

DR. LUKAS ERNST, LL. M. (MERNI), KÖLN, UND UNIV.-PROF. DR. CHRISTIAN KOENIG, LL. M. (LSE), BONN*

Befreiung stromintensiver Netznutzer gem. § 19 II 2 StromNEV

Die Umlagenfilzregulierung und das Recht

Mit der letzten großen Novelle des Energiewirtschaftsrechts im Sommer 2011 wurde § 19 II 2 StromNEV geändert. War bislang nur die Vereinbarung eines individuellen Netznutzungsentgelts im Falle atypischer Netznutzung möglich, sollen stromintensive Abnehmer nunmehr vollständig von der Zahlungspflicht für Netzentgelte befreit werden. Werden die entgangenen Erlöse, die aus der Befreiung dieser großen Netznutzer resultieren, über einen Umlagemechanismus sozialisiert und von der Gesamtheit der Netznutzer getragen, so wirkt

diese Umlage ökonomisch wie eine Verbrauchssteuer zur Umverteilung von Klein auf Groß unter dem Mantra internationaler Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigungssicherung, ohne den politisch und finanzverfassungsrechtlich beschwerlichen Weg über den staatlichen Steuerhaushalt zu beschreiten. Nur das Recht, insbesondere das EU-Beihilfenrecht, kann solche lobbygetriebenen regulatorischen Achterbahnfahrten stabilisieren!

§ 19 II 2 StromNEV · EU-Beihilfenrecht · Entgeltregulierung · Entgeltbefreiung · Sonderabgabe

I. Statt kohärenter „Energiewende“: lobbygetriebene regulatorische Achterbahnfahrten

Das Energiewirtschaftsrecht wird inzwischen von den verschiedensten Umlagen geprägt. Dabei werden immer neue Instrumente diskutiert, um die Kosten der Energiewende in einem bezahlbaren Rahmen zu halten. Dies hat zur Folge, dass der Weg in Richtung einer wettbewerbsgeprägten Energieordnung immer häufiger zugunsten von Lobbyarbeit getriebener planwirtschaftlicher Ad-hoc-Instrumente verlassen wird. Ergeben sich Finanzierungsschwierigkeiten bei den einkommensschwachen Haushalten, wird über Sozialtarife für Strom diskutiert. Droht die Industrie, angesichts steigender Energiekosten, den internationalen Wettbewerb zu verlieren, werden umlagefinanzierte Begünstigungen eingeführt. Dabei werden die Symptome bekämpft, das eigentliche Problem der hohen Energiekosten – jenseits der Preisentwicklung der (fossilen) Energieträger – aber nicht angegangen. Dies steht auch ausdrücklich nicht auf der vom Atomausstieg getragenen politischen Agenda¹.

Gem. § 19 II 2 StromNEV besteht die Möglichkeit, besonders stromintensive Netznutzer auf Antrag, der von ihnen selbst oder vom Netzbetreiber gestellt werden kann, von der Pflicht zur Zahlung der Netzentgelte zu befreien. Um in den Genuss dieser Privilegierung zu gelangen, ist es erforderlich, dass die Stromabnahme des betreffenden Netznutzers aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsdauer von mindestens 7.000 Stunden und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle 10 GW übersteigt. Honoriert wird also ein besonders intensives (Stromverbrauch) und extensives (Nutzungsdauer) Netznutzungsverhalten.

Die aus der Befreiung dieser Netznutzer resultierenden Erlösausfälle der Netzbetreiber werden gem. § 19 II 6 f. StromNEV über einen Umlagemechanismus sozialisiert und von der Gesamtheit der Netznutzer getragen. Der Ansatz, denjenigen von einer Zahlungspflicht zu befreien, der die entgeltspflichtige Leistung am intensivsten

nutzt, widerspricht dabei schon dem ökonomischen Leitgedanken. Der verfassungsrechtlich weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bietet noch viel Platz für weitere Umlagemechanismen. Allerdings ergeben sich erhebliche rechtliche Zweifel an der Zulässigkeit der Regelung des § 19 II 2 ff. StromNEV, die abseits der erhitzt geführten und interessengeleiteten Diskussion sämtliche Stufen der Normhierarchie betreffen.

II. Unionsrecht

1. Die Vereinbarkeit mit dem Beihilfenverbot des Art. 107 I AEUV

Viel diskutiert wird bis in die Tagespresse hinein² die Frage, ob die Befreiung von den Netzentgelten eine gem. Art. 107 I AEUV unionsrechtswidrige Beihilfe darstellt. Dies hat das derzeit mit einer Flut von Verfahren zu diesem Thema befasste OLG Düsseldorf dazu bewogen, die Europäische Kommission auf Grundlage der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte³ um eine Stellungnahme zu bitten⁴. Die Frage ist umfassend und tiefgründig bereits in

* Dr. Lukas Ernst ist Wissenschaftliche Hilfskraft am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist ebendort Direktor und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät. Die Autoren danken Herrn *Julien Lindner* für seine Unterstützung bei den Recherchearbeiten. Die Abhandlung beruht nicht auf einem Rechtsgutachten oder anderweitigen Auftragsarbeiten.

1 vgl. <http://www.bundeskanzlerin.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2012/09/2012-09-17-pk-merkel-bpk.html?nn=74446> (Abruf 18.10.2012).

2 S. z.B. Zeit online v. 6.9.2012, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2012-09/netzentgelte-befreiung> (Abruf 18.10.2012).

3 Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte (2009/C 85/01), ABIEG Nr. C 85/1 v. 9.4.2009, Tz. 79 b.

