenden Winter 2012/2013 gibt es bei gesicherten Erzeugungskapä-

zitäten kaum Veränderungen. Die Bundesnetzagentur wird also ihr aus der Not geborenes Kaltreserveprogramm ein Jahr weiter fahren in der Hoffnung, dass alles gut geht und der Winter nicht zu kalt wird und die Flaute nicht zu lange dauert und die Sonne sich zumindest zeitweise sehen lässt.

Aber es kann auch schlimmer kommen. Das AKW Grafenrheinfeld geht schon 2015 vom Netz. Die neuen Kohlekraftwerke stehen meist nicht im Süden und vor allem baut niemand neue Gaskraftwerke, die als Back-up für die Erneuerbaren dienen sollten.

Um noch eins drauf zu setzen, da auch die vorhandenen Gaskraftwerke im Süden nur noch wenige Stunden laufen und daher noch nicht einmal ihre Betriebskosten verdienen, geschweige denn ihre Kapitalkosten, wollen die Betreiber sei eigentlich lieber früher als später völlig abschalten.

Obwohl der liberale Wirtschaftsminister Rösler hin und wieder mal den Anschein erweckt, er wolle statt Planwirtschaft wieder zurück zu mehr Marktwirtschaft im Energiesektor, macht er aber vorübergehend erst mal das glatte Gegenteil, nämlich noch mehr Planwirtschaft. Ein Gesetz mit dem schönen Spitznamen »Winterpaket« wird gerade mal wieder von unseren Parlamentariern durchgewunken, das zum Ziel hat, dass ein Kraftwerksbetreiber nicht mehr so einfach sein Kraftwerk abschalten darf. Käme er mangels Wirtschaftlichkeit auf die Idee den Betrieb einzustellen, muss er das ein Jahr im Voraus der Bundesnetzagentur anzeigen, die ihm dann seine Stilllegungsabsicht untersagen kann. Eigentlich könnte ich mich ja über den erneuten Macht- und Aufgabenzuwachs der Behörde, die ich ja ein bisschen mit aufbauen durfte, freuen. Aber ich fürchte die aus der Not geborenen Maßnahmen führen bestenfalls zum Zeitgewinn, aber nicht zur Lösung der Probleme.

Die Rechtfertigung für diese früher als kaum denkbar gehaltenen Eingriffe in den Stromerzeugungsmarkt liegt darin, und das kann man vorerst gar nicht bestreiten, dass wir diese »systemrelevanten« Kraftwerke auch dann für unverzichtbar halten, wenn sie unwirtschaftlich sind. Für den Juristen stellt sich natürlich sofort die Frage nach der Entschädigung für die Betroffenen. Das ob einer Entschädigung ist sicher unstrittig und auch vorgesehen, aber die Höhe und deren Berechnung (Kostenersatz für den gelieferten Strom, Vorhaltekosten für die Kapazität, Kapitalkosten, Gewinn etc.) dürfte es viele neue Aufträge für Gutachten und natürlich auch Klagen für uns Juristen geben.

Die Erkenntnis, dass wir jetzt nicht nur »systemrelevante Banken«, sondern auch »systemrelevante Kraftwerke« haben, dürfte möglicherweise diejenigen politischen Kräfte freuen, die sowieso immer alles als »alternativlos« bezeichnen, aber sie macht nur die Hilflosigkeit deutlich, wie weit wir uns in ein labyrinthisches Dickicht verstrickt haben und wie weit entfernt ein stimmiges Konzept der Energiepolitik liegt.

Im Gesetz »Winterpaket« wird auch eine neue Umlage eingeführt, die die

Risiken der Abstimmung von »Offshore-Windparks« und die Haftung für Fahrlässigkeit der Betreiber auf die Verbraucher verlagert. Auch wieder »alternativlos«, wenn der Offshore-Wind-Ausbau nicht in noch weitere Ferne rücken soll.

