

## Zweifel an der Europarechtskonformität der geplanten EU-Verordnung zur Abschöpfung von Mehrerlösen im Strommarkt

Die Europäische Kommission hat einen Vorschlag für eine Verordnung des Rates über eine Sofortmaßnahme zur Bekämpfung hoher Energiepreise (*Proposal for a Council Regulation on an emergency intervention to address high energy prices*)<sup>1</sup> erarbeitet (im Folgenden „VO-E“). Die geplante Verordnung soll dazu dienen, durch koordiniertes Handeln in den einzelnen Mitgliedstaaten die von hohen Strompreisen betroffenen Endverbraucher zu entlasten. Ziel dieser Maßnahme ist eine Abmilderung der Inflation, eine verbesserte Liquidität der Marktteilnehmer und eine Stärkung der Wirtschaft (Erwägungsgrund 7a).

Neben Maßnahmen zur Reduzierung des Energiebedarfs und einem Solidaritätsbeitrag des fossilen Sektors sieht Art. 6 VO-E eine nachträgliche Begrenzung der Markterlöse bestimmter Stromerzeuger auf 180 EUR/MWh vor. Die Erlösobergrenze soll auch auf Vermittler anwendbar sein, die Strom auf Geheiß des Erzeugers veräußern sowie auf mit dem Erzeuger verbundene Unternehmen, Art. 6 Abs. 2 VO-E. Nach Erwägungsgrund 28 soll die Preisobergrenze nur auf tatsächlich realisierte Erlöse angewandt werden. „Forward hedges“ sollen von der Erlösobergrenze unberührt bleiben sollen, soweit die Erlöse unterhalb von 180 EUR/MWh liegen (Erwägungsgrund 28). Den Umgang mit finanziell erfüllten Termingeschäften (*Futures*)<sup>2</sup> adressiert die Verordnung dagegen nicht. Die Erlösabschöpfung soll vom 1. Dezember 2022 bis zum 31. März 2023 gelten.

Die auf diese Weise abgeschöpften Einnahmen sollen zur Finanzierung von Unterstützungsmaßnahmen für Strom-Endverbraucher verwendet werden. Beispielhaft werden in dem Verordnungsvorschlag direkte Zuschüsse, aber auch langfristige Maßnahmen wie die Förderung von Investitionen der Stromendverbraucher in Technologien zur Dekarbonisierung, Erneuerbare Energien und von Investitionen zur Energieeffizienz aufgeführt, Art. 9 Abs. 3 VO-E.

Art. 7a Abs. 1 VO-E enthält verschiedene Abweichungsbefugnisse der Mitgliedstaaten. Nach Art. 7a Abs. 1 lit. a) VO-E sind die Mitgliedstaaten befugt, nationale Maßnahmen beizubehalten, die zu einer weitergehenden Begrenzung von Stromerzeugungserlösen führen. Dies umfasst nach Art. 7a Abs. 1 lit. c) VO-E auch eine Ausweitung der Erlösabschöpfung auf nicht von der Verordnung erfasste Erzeugungstechnologien. Umgekehrt darf die Preisobergrenze nach Art. 7a Abs. 1 lit. b) VO-E aber auch angehoben werden, soweit die Grenzkosten einzelner Erzeugungstechnologien auf Ebene der Mitgliedstaaten nachweislich oberhalb von 180 EUR/MWh liegen. Außerdem sind die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 2 VO-

---

<sup>1</sup> Diesem Papier liegt die Entwurfsfassung mit Stand 23. September 2022 zu Grunde.

<sup>2</sup> Unter einem finanziell erfüllten *Future* ist ein Stromein- oder -verkaufsgeschäft zu einem festen Preis zu verstehen, das zum Erfüllungsdatum nicht durch eine physische Stromlieferung, sondern durch einen finanziellen Ausgleich anhand der dann vorherrschenden Spotmarktpreise erfüllt wird. In Deutschland wird die Stromproduktion aus Kraftwerk(sflotten) häufig über solche finanziell erfüllten *Futures* abgesichert. Die eigentliche physische Stromlieferung aus dem Kraftwerk erfolgt über den Spotmarkt durch ein separates Verkaufsgeschäft.