4 S. OLG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 29/2012 v. 6.9.2012, http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20120906_Befreiung_Netzentgelte/index.php (Abruf 18.10.2012).

der Abhandlung von *Julia Bloch*, „Beihilferechtliche Aspekte der Befreiung von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV“⁵ untersucht und bejaht worden. *Bloch* sieht in der Befreiung großer Stromverbraucher von den Netzentgelten eine staatliche Beihilfe i.S.d.Art.107 I AEUV und knüpft daran – mangels einer Genehmigung durch die *Europäische Kommission* – aufgrund des verletzten Durchführungsverbot nach Art. 108 III 3 AEUV die schmerzhaften Sanktionsfolgen der Unanwendbarkeit von § 19 II 2 StromNEV, der staatlichen Vorteilsrückforderung sowie des „Private Enforcement“⁶. Mit den Urteilen vom 10.2.2011 in den Fällen Flughafen Lübeck⁷ und Flughafen Frankfurt-Hahn⁸ hat der *BGH* anerkannt, dass das unionsrechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV nicht nur ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB ist, sondern auch ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB sowie eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstellt⁹. Daher können von der Netzentgeltbefreiung großer Stromverbraucher mittelbar oder unmittelbar betroffene Wettbewerber der begünstigten Großverbraucher auf Grundlage der Art. 108 III 3 AEUV i.V.m. § 823 II BGB, § 4 Nr. 11 UWG Auskunft, Beseitigung (insbesondere Rückforderung der Beihilfe), Unterlassung und Schadensersatz verlangen¹⁰. Doch bevor diese regulatorische Bombe gezündet werden kann, werden im Folgenden die wenigen argumentativen Sollbruchstellen der Tatbestandsmäßigkeit nach Art. 107 I AEUV („staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“) abgeklopft; im Übrigen sei vollumfänglich auf die Abhandlung von *Bloch* verwiesen.

Alleine problematisch ist erstens die Staatlichkeit der Mittel (wirtschaftliches Zuordnungskriterium der Mittelverwendung) und zweitens die Zurechnung zum Mitgliedstaat (Kontrollkriterium). Beide Elemente werden in der ständigen Rechtsprechung des *EuGH* hochgehalten, obwohl das zweite von der Rechtsprechung kreierte Zurechnungselement nicht zwingend im Wortlaut und Telos des Art. 107 I AEUV („staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt“) angelegt ist¹¹.

Bekanntermaßen besteht schon für das Staatlichkeitskriterium das durch das Urteil *PreussenElektra*¹² des *EuGH* ausgelöste – für den homo politicus nützliche – Umgehungsdilemma. Nach dieser ordnungspolitischen Ursünde des *EuGH* liegt keine staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe vor, wenn die Pflicht privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile gewährt, da diese Verpflichtung nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen, führe¹³. Wird dagegen nicht nur die Abnahmepflicht gesetzlich festgelegt, sondern werden zugleich die Abnahmepreise durch eine staatlich dominierte Stelle im Wege eines staatlichen Clearingmechanismus eingezogen und ausbezahlt, ist kraft dieses staatlichen Verwaltungsmechanismus das Merkmal einer Beihilfengewährung aus staatlichen Mitteln zu bejahen¹⁴. Diese hauchdünne und rechtsdogmatisch fragile Abgrenzungslinie hat der Gerichtshof in seinem Vorabentscheidungs-urteil vom 17.7.2008 in der Rechtssache C-206/06 – *Essent Network Noord BV* – vorgezeichnet, um die durch *PreussenElektra* ausgelöste Umgehungssünde wieder einzugrenzen. Messerscharf grenzt der Gerichtshof in *Essent Network* zunächst den regulatorischen Sachverhalt von dem in der Rechtssache *Pearle*¹⁵ ab, in welcher die Mittel von einem Berufsverband gesammelt und zu rein kommerziellen Zwecken genutzt worden sind und „in keiner Weise Teil einer von den Behörden definierten Politik“ waren, während in *Essent Network* „die Zuweisung des Betrags von 400 Millionen NLG an die bezeichnete Gesellschaft vom Gesetzgeber beschlossen worden“¹⁶ war. Dann setzt der Gerichtshof zur Abgrenzung gegenüber der Rechtssache *PreussenElektra* an, in der „die Unternehmen nicht vom Staat mit der Verwaltung staatlicher Mittel beauftragt [...], sondern zur Abnahme unter Einsatz ihrer eigenen finanziellen

Mittel verpflichtet“ waren¹⁷. Aus diesen tragenden Abgrenzungsgründen hat der Gerichtshof nach Bejahung einer „staatlichen Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel“¹⁸ im Urteilstenor für Recht erkannt:

„2. Art. 87 EG ist dahin auszulegen, dass die nach Art. 9 des Übergangsgesetzes für den Sektor der Elektrizitätserzeugung (Übergangswet Electriciteitsproductiesector) vom 21. Dezember 2000 an die bezeichnete Gesellschaft gezahlten Beträge eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung des EG-Vertrags sind, soweit sie einen wirtschaftlichen Vorteil und nicht einen Ausgleich darstellen, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von der bezeichneten Gesellschaft zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.“