Nun gibt es den Einen oder Anderen, der sich dem Thema widmet, wie man nicht, wie bei der Feuerwehr, immer nur gerade da löscht wo es brennt, sondern wie man ein Brandvermeidungskonzept erarbeiten könnte. Das magische »Buzzword« heißt neues »Marktdesigning« für den Strommarkt. Design klingt erst mal gut und vor allem modern und zukunftsorientiert. Wie beim Design üblich gibt es natürlich Stil- und Geschmacksfragen, die einen Konsens eher unwahrscheinlich erscheinen lassen. Vorgeschlagen wird insbesondere ein »Kapazitätsmarkt«, oder eine »strategische Reserve«. Beiden Konzepten ist gemein, dass nicht mehr der Strom, der benötigt wird, über am Markt und über die Börse ermittelte Preise vergütet wird, sondern dass es eine Vergütung für das Vorhalten von Stromerzeugungskapazitäten gibt, also spricht von Kraftwerken, die nur wenige Stunden pro Jahr als Backup benötigt werden. Die Unterschiede liegen nicht in diesem Reservegrundgedanken, sondern in der Art und Weise, wie die Höhe der Reserve und deren Kosten bzw. Preise ermittelt werden. Während die strategische Reserve durch eine zentrale Stelle, wahrscheinlich wieder die Bundesnetzagentur, ermittelt und festgelegt würde, werden beim Kapazitätsmarkt noch zu definierende Lose ausgeschrieben und verauktioniert. Erfolgreich ist derjenige, der den günstigsten, sprich den niedrigsten Preis anbietet. Die Details dieser Auktionen würden natürlich auch durch einen zentralen Marktgestalter, wahrscheinlich ebenfalls die Bundesnetzagentur, ermittelt und durchgeführt.

Abgesehen von der Wissenschaft, vertreten z. B. durch Herrn Prof. Bettzüge vom EWI in Köln, die die Debatte befördern, haben sich unsere Entscheidungsträger in der Regierung, den Ministerien und dem Parlament bei diesem Thema erst mal in die Büsche geschlagen und versuchen die Taktik des Tarnens und Täuschens. Im »Politneusprech« heißt das dann: Das Thema sei zu kompliziert, um es übers Knie zu brechen und man habe ja viel Zeit und könne das nach der bewährten Methode der Palaver-Demokratie in sich inflationsartig vermehrenden Gipfeltreffen, Kraftwerksforen, Expertenrunden, Arbeitskreisen lange und gründlich erst mal beraten und das geschilderte »Winterpaket« würde ja erst mal Luft schaffen.

Die Wahrheit ist, dass man natürlich längst weiß und das auch berechnet hat, dass ein Kapazitätsmarkt oder eine strategische Reserve eine neue und nach dem EEG vergleichbare gewaltige Kostenlawine zum Nachteil der Verbraucher auslösen würde. Die Schätzungen gehen von ca. 52 GW (also einer Kapazität von 52 Kernkraftwerken) Bedarf aus. Es ist gar nicht so schwer zu kalkulieren, was

kapitalkosten, Betriebskosten und Rendite für sagen wir mal ca. 30 Jahre bedeuten würden. Ja und wer würde diese Kosten am Ende bezahlen?

Natürlich wieder der Verbraucher, wahrscheinlich nur der private Verbraucher, über eine neue »Kapazitätsumlage«.

Nachdem gerade die EEG Umlage, nicht wie versprochen stabil bleibt, sondern um 50% gestiegen ist und zwischen 100–200 Mrd. € für 20 Jahre versprochener Einspeisevergütung wie ein Mühlstein am Hals der Deutschen Verbraucher hängen, wäre eine neue, zusätzliche Umlage, natürlich Gift für all diejenigen, die noch immer durch die Häuser und Wahlkämpfe ziehen um dem deutschen Wähler noch eine Weile die Energiewende als ideales Zukunftsprojekt zu verkaufen und von dem wir alle doch nur und ausschließlich Vorteile haben. Natürlich wäre es auch nicht einfach einen Kapazitätsmarkt richtig zu dimensionieren, weil Innovationen z. B. in der Speichertechnologie und im Lastmanagement über Jahrzehnte hinweg schwer zu prognostizieren sind. Auch die Frage, ob sich ein solcher Markt als regionaler deutscher oder europäischer Markt designen lassen müsste, ist nicht trivial. Herr Oettinger hat schon mehrfach den Finger gehoben und die Deutschen vor weiteren Alleingängen à la EEG gewarnt. Aber brauchen wir die Kapazitäten nicht eher lokal oder regional, statt europaweit? Was nutzt ein Kraftwerk in der Normandie, wenn die Spannung in Böblingen schwankt? Wie passen die über den Kapazitätsmarkt reservierten Kapazitäten zum übrigen Stromerzeugungsmarkt? Gibt es den dann überhaupt noch oder wie groß ist er dann neben der EEG-Erzeugung, die ja 80 % erreichen soll? Können nur neue oder auch bestehende, z. B. im Bau befindliche Kraftwerke sich unter das Dach des Kapazitätsmarktes flüchten?