E befugt, nationale Maßnahmen beizubehalten, die die Stromerzeugungserlöse begrenzen, aber nicht als Reaktion auf die Energiepreiskrise eingeführt wurden, etwa Einspeisevergütungen oder Differenzverträge.

Es bestehen Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser geplanten EU-Verordnung mit europäischem Primärrecht. Fraglich ist zunächst, ob die Verordnung, die maßgeblich der Finanzierung von Entlastungsmaßnahmen für Verbraucher dient, überhaupt auf Art. 122 Abs. 1 AEUV, eine Ausnahmvorschrift der Krisenabwehr, gestützt werden kann (1.). Weiter ist zweifelhaft, ob die Verordnung in der vorliegenden Form mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag vereinbar ist (2.). Die in dem Vorschlag vorgesehene Abschöpfung von Mehrerlösen dürfte zudem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, da sie ungeeignet ist, den von der geplanten Verordnung verfolgten kurzfristigen Zweck zu erreichen und es hierfür geeignetere Instrumente gäbe (3.). Weiter könnte die Maßnahme einen Verstoß gegen europäische Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit aus Art. 54, 59 AEUV begründen (4.). Die vorgesehene Abschöpfung von Mehrerlösen stellt zudem aus mehreren Gründen eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der verschiedenen Stromerzeuger dar (5.). Schließlich dürfte ein unzulässiger Eingriff in die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht aus Art. 16 und Art. 17 der EU-Grundrechtecharta vorliegen (6.).

## 1. Art. 122 Abs. 1 AEUV als Ermächtigungsgrundlage zweifelhaft

Art. 122 Abs. 1 AEUV ist ein subsidiäres Instrument der Krisenvorsorge und -abwehr,<sup>3</sup> das insbesondere der Bewältigung von wirtschaftspolitischen Krisen dient. Explizit genannt werden „gravierende Schwierigkeiten bei der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich“. Es handelt sich um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung, die gemäß Art. 16 Abs. 3 EU-Vertrag mit Zweidrittel-Mehrheit des Rates beschlossen werden kann.<sup>4</sup> Die einzige bislang auf Basis von Art. 122 Abs. 1 AEUV ergangene Maßnahme ist die Richtlinie vom 24. Juli 2006 zur Erdölbevorratung.<sup>5</sup>

Unmittelbar adressiert die geplante Verordnung die Gasversorgungskrise – anders als etwa die genannte Richtlinie zu Erdölbevorratung – aber nur in Bezug auf die Einsparmaßnahmen in Höhe von 5 % der Spitzenlaststunden (Art. 3 ff. VO-E). Abgesehen von diesen Einsparmaßnahmen wird weder der Verbrauch reduziert noch das Angebot erhöht. Vielmehr soll die Verordnung für einen Zeitraum von vier Monaten eine Umverteilung von den Stromerzeugern zu den Verbrauchern bewirken (vgl. Erwägungsgrund 40 und Art. 6 ff. VO-E). Die Verordnung dient damit vorrangig der

---

<sup>3</sup> *Kempen* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 122 AEUV, Rz. 3.

<sup>4</sup> *Häde* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 122 AEUV, Rz. 2.

<sup>5</sup> Richtlinie 2006/67/EG des Rates vom 24. 7. 2006 zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Mindestvorräte an Erdöl und/oder Erdölzeugnissen zu halten, ABl. 2006 Nr. L 217/8.

Hebung von finanziellen Ressourcen für sozialpolitische Zwecke. Wörtlich heißt es in Erwägungsgrund 40:

„Without the proposed measures, there is a risk that only wealthier Member States will have the resources to protect their consumers, leading to severe distortions in the internal market.“