Die Befreiung großer Stromverbraucher von Netzentgelten nach § 19 II 2 StromNEV liegt auf der messerscharfen Abgrenzungslinie von *Essent Network*, die sich in der Deziisionsfrage zuspitzt, ob diese Befreiung ähnlich wie die Abnahmepreise in *Wienstrom* – die *Kommission* bereitete dort die Abgrenzungslinie von *Essent Network* vor – durch eine staatlich dominierte Stelle im Wege eines hoheitlich dirigierten (staatlichen) Verwaltungsmechanismus (in *Wienstrom* eines staatlichen Clearingmechanismus) individuell und konkret verfügt (in *Wienstrom*: eingezogen und ausbezahlt) worden ist¹⁹: Ein staatlicher Haushalt im finanzverfassungsrechtlichen Sinn muss danach zur Erfüllung des Beihilfentatbestandes gar nicht belastet oder beteiligt sein. Selbst bei einer haushaltsneutralen, aber staatlich dirigierten Umlagenverwaltung ist sowohl das Merkmal der Staatlichkeit der Mittel als auch der Zurechnung zum Mitgliedstaat erfüllt. Die Befreiung großer Stromverbraucher von Netzentgelten erfolgt nach § 19 II 3 StromNEV individuell und konkret erst durch die Genehmigung der Regulierungsbehörde, der ein Antrag des Netzbetreibers oder des Letztverbrauchers (§ 19 II 4 StromNEV), also des zu befreienden Stromverbrauchers, zugrunde liegt und nachdem „der Netzbetreiber der Regulierungsbehörde unverzüglich alle zur Beurteilung der Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 erforderlichen Unterlagen“ vorgelegt hat (§ 19 II 5 StromNEV): Im Gegensatz zum Fall *PreussenElektra*, in dem die Strom-einspeisung zu Förderpreisen alleine auf (abstrakt-genereller) gesetzlicher Grundlage ausschließlich in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen umgesetzt wurde, ist der Befreiungsmechanismus nach § 19 II 2 bis 4 StromNEV nach Maßgabe der konkret-individuellen staatlichen Verfahrensherrschaft aufgrund des antragsgebundenen Genehmigungsvorbehaltes ähnlich wie ein klassisches Subventionsverfahren gestaltet. Zwar fließt die Umlagenvaluta nicht durch eine Sonderstaatskasse oder den allgemeinen Haushalt, sie wird aber aufgrund des Verwaltungsverfahrens nach § 19 II 2 bis 4 StromNEV von der *BNetzA* hoheitlich „verwaltet“, so dass diese über einen virtuellen staatlichen Umlagenhaushalt verfügt. Diese zurechenbare Staatlichkeit im Sinne des Beihilfentatbestandes nach Art. 107 I AEUV wird noch dadurch verstärkt, dass nach der Über-

⁵ *Bloch*, RdE 2012, 241 ff.

⁶ *Bloch*, RdE 2012, 241 (248).

⁷ *BGH*, Ur. v. 10.2.2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck.

⁸ *BGH*, Ur. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09 – Flughafen Frankfurt-Hahn.

⁹ *BGH*, (o. Fn. 8), Rn. 18 f., 53; *BGH*, (o. Fn. 7), Rn. 24 f.; *Karpenstein/Klein*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), VerVO Anh. zu Art. 14 Rn. 110.

¹⁰ *BGH*, (o. Fn. 8), Rn. 23, 60; *BGH*, (o. Fn. 7), Rn. 20, 29.

¹¹ *Jaeger*, *European State Aid Law Quarterly* (EStAL 3) 2012, 535 ff.

¹² *EuGH*, Ur. v. 13.3.2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 – *PreussenElektra*; vgl. hierzu *Koenig/Kühling*, ZUM 2001, 537.

¹³ *EuGH*, (o. Fn. 12), Rn. 59, 61, 66.

¹⁴ *Kommission*, Entscheidung v. 4.7.2006, Beihilfe N317A/2006, Rn. 48-53 – *Wienstrom*.

¹⁵ *EuGH*, Ur. v. 15.7.2004, Rs. C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Rn. 37 ff. – *Pearle* u. a.

¹⁶ *EuGH*, Ur. v. 17.7.2008, Rs. C-206/06, Rn. 73 – *Essent Network Noord BV*.

¹⁷ *EuGH*, (o. Fn. 16), Rn. 74.

¹⁸ *EuGH*, (o. Fn. 16), Rn. 75.

¹⁹ *Kommission*, (o. Fn. 14), Rn. 48-53.

gangsregelung aus Ziff. 10 des Tenors der „Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage“ der *BNetzA*²⁰ die entgangenen Netzerlöse aus der Befreiung von den Netzentgelten für das Jahr 2011 abweichend nicht vom Umlagemechanismus erfasst werden, sondern entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt werden. Der durch die Befreiung bedingte Saldo auf dem Regulierungskonto wird dann gem. § 5 IV 2 ARegV gleichmäßig verteilt über die nächste Regulierungsperiode ausgeglichen. Gerade in dem letztgenannten Gesichtspunkt des bei der *BNetzA* geführten Regulierungskontos manifestiert sich die zurechenbare Staatlichkeit der Befreiungsmittel.