Diese Fragen reichen für ein paar Semester Seminar- und Promotionsaufgaben. Trotz aller offenen Fragen ist es in erster Linie nur Taktik und Angst vor dem Verbraucher und Wähler das alles erst mal »auf die lange Bank« oder zumindest bis nach der Bundestagswahl zu verschieben.

Es bleibt vorerst bei einer Verteilung »medialer« Beruhigungspillen nach dem hier im Rheinland beliebten Motto »et ist noch immer jot jejang«. Wie bei der Euro-Rettung wird immer erst dann gehandelt, wenn man zum handeln gezwungen ist, weil es z. B. private Investitionen in die Offshore-Windenergieentwicklung stagnieren und man sich schon weit hinter den verkündeten Zielen befindet. Da Windparkbetreiber und Netzanbindung in Deutschland in verschiedenen Händen und Firmen liegen, gab es permanente Streitigkeiten, wer bei Verzögerungen und Schäden haftet.

Auch hier gibt es wieder mal eine neue Umlage, die Schäden, die aus der verzögerten Anbindung bzw. Unterbrechungen der Leitungen resultieren, auf die privaten Stromkunden verlagert. Die Behauptung, diese Umlage sei ja gedeckelt und angesichts der sonstigen Kosten der Energiewende harmlos niedrig, ist übrigens auch wieder ein Griff in die Trickkisten. Da es wohl ein hoff-

nungsloses Unterfangen ist, Schäden per Gesetz nach oben zu deckeln, verlagert man nun die Tilgung in die Zukunft und vorfinanziert die Angelegenheit. Die Griechen und Eurorettung lässt als Vorbild grüßen.

Derartige Notoperationen werden noch eine Weile auf der Tagesordnung bleiben und das Konflikt- und Streitpotential beim großen Gemeinschafts- und Zukunftsprojekt Energiewende nimmt eher zu als ab.

Aus der grünen Ecke wurde z. B. das Thema Entlastung der energieintensiven Industrie entdeckt, um einen Sündenbock für die explodierenden Strompreise zu benennen. Man muss einräumen, dass aufgrund eines einmaligen und erfolgreichen Lobbydrucks bei der Industrieentlastung zu viel des Guten getan wurde. Selbst Frau Merkel, die ja ein feines Sensorium für die Wellenbewegungen des Zeitgeistes und der Wähler entwickelt hat, hat sich dieser Kritik angeschlossen. Man kann sich natürlich die Frage stellen, ob Betriebe, die gar nicht abwandern können, wie z. B. Straßenbahngesellschaften, wirklich entlastet werden müssen. Aber am Ende würde der Straßenbahnfahrer statt über Strompreislagen die wachsenden Kosten über die Fahrpreistickets zahlen.

Der blinde Fleck der grünen Argumente ist, dass die Kosten ja nicht verschwinden, wenn man sie ständig zwischen Industrie und Verbrauchern hin- und herschiebt. An die Wurzeln der Kostenexplosion will natürlich aus dieser Ecke niemand. Zu sehr befürchtet man, wie der Teufel das Weihwasser, dass jemand auf die Idee kommen könnte die ca. 200 Mrd. €, die die bisherigen EEG-Förderpolitik kosten dürfte, wären Mitnahmeeffekte, gigantische soziale Umverteilungen, die auch die des Länderfinanzausgleichs übertreffen und zu einem großen Teil nicht Klimarettung sondern schnöde Klientelpolitik darstellt.

Bei jeder EEG Novelle sitzen inzwischen nicht nur bei den Grünen, sondern auch bei der CSU Leute mit dem Taschenrechner dabei, die genau ausrechnen, was das den bayrischen oder den schleswig-holsteinischen Bauer kostet. Bauern haben große Erfahrungen mit Subventionen und Wind und Sonne bringen Manchem schon mehr Geld als Milch und Schweine. Sowie die EU die Agrarförderung nicht reformieren kann, wird das EEG zur heiligen Kuh unserer deutschen Parlamentarier. Die sogenannte letzte EEG Novelle, die angeblich die Förderung der »Photovoltaik nicht nur durch den »atmenden Deckel«, sondern durch eine absolute Obergrenze von 52 GW Photovoltaik begrenzen sollte, hat eher gegenläufige Konsequenzen. Da wir bereits heute ca. 30 GW Photovoltaik installiert haben, wird es jetzt eine Torschlusspanik geben, die restlichen 22 GW so schnell wie möglich aufzufüllen. Die letzte Brachfläche und die letzte Abbruchscheune wird in Windeseile mit Solarpannells bepflastert und wir werden wahrscheinlich in ca. 2 Jahren das Ziel, 52 Kernkraftwerke durch Photovoltaik zu ersetzen, schon erreicht haben. Dumm nur, dass die Kernkraftwerke über 8000 Stunden im Jahr laufen, während die Photovoltaik-Kapazitäten nur 1/10, also 800 Stunden Strom liefern. Dies zeigt, dass Deutschland nicht das ideale