Es ist ungeklärt, ob Maßnahmen mit reiner Finanzierungsfunktion von Art. 122 Abs. 1 AEUV erfasst sind. Dagegen spricht, dass die Regelungen über die Steuerpolitik *lex specialis* in Art. 110 bis 113 AEUV und 114 bis 118 AEUV enthalten sind, wobei insbesondere das Einstimmigkeitserfordernis gemäß Art. 114 Abs. 2, 115 AEUV zu beachten ist. Soweit der Aspekt des Verbraucherschutzes im Vordergrund steht, ist dieser wiederum in Art. 114 und 169 AEUV geregelt. Maßnahmen im Bereich des Verbraucherschutzes sehen zwar keine Einstimmigkeit vor, aber dennoch eine Parlamentsbeteiligung.<sup>6</sup> Angesichts dieser Kompetenzverteilung ist der Anwendungsbereich von Art. 122 AEUV auf die Beseitigung akuter physischer Versorgungsprobleme zu beschränken, beispielsweise durch die vorgeschriebene Stromverbrauchsreduzierung in Spitzenlaststunden. Eine Umverteilung von Geldern mit allgemeinen Zielsetzungen wie der Bekämpfung der Inflation, Förderung der Wirtschaft sowie der Liquidität der Marktteilnehmer (vgl. Erwägungsgrund 7a) kann jedoch nicht als Maßnahme zur Krisenabwehr bezeichnet werden. Wir halten es daher für gut vertretbar, dass die in der Verordnung enthaltene Maßnahme zur Finanzierung von Letztverbraucherentlastungen keine Maßnahme der Krisenabwehr im engeren Sinne ist, sondern auf Grundlage der genannten Spezialregelungen hätte ergehen müssen.

## 2. Grundsatz der Subsidiarität, Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag

Fraglich ist weiter, ob die Maßnahme mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag vereinbar ist. Danach darf die Union nur dann tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Zu beachten ist, dass zur Erreichung der Unionsziele nicht notwendig einheitliche nationale Maßnahmen erforderlich sind.<sup>7</sup> Eine Einheitlichkeit soll nur dann mit einer Unionsrechtsnorm angestrebt werden, „wenn Gleichberechtigung oder Wettbewerb eindeutig gefährdet werden könnten.“<sup>8</sup>

Die Einhaltung dieses Grundsatzes ist fraglich. In den Erwägungsgründen wird zwar ausgeführt, dass ohne die Maßnahme ein Risiko bestehe, dass nur die reicheren

---

<sup>6</sup> Für die Zuordnung von parafiskalischen Abgaben zu der jeweiligen Sachkompetenz anstelle der Steuerpolitik: *Seiler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Art. 113 AEUV Rn. 20 ff.; *Roggenkamp*, Existenz, Legitimation und Notwendigkeit unionaler Sonderabgaben, 2018, S. 118

<sup>7</sup> *Streinz* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 5 EUV, Rz. 29.

<sup>8</sup> *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV.

Mitgliedstaaten Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher ergreifen würden. Diese möglicherweise unterbleibende Entlastung führe zu Störungen des Binnenmarktes („*severe distortions in the internal market*“, Erwägungsgrund 40). Worin die Störung des Binnenmarktes liegt, wenn Verbraucher (vor allem Haushaltskunden) in unterschiedlichem Maße von (sozialpolitischen) Unterstützungsmaßnahmen profitieren, erschließt sich nicht. Eine Marktverzerrung wäre zwar dann zu befürchten, wenn die Mitgliedstaaten jeweils eigene Preisobergrenzen für Strom auf ihren Großhandelsmärkten einführen würden. Eine solche echte Preisobergrenze enthält die Verordnung aber eben gerade nicht. Sie greift nicht in das Geschehen an den Großhandelsmärkten ein, sondern setzt (erst) an den Erlösen der Unternehmen an, die teilweise den Stromkunden zu Gute kommen sollen.