2. Vereinbarkeit mit energierechtlichem Sekundärrecht

Daneben widerspricht eine Befreiung bestimmter Netznutzer von der Pflicht zur Entrichtung von Netzentgelten in der Ausgestaltung des § 19 II 2 StromNEV der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2009/72/EG²¹. Art. 3 III der Richtlinie sieht vor, dass Haushaltskunden über eine Grundversorgung verfügen, die insbesondere zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Preisen gewährleistet wird. Art. 37 X erfordert eine Kompetenz der Regulierungsbehörde, diese Entgeltkriterien durchzusetzen.

a) Angemessenheit der Preise

Unter den Begriff des Preises im Sinne der Richtlinie fällt die integrierte Gegenleistung, die der Kunde für die Energiebelieferung zu erbringen hat. Erfasst ist sowohl der Produktpreis (die vertriebsseitigen Preisbestandteile) als auch das (regulierte) Netznutzungsentgelt, denn die Richtlinie unterscheidet begrifflich zwischen „Entgelten“ für die Netzzugangsleistung (vgl. z.B. Art. 13 IV der Richtlinie) und „Preisen“. Gegen die Auffassung, dass der Begriff des Preises nur den Produktpreis ohne die Vergütung der Netznutzung erfasst, spricht der Umstand, dass die Richtlinie in erster Linie die Netzebene adressiert (vgl. den 4. Erwägungsgrund) und nicht auf eine umfassende Regulierung der Endkundenmärkte angelegt ist.

Wenn die Richtlinie angemessene Preise fordert, so betrifft dies jeden einzelnen Preisbestandteil. Erst recht gilt dies für die Netzentgelte, da nach der Liberalisierung des Sektors eine Quersubventionierung nicht angemessener Preise auf der Ebene der natürlichen Monopole gerade ausgeschlossen sein soll (s. dazu auch ausdrücklich Art. 37 II der Richtlinie).

Angemessen ist ein Entgelt, wenn es „in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung steht“²². Die Leistung Netzzugang muss demzufolge durch das Netzzugangsentgelt in einem vernünftigen Maß abgegolten werden. Grundsätzlich sind Preise von Null oder sogar darunter gerade in der Energiewirtschaft kein bloß theoretisches Phänomen, sondern in der Vergangenheit im Stromhandel schon aufgetreten. Dort resultiert es aber aus der – durch das EEG verursachten – nicht bedarfsgerechten Angebotslage aufgrund der (nachfrageunabhängigen) Einspeisung erneuerbarer Energie.

Nur wenn die Netzstabilität den Einsatz von Regelenergie erfordert, sind Konstellationen denkbar, in denen ein Netzentgelt von Null angemessen im Sinne der Richtlinienvorgaben sein kann²³. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn durch die Netznutzung und die Stromabnahme des Netznutzers zu bestimmten Zeiten „negative Regelenergie“ angeboten wird. Dieser Effekt muss allerdings anhand einer Kalkulation im Einzelfall feststellbar sein; starre Grenzwerte werden dem nicht gerecht. Daneben bestünde im deutschen Entgeltregulierungsregime auch in diesen Fällen die Hürde des § 17 VIII StromNEV, der andere als die in der Verordnung geregelten Entgelte verbietet. Für Pumpspeicherkraftwerke, die negative Regelleistung in Schwachlastzeiten anbieten können, hat

der *BGH* die Netzentgeltspflichtigkeit bereits ausdrücklich festgestellt²⁴. Vor dem Hintergrund des neu gefassten § 118 VI EnWG ist dieser Befund – wie der *BGH* zur Begründung herangezogen hat – differenzierter zu sehen.

b) Diskriminierungsfreiheit

Art. 32 I der Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs auf Grundlage von veröffentlichten Tarifen. Hinsichtlich der Diskriminierungsfreiheit stellt Erwägungsgrund 32 der Richtlinie das Ziel klar, „dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind. Diese Tarife sollten auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netzbewerber gelten.“

Der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit erfordert, dass solange eine Gleichbehandlung erfolgt, wie nicht sachliche Gründe etwas anderes gebieten.

Die Definition von Schwellenwerten begründet dabei aber nicht stets eine Diskriminierung im Bereich des engeren Streufeldes um diesen Wert. Ausschlaggebend ist der Sinn und Zweck, der durch die Regelung verfolgt wird, da davon die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung abhängen kann. Ausweislich der Begründung aus dem Rechtssetzungsverfahren wurde mit der Befreiung der Zweckverfolgung, stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast von den Netzentgelten zu befreien, da sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken²⁵.

Eine netzstabilisierende Wirkung wird allein durch eine hohe Konstantstromabnahme aber nicht zwingend erzielt. Erforderlich wäre eine – insofern mit § 19 II 1 StromNEV verwandte – atypische Netznutzung, die Lastspitzen vermeidet, indem sie Lastsenken füllt; nur dann besteht ein netzstabilisierendes Abnahmeverhalten, das durch eine Absenkung der Gesamtnetzkosten zugunsten aller Netznutzer wirkt und honoriert werden kann²⁶, so dass auch ein sachlicher Grund für eine Differenzierung der Netznutzungsentgelte bestünde.

Vor diesem Hintergrund wirken die Kriterien der Benutzungszahl und des Stromverbrauchs in Form starrer Schwellenwerte diskriminierend, da sie die netzstabilisierende Wirkung nicht absichern. Im Gegenteil würde eine hohe „Grundlastabnahme“ mit sporadisch auftretenden außergewöhnlichen Lastspitzen keinen netzstabilisierenden Effekt herbeiführen und einen erheblichen Netzausbaubedarf verursachen. Demgegenüber scheidet die *legata* derjenige für die Privilegierung aus, der tatsächlich ein netzstabilisierendes Abnahmeverhalten aufweist, die festgelegten Schwellenwerte aber nicht erreicht. Vor dem Hintergrund der Diskriminierungsfreiheit wäre also eine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich, ob ein Kostensenkungseffekt eintritt.

c) Energieeffizienzziele

Nach Erwägungsgrund 6 der Binnenmarkt-Richtlinie für Strom soll ein funktionierender Markt „[...] die Verbraucher durch geeignete Maßnahmen zu einer effizienteren Nutzung der Energie motivieren“. Auf die Steigerung der Verbrauchseffizienz und -einsparung von Energie zielt auch die neue Energieeffizienzrichtlinie (insb. Art. 3 und 6) ab. Eine schwellenwertabhängige Befreiung von ganzen Preisbestandteilen wird dem nicht gerecht. Dieses Ziel wird de

²⁰ *BNetzA*, Beschl. v. 14.12.2011 – BK8-11-024.