Land war, um das solare Millennium auszurufen. Im Übrigen gibt es trotz aller sich inflationsartig vermehrender Gipfeltreffen, Expertenrunden und Gesprächskreisen nach wie vor keine regionale Koordinierung des Ausbaus der erneuerbaren Energien. Vorausgesetzt der Bebauungsplan und die Regionalpläne lassen das zu, darf jeder sein Windrad aufstellen, wo er gerade will und seine Photovoltaik-Anlage, wo auch immer auf eine Schrottimobilie schrauben: die Förderung ist sicher. Als kürzlich die Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten ein Gipfeltreffen abhielt, gab es wohlgesetzte konsensorientierte Kommuniqués. Da sonst immer Streit zwischen Bund und Ländern herrscht, war dies ein zusätzlicher Grund zur Beunruhigung. Auch heftiges googeln brachte rein gar nichts zu Tage, was wirklich beschlossen wurde oder verändert werden sollte. Aber solange diese Taktik für den deutschen Michel ausreichend ist, gibt's ja keinen Grund für überstürztes Handeln.

Dass der Netzausbau der Bugwelle der erneuerbaren Energien – wie der Hase dem Igel – hinterher hechelt, scheint außer der Bundesnetzagentur niemand wirklich zu beunruhigen.

Die Anlagenbetreiber bekommen ihr Geld ja auch dann, wenn der Windstrom mal mangels Netz gar nicht eingespeist werden kann und der Stromkunde scheint ein strapazierfähiger Lastesel zu bleiben.

Beim Netzausbau gibt es zumindest den Lichtblick, dass die von mir vorangetriebene Konzentration aller Planungskompetenzen auf die Bundesebene nun auch von den Ministerpräsidenten der Länder akzeptiert wird. Die einheitliche Planung für Länderübergreifende Trassen ist akzeptiert und die bundesweiten Netzentwicklungspläne mit über 2000 km Neubautrassen davon 3 HGÜ Höchstspannungsprojekte zum Transport des Windstroms von Nord nach Süd werden verabschiedet. Vielleicht denken die sich die Ministerpräsidenten der Länder, lass sich doch die Bundesnetzagentur mit dem sperrigen Thema Netzausbau herumschlagen. Es wird aber noch spannend werden, ob die Bundesnetzagentur auch in den Planfeststellungsverfahren die nötige Rückendeckung aus der Landespolitik erhalten wird.

Die Energiepolitik und das Energierecht bleibt spannend und die sich überschlagenden, immer erratischer erfolgenden Eingriffe des Gesetzgebers sind einerseits Grund zum Ärger und zur Verwirrung, andererseits eine unerschöpfliche Quelle für Juristen, da der »gesunde Menschenverstand« angesichts dieser Komplexität ohnehin völlig versagt.

Zum Schluss sollten wir uns bewusst machen, dass langfristige Prognosen der Energiewirtschaft immer sehr irrtumsbehaftet waren. Der inzwischen wieder sehr geschätzte Helmut Schmidt wollte zum Leidwesen seiner SPD einst 100 Kernkraftwerke in Deutschland bauen. Wer sagt uns heute, dass wir in 30 Jahren nicht vergleichbare Fehlprognosen feststellen werden und auch die 100 %-erneuerbare-Energien-Prognose sich als Märchen entpuppen könnte. Gerade weil

inzwischen in Deutschland fast alle ins gleiche Horn stoßen und Probleme klein aber Chancen groß reden bin ich skeptisch. Selbst die betroffenen Firmen in der Energiebranche haben ihre Werbung voll auf erneuerbare Energien umgestellt. In informeller Kommunikation werden zwar große Sorgen geäußert aber nach außen müsse man sich dem vorherrschenden Bewusstsein der Kunden anpassen, wenn man diese nicht verlieren wolle.

Vielleicht haben sie vor dieser Tagung gedacht, die Energiepolitik und das Energierecht ist eine ziemlich verwirrende Veranstaltung. Nach meinem Vortrag sind Sie wahrscheinlich noch immer verwirrt, aber hoffentlich auf einem erheblich höheren Niveau.