Die Anordnung solcher sozialpolitischer Unterstützungsmaßnahmen hat aber nichts mit der Förderung gleicher Wettbewerbsbedingungen zu tun. Unterstützungsmaßnahmen für Haushaltskunden können vielmehr auf Ebene der Mitgliedstaaten genauso effektiv wie auf Unionsebene realisiert werden. Mit anderen Worten ist die Entlastung eines bestimmten Bürgers in einem bestimmten Mitgliedstaat nicht deshalb effektiver, weil ein anderer Bürger in einem anderen Mitgliedstaat ebenfalls entlastet wird. Auch die Tatsache, dass in vielen Mitgliedstaaten bereits wirksame Maßnahmen zur Entlastung der Verbraucher implementiert wurden, verdeutlicht die fehlende Notwendigkeit einer einheitlichen unionsweiten Regelung aufgrund eines EU-Rechtsakts. So haben beispielsweise unter anderen die Staaten Frankreich, Spanien und Portugal unterschiedlich ausgestaltete Preisdeckel eingeführt, wodurch die Stromrechnungen vieler Verbraucher um bis zu 50% gesunken sind.<sup>9</sup> Einige dieser Systeme dürften angesichts der Bestandsschutzregelungen auch weiter aufrechterhalten werden. So erlaubt die Verordnung angesichts der großen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten gemäß Art. 7a Abs. 1 lit. a) VO-E eine noch weitergehende Erlösabschöpfung, während sie in Art. 7a Abs. 1 lit. b) VO-E wiederum einen Höchstpreis oberhalb von 180 EUR/MWh zulässt, soweit die Grenzkosten einzelner Erzeugungstechnologien nachweislich darüber liegen. Weitere Sonderregeln können für Steinkohlekraftwerke, Anlagen unterhalb von 20 kW und hybride Anlagen eingeführt werden. Angesichts der Vielgestaltigkeit der von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden Maßnahmen widerlegt die Verordnung daher selbst die Notwendigkeit gleicher EU-Regeln.

Selbst wenn man die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung annehmen würde, beispielsweise weil der soziale Zusammenhalt auf Unionsebene gestärkt werden soll, wird durch die Verordnung eine gleichmäßige Entlastung der Bürger in keiner Weise sichergestellt. So ist es schon nicht verpflichtend, dass überhaupt eine kurzfristige Entlastung stattfindet, weil die über die Erlösabschöpfung generierten Einnahmen auch für Energieeffizienzmaßnahmen und Dekarbonisierungsinvestitionen verwendet werden

---

<sup>9</sup> Vgl. <https://www.bruegel.org/dataset/national-policies-shield-consumers-rising-energy-prices> (zuletzt aufgerufen am 22.09.2022).

können (Art. 9 Abs. 3 lit. e) VO-E). Weiter betont die Verordnung, dass völlig unabsehbar sei, inwieweit insbesondere Mitgliedstaaten mit sehr hohem Nettoimport von Elektrizität überhaupt nennenswerte Einnahmen generieren können (Erwägungsgrund 38). Solche Mitgliedstaaten sollen dann über den in Art. 10 der Verordnung vorgesehenen Solidaritätsmechanismus unterstützt werden, der jedoch nicht bindend ist. Freiwillige Solidaritätsabkommen werden nach den Erfahrungen der letzten Monate nicht abgeschlossen.<sup>10</sup> Die Höhe der Einnahmen und damit der Verbraucherentlastung hängt nicht zuletzt von dem Stromerzeugungsmix und der Kostenstruktur der Kraftwerke ab, zu dem die Erwägungsgründe feststellen, dass diese sich erheblich unterscheiden würden („*given that the generation mix and the cost-structure of power-generating facilities differ greatly among Member States*“, Erwägungsgrund 32). Eine gleichmäßige Entlastung der Verbraucher ist folglich nicht zu erwarten.

Damit ist nicht erkennbar, dass sich die angestrebte Finanzierung von Entlastungsmaßnahmen für Endverbraucher auf Unionsebene besser oder effektiver als auf Ebene der Mitgliedstaaten umsetzen ließe. Vielmehr werden reiche Mitgliedstaaten solche Maßnahmen ohnehin ergreifen, während arme Mitgliedstaaten bzw. Mitgliedstaaten mit hohen Nettoimportmengen von der Maßnahme aufgrund der Freiwilligkeit der Solidaritätsmechanismen keine finanzielle Unterstützung erwarten können. Damit ist nicht erkennbar, dass die von der Verordnung intendierte Entlastung von Endverbrauchern auf Unionsebene besser als auf Ebene der Mitgliedstaaten realisiert werden kann. Die Verordnung dürfte damit nicht mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach Art. 5 Abs. 3 EU-Vertrag vereinbar sein.