²¹ ABIEG Nr. L 211/55 v. 14.8.2009.

²² *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 3. Aufl. (im Erscheinen), S. 116.

²³ Aktuell wird eine Befreiung von Netzentgelten für Speicheranlagen diskutiert, die Strom in Zeiten eines Überangebots aufnehmen (vgl. BR-Drs. 520/12(B) v. 12.10.2012, S. 4).

²⁴ *BGH*, ZNER 2010, 172 (173).

²⁵ BT-Drs. 17/6365 v. 29.6.2011, S. 34.

²⁶ So *BNetzA*, ZNER 2010, 102 (104).

lege lata vielmehr immer dann konterkariert, wenn das Abnahmeverhalten eines Netznutzers die gesetzten Schwellen nur knapp unterschreitet, da so Anreize zu Mehrverbräuchen gesetzt werden. Der Netznutzer wird in dieser Situation unter dem Kalkül der Gewinnmaximierung eine Opportunitätsentscheidung treffen, die davon abhängt, ob er größere Kosteneinsparungen mit einem höheren Stromverbrauch realisieren kann, der ihn in die Lage versetzt, seine Netzentgelte einzusparen. Insoweit handelt es sich gewissermaßen um „sprungfixe Kosteneinsparungen“.

III. Verfassungsrechtliche Hürden einer umlagefinanzierten Netzentgeltbefreiung

Auch finanzverfassungsrechtlich überschreitet der in § 19 II 2 ff. StromNEV geregelte Umlagemechanismus die Zulässigkeitsgrenze. Da es sich bei der Erlösausfallkompensierenden Umlage weder um eine Steuer (fehlender Finanzierungsbezug zum Staatshaushalt), noch um eine Gebühr (keine hoheitlich erbrachte Gegenleistung) oder einen Beitrag (kein „Vorhalteentgelt“ für eine abstrakt angebotene hoheitliche Gegenleistung) handelt, gleichwohl aber eine hoheitlich induzierte Belastung eintritt, kommt das Vorliegen einer sog. parafiskalischen Sonderabgabe in Betracht. Das Belastungsmoment genügt, um die finanzverfassungsrechtlichen Kontrollkategorien zu aktivieren. Da die Steuer das einzige Finanzierungsinstrument des Staates ist, dürfen derartige Sonderabgaben nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein, um die Belastung durch Abgaben nicht ausufern zu lassen²⁷.

Entscheidende Schaltstelle ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Sonderabgabe schon deswegen nicht vorliegen kann, weil die Umlage zur Kompensation der Erlösausfälle nicht durch den Staat vereinnahmt wird, der seinerseits die einzelnen Netzbetreiber entschädigt, sondern unmittelbar durch die Netzbetreiber bei ihren Kunden erhoben wird. In dieser Ausgestaltung ist kein staatlicher Haushalt und kein parafiskalisches Sondervermögen²⁸ beteiligt, sie ist haushaltsneutral. Es entspricht aber gerade dem Wesen der Sonderabgabe, dass sie nicht in die Staatskasse (im Sinne des allgemeinen Haushalts) fließt und nicht von den Finanzbehörden verwaltet wird²⁹, die Verwaltung der Einnahmen aber einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen obliegt. Werden die Erlösausfälle der Netzbetreiber unmittelbar durch die Netznutzer im privatrechtlichen Abwicklungsverhältnis kompensiert, fehlt es an diesem Kriterium. Dieser Umstand schließt die Kontrolle durch das Finanzverfassungsrecht aber nicht aus. Der numerus clausus des Abgabenrechts sichert nicht nur die parlamentarischen Haushaltsrechte, sondern schützt ebenso den Einzelnen vor übermäßiger wirtschaftlicher Inanspruchnahme³⁰. Aus diesem Grund verbietet es die Finanzverfassung, „Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden“³¹.

Vor dem Hintergrund dieser Zielrichtung ist nicht die formale Ausgestaltung der Mittelverwaltung, sondern die Mittelverwendung von entscheidender Bedeutung. Liegt formal keine Sonderabgabe vor, muss sich ein solcher Mechanismus jedenfalls dann an den Voraussetzungen für derartige Abgaben messen lassen³², wenn mittels dieses Instruments entsprechende Finanzierungszwecke verfolgt werden. Der Umstand, dass durch die Verordnung eine unmittelbare Zahlung zwischen Privatrechtssubjekten initiiert wird, ohne öffentliche Haushalte einzubeziehen, lässt den finanzverfassungsrechtlichen Vorwurf folglich nicht entfallen³³, zumal die Kompensation der Erlösausfälle hoheitlich dirigiert wird. Anderenfalls würde die Verfassung nicht die Ausgestaltung begrenzen, sondern selbst durch diese in ihrer Reichweite geprägt.

Das BVerfG hat in einer Reihe von Entscheidungen enge Ausnahmevoraussetzungen aufgestellt; unter denen nichtsteuerliche Abgaben als zulässig erachtet werden³⁴.