### **3. Abschöpfung von Mehrerlösen ist ungeeignet zur Entlastung von Endverbrauchern**

Jede EU-Verordnung muss gemäß Art. 5 Abs. 4 EU-Vertrag dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Allgemein gesprochen darf ein Rechtsakt der EU nicht über das zur Erreichung der Ziele erforderliche Maß hinausgehen. Konkret wird dabei insbesondere geprüft, ob die in Frage stehende Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den angegebenen Zweck zu erreichen.

Eine wie in dem Vorschlag vorgesehene Abschöpfung von Mehrerlösen ist jedoch aus mehreren Gründen unverhältnismäßig. Zwar ist die kurzfristige Entlastung von Letztverbrauchern ein legitimer Zweck (unter **a**). Allerdings ist der vorgeschlagene Preisdeckel schon nicht geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Die Erlösabschöpfung lässt sich leicht von den betroffenen Stromerzeugungsunternehmen umgehen, so dass die Maßnahme ungeeignet ist und ins Leere laufen würde. Darüber hinaus ist die Maßnahme ungeeignet, da durch einen zu erwartenden Wegfall von Infrastrukturprojekten eine solche Abschöpfung zu (noch) höheren Strompreisen führen

---

<sup>10</sup> Vgl. Süddeutsche Zeitung, 9. September 2022, Mehrere EU-Länder lehnen Gas-Solidaritätsabkommen ab.

würde (unter **b**)). Die Mehrerlösabschöpfung ist zudem auch nicht erforderlich, da alternative Wege über einen Grenzübergangspreis oder ein steuerrechtliches Modell weniger eingriffsintensive, aber gleich wirksame oder sogar wirksamere Instrumente zur Zweckerreichung wären (unter **c**)).

## **a) Legitimer Zweck**

Zweck der vorliegenden Maßnahme ist es, mit den durch die Begrenzung der Markterlöse abgeschöpften Einnahmen Unterstützungsmaßnahmen von Endverbrauchern zu finanzieren. Hierdurch soll mittelbar die Inflation eingedämmt, die Zahlungsfähigkeit der Marktteilnehmer und die Wirtschaft insgesamt gestärkt werden. Dabei verfolgt die Verordnung das Ziel der kurzfristigen Entlastung von Verbrauchern („*if not addressed rapidly*“, Erwägungsgrund 7a). Dies ergibt sich in Bezug auf die Erlösabschöpfung auch aus der Befristung der Maßnahme bis zum 31. März 2023. Die kurzfristige Entlastung von Letztverbrauchern mit dem weiteren Ziel der Inflationsbekämpfung, Stärkung der Liquidität der Marktteilnehmer und der Wirtschaft im Allgemeinen sind für sich genommene legitime Ziele.

## **b) Geeignetheit**

### **aa) Umgehungsmöglichkeit: Geplante Mehrerlösabschöpfung würde ins Leere laufen**

Damit eine Maßnahme verhältnismäßig ist, muss sie geeignet sein, den angegebenen Zweck auch zu erreichen. Der EuGH verengt die Prüfung der Geeignetheit in der Regel auf einen Offenkundigkeitsmaßstab und fragt, ob die Maßnahme zur Zielerreichung offensichtlich ungeeignet ist.<sup>11</sup>

Selbst anhand dieses gegenüber dem deutschen Recht aufgeweichten Prüfungsmaßstabs bestehen gewichtige Bedenken an der Geeignetheit der Maßnahme.

Denn bei der geplanten Mehrerlösabschöpfung ist zu erwarten, dass sich ein Großteil der von der Regelung betroffenen Stromerzeuger einer Abschöpfung ihrer Erlöse entziehen wird. Sollen diese offensichtlichen Umgehungsmöglichkeiten in effektiver Weise eingegrenzt werden, zöge dies einen Umsetzungsaufwand nach sich, der wiederum das Ziel einer *kurzfristigen* Verbraucherentlastung konterkarieren würde.

Im Einzelnen stellt die geplante Verordnung auf den (erstmaligen) physischen Verkauf von Elektrizität durch einen Energieerzeuger ab. Nachgeschaltete Handelsaktivitäten sind von der Mehrerlösabschöpfung

---

<sup>11</sup> Calliess in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rz. 53 mwN.

nicht erfasst. Damit ist es gerade für mit Energiehandelsunternehmen verbundene Energieerzeuger ein leichtes, für den erstmaligen Handelsvorgang ein unterhalb von 180 EUR/MWh liegendes Preisniveau zu vereinbaren und die Mehrerlöse auf die Handelsgesellschaft zu verschieben. In diesem Fall läuft die Verordnung ins Leere. Zwar sollen gemäß Erwägungsgrund 24 auch Umgehungsgeschäfte zwischen verbundenen Unternehmen erfasst sein. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 VO-E stellt deshalb klar, dass konzerninterne Geschäfte ebenfalls unter den Preisdeckel fallen. Allerdings bleibt unklar, wie solche Umgehungsgeschäfte behandelt werden, unter denen zunächst der Erzeuger den Strom zu einem günstigen Preis an eine Konzerngesellschaft verkauft und erst im Anschluss ein Verkauf zu den gestiegenen Großhandelskonditionen stattfindet. Angesichts der gerade in Deutschland weit verbreiteten Portfoliovermarktung ist es nahezu ausgeschlossen, einzelne Verkaufsgeschäfte der den Strom veräußernden Handelsgesellschaft einer einzelnen Erzeugungstechnologie zuzuordnen.<sup>12</sup>

Eine weitere offensichtliche Umgehungsmöglichkeit ist das Verschieben von Mehrerlösen in die Zukunft auf einen Zeitraum nach dem 31. März 2023, zu dem die Mehrerlösabschöpfung endet. Eine derartige Vertragsgestaltung ist mit noch weniger Aufwand verbunden als die Zwischenschaltung einer Handelsgesellschaft. Ein effizientes Kontrollinstrument, das die Verschiebung von Erlösen entweder verhindern oder aufdecken könnte, ist nicht ersichtlich oder mit einem derartigen Aufwand verbunden, dass jedenfalls das Ziel einer kurzfristigen Krisenreaktion verfehlt wird.

Schließlich gibt es zahlreiche Möglichkeiten, Erlöse losgelöst von dem eigentlichen Stromhandel mit Hilfe von Finanzinstrumenten zu generieren. Solche finanziell ausgeglichenen Geschäfte sind gerade in Deutschland üblich.<sup>13</sup> Den Stromerzeugern und den mit ihnen verbundenen Unternehmen stehen hierdurch weitere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, die allenfalls durch eine intensive Durchleuchtung der Handelsaktivitäten eines jeden Energieversorgers aufgedeckt werden könnten. Der damit verbundene Umsetzungsaufwand steht wiederum dem Ordnungsziel einer effizienten und zeitnahen Krisenabwehr entgegen.

Die Erlösabschöpfung ist damit offensichtlich nicht geeignet, in kurzer Zeit signifikante finanzielle Mittel zu generieren. Damit dürfte die Verordnung von vorneherein ihr Ziel verfehlen, über den darin vorgesehenen

---

<sup>12</sup> Zur Schwierigkeit der Anwendung der Erlösobergrenze auf diese Fälle auch *Agora Energiewende*, Schutz in der fossilen Energiekrise – Optionen für Ausgleich und Entlastung, September 2022, S. 9

<sup>13</sup> *Agora Energiewende*, Schutz in der fossilen Energiekrise – Optionen für Ausgleich und Entlastung, September 2022, S. 9

Umverteilungsmechanismus kurzfristig zur Entlastung von Endverbrauchern beizutragen.

## **bb) Mangelnde Rentabilität von Projekten: Weiter steigende Strompreise als Folge**

Die vorgesehene Mehrerlösabschöpfung ist nicht nur nicht geeignet, sondern darüber hinaus sogar abträglich für den Schutz der Endverbraucher. Denn als unmittelbare Folge einer Erlösbergrenze ist zu befürchten, dass jedenfalls weniger ertragreiche Infrastrukturprojekte (z.B. Windparkprojekte an weniger windreichen Standorten oder Dachsolar-Projekte) ihre Rentabilität verlieren und Investitionen nicht mehr getätigt werden. Der dringend benötigte Ausbau der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien würde mithin drohen rückläufig zu werden. Weiter steigende Strompreise wären die Konsequenz. Die Erlösabschöpfung würde damit zu einem Nullsummenspiel. Unterstellt, dass durch die in der Verordnung vorgesehenen Maßnahmen überhaupt nennenswerte Mittel zur Entlastung von Letztverbrauchern generiert werden, würden diese Mittel jedenfalls teilweise zur Abfederung eines Preisanstiegs verwendet, der durch die Erlösabschöpfung überhaupt erst verursacht wurde.