1. Begrenzter Personenkreis

Außersteuerliche Abgaben sind nur dann zulässig, wenn sie von einem bestimmten, abgrenzbaren und homogenen Personenkreis erhoben werden³⁵. Die Belastung mit der Umlage trifft aber keine durch besondere Merkmale geprägte Gruppe, sondern die Allgemeinheit der Stromverbraucher. Dies wird daran umso deutlicher, als gem. §§ 19 II 7 StromNEV, 9 VII 2 und 3 KWKG selbst die privilegierten Netznutzer – wenn auch erneut privilegiert – beteiligt sind³⁶. Dem steht auch nicht entgegen, dass die normativ fixierte „Anspruchskette“ nach dem Horizontalausgleich der Übertragungsnetzbetreiber gem. § 9 IV KWKG bei den nachgelagerten Netzbetreibern endet, die grundsätzlich eine homogene Gruppe bilden könnten. Diese sind zwar nach der normativen Konzeption die Umlageschuldner, de facto aber nicht die Umlageträger³⁷. Tatsächlich muss es schon wegen der regulierten Netzentgelte zu einer Weiterwälzung an die Netznutzer kommen, da den Netzbetreibern kein oder nur ein geringer Spielraum verbleibt, die Belastung selbst zu tragen. Überdies sieht die „Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage“ im Tenor zu Ziff. 3 ausdrücklich vor, dass die Netzbetreiber die Umlage bei allen Letztverbrauchern bzw. Lieferanten erheben. Unschädlich ist der Umstand, dass im Fall von All-inclusive-Verträgen der Lieferant auf eine Kostenweitergabe an die Letztverbraucher verzichten kann. Eine solche Begrenzung des Personenkreises durch den teilweisen Verzicht durch Lieferanten würde nicht auf Rechtsgründen, sondern auf dem Zufall beruhen.

2. Besondere Sachnähe

Daneben weisen die mit der Abgabe Belasteten keine besondere Sachnähe zum Finanzierungszweck auf³⁸. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Abgabe der „Finanzierung besonderer Aufgaben [dient], zu denen eine Gruppe eine deutlich größere; durch eine objektive Interessenlage geprägte Sachnähe aufweist als die Allgemeinheit und deren Bewältigung in eine herausragende Verantwortung dieser Gruppe fällt.“³⁹

Die Kompensation der Netzbetreiber – die spiegelbildlich durch eine subventionsartige Privilegierung bestimmter Nutzer erforderlich wird – ist aber gerade eine Aufgabe der Allgemeinheit. Mit anderen Worten wäre ein solcher Mechanismus als Gemeinlast mit Steuergeldern zu finanzieren⁴⁰. Das BVerfG hat dazu ausdrücklich festgestellt:

„Das Grundgesetz versagt es dem Gesetzgeber, Sonderabgaben zur Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens zu erheben und das Aufkommen aus derartigen Abgaben zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zu verwenden.“⁴¹

²⁷ BVerfG, NJW 1981, 329 (330) – Ausbildungsplatzförderungsgesetz.

²⁸ Dies würde nach dem BVerfG, NJW 1995, 381 – Kohlepfeffennig genügen.

²⁹ BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (330, 332).

³⁰ BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (331).

³¹ BVerfG, (o. Fn. 28), 381.

³² Arndt, RdE 1995, 41 (43).

³³ So wohl auch Forkel, BB 2011, 1209 (1211) im Kontext eines gesetzlichen Mindestlohns; a. A. Reshöft, in: ders., EEG, 3. Aufl. 2009, S. 50.

³⁴ BVerfG, NJW 1974, 1317 (1318); NJW 1965, 435 (436).

³⁵ BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (332).

³⁶ So auch BNetzA, (o. Fn. 20), 20.

³⁷ Dazu in anderem Kontext Manssen, DÖV 2012, 499 (502).

³⁸ Das ist nach dem BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (332) erforderlich.

³⁹ BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (330).

⁴⁰ BVerfG, (o. Fn. 28), 381 (382); BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (332).

⁴¹ BVerfG, (o. Fn. 27), 329 (330).

Vielmehr sei es „dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich versagt, eine öffentliche Aufgabe nach seiner Wahl im Wege der Besteuerung oder durch Erhebung einer „parafiskalischen“ Sonderabgabe zu finanzieren.“⁴² Wenn mit der Finanzierung der Umlage mangels einer besonderen Gruppenverantwortlichkeit die Allgemeinheit belastet ist, stehen einer besonderen Sachnähe im Sinne der Rechtsprechung des *BVerfG* schon die Gesetze der Logik entgegen, da die Allgemeinheit keine größere Sachnähe zum Finanzierungszweck aufweisen kann, als sie selbst. Die Umlageträger trifft keine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit im Hinblick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der energieintensiven Industrie⁴³, so dass der de lege lata beschrittene Weg finanzverfassungsrechtlich versperrt ist.

3. Gruppennützige Verwendung

Die Einnahmen aus der Abgabe kommen der belasteten „Gruppe“ auch nicht in einem höheren Maße zugute, als der Allgemeinheit oder irgendeiner anderen Gruppe (gruppennützige Verwendung)⁴⁴. Dies ist bereits nicht möglich, weil keine begrenzte Gruppe besteht. Erforderlich wäre eine Verwendung im überwiegenden und objektiv zu formulierenden Gruppeninteresse, wobei bloße Rechtsreflexe nicht genügen. Insofern scheiden die Stärkung des Wirtschaftsstandorts und die Beschäftigungssicherung als Gruppennutzen aus.

IV. Vereinbarkeit einer Netzentgeltbefreiung mit den Vorgaben des EnWG

Höchst zweifelhaft ist daneben auch, ob die Regelung des § 19 II 2 StromNEV gemessen am einfachen Recht wirksam ist.

Gem. Art. 80 I 1 GG bedarf es zu einer Regelung im Verordnungswege einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung, in der Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung geregelt werden. Ob Gesetz und Verordnung dem entsprechen, ist gerichtlich voll überprüfbar und nicht dem *BVerfG* gem. Art. 100 I GG vorbehalten. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Regelung nicht durch die *Bundesregierung* als Verordnungsgeber, sondern durch den parlamentarischen Gesetzgeber eingefügt wurde. Die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage i.S.d. Art. 80 I 2 GG binden in diesem Fall auch den parlamentarischen Gesetzgeber⁴⁵.

§ 19 II 2 StromNEV beruht auf der Verordnungsermächtigung des § 24 S.1 Nr. 3 EnWG. Danach kann die *Bundesregierung* durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des *Bundesrates* regeln, in welchen Sonderfällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.

Eine vollständige Netzentgeltbefreiung bestimmter Nutzergruppen sieht diese Vorschrift nicht vor. Allerdings gebietet es Art. 80 I 2 GG nicht, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnung in dem Gesetz ausdrücklich geregelt werden, es gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze⁴⁶.

1. Wortlaut

Der Wortlaut der Verordnungsermächtigung beinhaltet den Begriff „individuelle Entgelte“. Individuell ist ein Entgelt, das in Abweichung von den allgemeinen und veröffentlichten Entgelten im Einzelfall für einen bestimmten Sachverhalt gilt. Der Begriff des Entgelts „bezeichnet eine als Gegenleistung für geleistete Arbeit gewährte Bezahlung.“⁴⁷ Die Verordnungsermächtigung des § 24 S.1 Nr.3 EnWG ermächtigt daher den Verordnungsgeber zur Berücksichtigung von Sondersachverhalten, in denen eine auf den Einzelfall bezogene Gegenleistung für den Netzzugang vorzusehen ist. Nach der Vorschrift des § 19 II 2 StromNEV beträgt das Netznut-

zungsentgelt Null. Bei wirtschaftlicher Betrachtung entspricht ein Entgelt von Null aber – wenn auch mathematisch unzutreffend – keinem Entgelt (im Sinne einer Unentgeltlichkeit). Zutreffend wurde auch schon von einem „vollständigen Wegfall des Netzentgelts“⁴⁸ gesprochen. Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die Auffassung des *OLG Jena*, das die Unentgeltlichkeit mit dem Argument ablehnt, der Netzbetreiber erhalte „durch die in § 19 Abs.2 Satz 6 geregelten Ausgleichsmaßnahmen Ansprüche“⁴⁹. Dabei wird nämlich übersehen, dass diese Ansprüche nicht als eine Gegenleistung des Netznutzers, sondern kompensatorisch qua Regulierung gewährt werden⁵⁰.

2. Systematik

Systematisch ist die Vorschrift des § 21 I EnWG zu berücksichtigen, die alle Entgelte unter das Erfordernis der Angemessenheit und der Diskriminierungsfreiheit stellt. Grundsätzlich kann ein Entgelt von Null im Einzelfall angemessen sein; dieses Kriterium ist in der Ausgestaltung des § 19 II 2 EnWG aber nicht gesichert, so dass diese mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist. Zwar wird § 24 S.1 Nr.3 EnWG wegen der normhierarchischen Gleichrangigkeit nicht von § 21 I EnWG überlagert, so dass beide Normen grundsätzlich unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen können; gleichwohl ist § 21 I EnWG als entgeltregulatorische Zentralnorm des EnWG bei der Auslegung heranzuziehen. Bereits der Wortlaut des § 24 S.1 Nr.3 EnWG macht deutlich, dass es sich um eine auf Sonderfälle bezogene Ausnahmvorschrift handelt. Als solche muss sie sich in das Regelungskonzept der allgemeineren Vorschrift einfügen.

Daneben verdeutlicht § 21a I EnWG den bipolaren Ansatz einer kosten- oder anreizbasierten Entgeltregulierung mit dem Telos der Netzeffizienz. Mit § 19 II 2 StromNEV wird die Verordnungsermächtigung aber missbraucht, um anstelle dieses Ziels externe wirtschaftspolitische Förderzwecke zu erreichen.

V. Konsistenzschwächen der StromNEV durch Netzentgeltbefreiung

Die Befreiung bestimmter Netznutzer von der Pflicht zur Entrichtung von Netzentgelten widerspricht daneben auch dem Kostenrechnungsmodell, das der StromNEV zugrunde liegt. Sie fügt sich nicht in den Dreiklang aus Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung ein und stellt daher einen entgeltregulatorischen Fremdkörper dar.

§ 16 I StromNEV bestimmt, dass die „Zuteilung der Kosten einer Netz- oder Umspannebene auf die aus dieser Netz- oder Umspannebene entnehmenden Netznutzer [...] möglichst verursachungsgerecht zu erfolgen [hat]“.

Eine verursachungsgerechte Verteilung der Netzkosten über die Entgelte erfordert aber, dass die Kosten durch denjenigen zu tragen sind, der zu ihrer Entstehung beigetragen hat. Die Grenzwerte des § 19 II 2 StromNEV bilden dieses Erfordernis indes nicht ab. Eine Reduzierung der Netzentgelte wäre nur dann als verursachungsgerecht anzusehen, wenn die Reduzierung mit einer gesamtwirtschaftlich abflachenden Grenzkostenkurve verbunden wäre⁵¹.