## **c) Erforderlichkeit**

Eine Maßnahme ist immer dann nicht erforderlich und in der Folge unverhältnismäßig, wenn der angegebene Zweck genauso gut mit einem anderen, weniger eingriffsintensiven Mittel erreicht werden kann. Auch hier beschränkt sich der EuGH auf eine Evidenzkontrolle, das heißt auf offensichtlich mildere Mittel.<sup>14</sup>

Weniger eingriffsintensiv wäre beispielsweise eine Deckelung eines Grenzübergangspreises für (russisches) Erdgas, da dieser angesichts der Systematik der Merit Order automatisch zum Absinken der Großhandelspreise führen würde. Es ist aus den Erwägungsgründen nicht ersichtlich, inwieweit die Kommission und ihr nachfolgend der Rat dieses Mittel erwogen haben.

Jedenfalls wäre die Übergewinnsteuer, die die Verordnung für Unternehmen des Erdöl-, Erdgas-, Kohle- und Raffineriesektors vorsieht (Art. 13 der Verordnung), ein mindestens gleich wirksames, aber milderes Mittel. Die geringere Eingriffsintensität folgt daraus, dass lediglich tatsächliche Gewinne, keine Umsätze abgeschöpft werden. Hierdurch würde eine überschießende Abschöpfung über tatsächliche Gewinne hinaus von vorneherein vermieden. Eine Übergewinnsteuer wäre auch insoweit milder, als Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Technologien vermieden werden, die bei Einführung eines

---

<sup>14</sup> *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rz. 53 mwN.

technologieunabhängigen Höchstpreises unweigerlich zwischen den Erzeugungstechnologien auftreten. Nicht zuletzt ist der operative Aufwand der Umsetzung einer Besteuerung weit weniger intensiv. Denn anders als die Mehrerlösabschöpfung erfordert diese keine separate Prüfung eines jeden Verkaufs- und Weiterverkaufsgeschäfts auf Konzernebene.

Eine Übergewinnsteuer wäre nicht lediglich milder bei gleicher Wirksamkeit, sondern sogar wirksamer. Insbesondere könnte auch bei konzerninterner Verschiebung von Gewinnen von vorneherein das richtige Unternehmen als Steuerschuldner identifiziert werden. Zudem wäre die Maßnahme in zeitlicher Hinsicht effektiver. Angesichts der üblichen Vermarktung von Stromerzeugungsanlagen auf Termin können Erlöse erst dann anfallen, wenn sich das Preisniveau an den Spotmärkten wieder normalisiert hat, insbesondere also nach dem Auslaufen der Erlösabschöpfung am 31. März 2022. Solche Erlöse würden außerhalb des Anwendungsbereichs der Erlösabschöpfung fallen, wären aber von einer Übergewinnsteuer erfasst.

Damit stünden mit einer Übergewinnsteuer, wie sie in den Sektoren der Erdöl-, Erdgas-, Kohle- und Raffinerieindustrie bereits in Art. 13 ff. VO-E angelegt ist, mildere, aber offensichtlich effizientere Mittel zur Finanzierung einer Endverbraucherentlastung zur Verfügung.