⁴² *BVerfG*, (o. Fn. 27), 329 (330).

⁴³ Zum Parallelproblem bei der Erhebung des Kohlepfennigs *BVerfG*, (o. Fn. 28), 381 (382).

⁴⁴ Zu dieser Voraussetzung *BVerfG*, (o. Fn. 27), 329 (332).

⁴⁵ *BGH*, Beschl. v. 31.1.2012 – EnVR 10/10, nach juris, Rn. 11.

⁴⁶ *BVerfG*, NJW 1959, 475.

⁴⁷ <http://www.duden.de/node/709582/revisions/709587/view> (Abruf 18.10.2012).

⁴⁸ *Poppe*, ZNER 2012, 47.

⁴⁹ *OLG Jena*, Beschl. v. 23.4.2012 – 2 Kart 1/12, nach juris, Rn. 14.

⁵⁰ So wohl auch *Missling*, IR 2012, 206.

⁵¹ So auch *Bloch*, (o. Fn. 6), 241 (244).

VI. Mangelnde Ausgestaltungskompetenz der BNetzA

Auch die Ausgestaltung der Umlage durch die BNetzA ist defizitär. Es fehlt schon an einer Ermächtigungsgrundlage. Gem. § 30 II Nr. 6 StromNEV kann die Regulierungsbehörde Festlegungen gem. § 29 I EnWG zur Gewährleistung „sachgerechter Entgelte in Abweichung von § 17 Abs. 8“ treffen. Die Festlegung zu § 19 StromNEV kann aber nicht – wie von der BNetzA angenommen⁵² – auf die Ermächtigungsgrundlage des § 30 II Nr. 6 StromNEV gestützt werden. Bei der Umlage handelt es sich nämlich nicht um ein „Entgelt“.

Der Begriff des Entgelts bezieht sich nur auf synallagmatische Leistungen⁵³. Der Netznutzer, der über den Umlagemechanismus des § 19 II 6 und 7 StromNEV in Anspruch genommen wird, erhält aber keine Gegenleistung. Die Gegenleistung für die Netznutzung stellt bereits das Netznutzungsentgelt dar. Vor dem Hintergrund der Entgeltregulierungssystematik des EnWG und der entsprechenden Verordnungen ist die Umlage auch kein Bestandteil des Netzentgelts, denn sie wird zusätzlich zu dem nach den Maßstäben des § 21 II EnWG in Verbindung mit der StromNEV und ARegV kalkulierten Netzentgelt erhoben⁵⁴.

Daraus folgt, dass der Umlagezahlung des Letztverbrauchers keine Gegenleistung zugeordnet werden kann. Daher überschreitet diese Art von Preisbestandteil die Wortlautgrenze der Ermächtigungsgrundlage in § 30 II Nr. 6 StromNEV.

VIII. Zusammenfassung

Mit § 19 II 2 StromNEV hat der homo politicus einmal mehr eine zweifelhafte lobbygetriebene regulatorische Achterbahnfahrt unternommen, bei der er verschiedentlich und gleich auf mehreren Ebenen vom Pfad des Rechts abgekommen ist.

Die Befreiung großer Stromverbraucher von Netzentgelten ist eine staatliche Beihilfe nach Art. 107 I AEUV. Mangels einer Genehmigung der Europäischen Kommission folgen daraus aufgrund des verletzten Durchführungsverbotes nach Art. 108 III 3 AEUV die schmerzhaften Sanktionsfolgen der Unanwendbarkeit von § 19 II 2 StromNEV, der staatlichen Vorteilsrückforderung sowie des „Private Enforcement“. Auch (sektorspezifisch-)regulatorisch wird die Vorschrift den EU-Richtlinienvorgaben hinsichtlich der Netzentgeltregulierung entgegen des Umsetzungsgebots aus Art. 288 III AEUV nicht gerecht.

Finanzverfassungsrechtlich scheitert eine umlagefinanzierte Netzentgeltbefreiung an den engen Voraussetzungen der Sonderabgabenrechtsprechung des BVerfG, da die Umlage Träger keine finanzierungsverantwortliche Sondergruppe darstellen. Nach Maßgabe des Art. 80 I 2 GG entspricht eine Netzentgeltbefreiung nicht den Anforderungen der Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG und stellt einen entgeltregulatorischen Fremdkörper dar, der dem Kostenrechnungsmodell der StromNEV nicht entspricht. Für die Festlegung einer Umlage – insbesondere soweit sie Geldleistungspflichten der Letztverbraucher zum Gegenstand hat – fehlt es der BNetzA an einer Ermächtigungsgrundlage.

Es bleibt die Erkenntnis, dass wer fragwürdige ordnungs- und industriepolitische Instrumente anstelle konsistenter regulatorischer Konzepte implementieren will, den steinigsten Weg über das EU-Beihilfenrecht und den (steuerfinanzierten) Staatshaushalt nicht scheuen darf.

⁵² BNetzA, (o. Fn. 20), S. 18.

⁵³ Palandt/Heinrichs, § 286 Rn. 27 mit Verweis auf Art. 1, 2 Nr. 1 der Richtlinie 2000/35/EG, ABIEG Nr. L 200/35 v. 8.8.2000.

⁵⁴ So auch BNetzA, (o. Fn. 20), 21.