#### **4. Verletzung der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 und 54 AEUV**

Weiter könnte die Verordnung in EU-Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 und 54 AEUV, eingreifen. So hat der EuGH entschieden, dass steuerliche (oder parafiskalische) Maßnahmen, die an die Umsatzerlöse anknüpfen, eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit begründen können, wenn diese zwar nicht direkt, aber faktisch Tochtergesellschaften mit Muttergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten benachteiligen.<sup>15</sup> Eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit liegt hier deshalb nahe, weil die Verordnung (stillschweigend) an den Sitz des Unternehmens anknüpft, wobei nach Art. 6 Abs. 2 VO-E auch konzerninterne Geschäfte erfasst sein sollen. Gleichzeitig stellt die Verordnung fest, dass sich die Kostenstruktur von Erzeugungsanlagen nicht abhängig von dem Sitz des Erzeugers, sondern von der Belegenheit der Erzeugungsanlage erheblich unterscheidet (Erwägungsgrund 37a). Damit werden Handelsgesellschaften, die die in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Erzeugungskapazitäten, beispielsweise einer Tochtergesellschaft, veräußern, systematisch benachteiligt. Denn durch die Anknüpfung an den Sitz des Unternehmens wird zwangsläufig ein ungeeigneter Preisdeckel angewendet, der nach Art. 7a Abs. 1 VO-E von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein kann. Erzeuger und die mit ihnen verbundenen Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten werden hierdurch schlechter gestellt als Erzeuger mit

---

<sup>15</sup> *EuGH*, Urteil vom 5. Februar 2014 – C-385/12, Rz. 37 ff..

Sitz und Stromerzeugungsanlagen allein im Inland. Nach der genannten EuGH-Rechtsprechung kann eine solche Diskriminierung grundsätzlich weder mit dem „Schutz der Wirtschaft des Landes“ noch mit der „Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichts durch Erhöhung der Steuereinnahmen“ gerechtfertigt werden.<sup>16</sup>

## 5. Nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Stromerzeuger

Eine EU-Verordnung muss nicht nur mit den Grundfreiheiten des AEUV, sondern gemäß Art. 6 Abs. 1 EU-Vertrag auch mit den EU-Grundrechten vereinbar sein. In Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („GRCh“) ist die Gleichheit vor dem Gesetz normiert.

Die geplante EU-Verordnung dürfte in dreierlei Hinsicht gegen diesen Gleichheitssatz verstoßen. So sieht der Vorschlag bei Stromerzeugern aus Erneuerbaren Energien und weiteren Quellen eine Mehrerlösabschöpfung vor, während für den fossilen Sektor stattdessen ein Solidaritätsbeitrag geplant ist (unter **a**). Zudem werden diejenigen Stromerzeuger, die von der Abschöpfung ihrer Mehrerlöse betroffen sind, trotz verschiedener Grenzkosten ohne sachlichen Grund gleich behandelt (unter **b**). Schließlich werden auch die Anbieter von Regelenergie unterschiedslos erfasst, obwohl deren hohe Preise nicht Ausdruck des krisenbedingten Preisanstiegs sind (unter **c**).

### a) Mehrerlösabschöpfung bei den einen, Solidaritätsbeitrag bei den anderen

Der Vorschlag sieht bei Stromerzeugern aus Erneuerbaren Energien, Kernkraft, Braunkohle, Öl und Torf eine Abschöpfung der Mehrerlöse vor, während von Stromerzeugern aus Erdöl, Steinkohle und Gas ein sogenannter Solidaritätsbeitrag verlangt wird. Letzterer knüpft an den steuerlichen Gewinn an, wohingegen die Abschöpfung auf den erzielten Umsatz der Erzeuger bezogen ist. Ein sachlicher Grund für diese strukturelle Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich, so dass eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 20 GRCh nahe liegt.

Erwägungen, weshalb für Unternehmen der Erdöl-, Erdgas-, Kohle- und Raffinerieindustrie, nicht jedoch für Stromerzeuger eine Steuer eingeführt wird, enthalten die Erwägungsgründe nicht. Zwar bestünden laut Erwägungsgrund 39 signifikante Unterschiede in dem regulatorischen Rahmen. Welche regulatorischen Unterschiede jedoch gerade die Angemessenheit der Erlösabschöpfung im Vergleich zu dem Solidaritätsbeitrag begründen, bleibt unklar. Ebenso wenig erschließt sich, wieso die Kommission in Abgrenzung zu den Erzeugern fossiler Energien meint, mit dem Preisdeckel ein Marktergebnis unter „normalen Bedingungen“ imitieren zu können („*aims to mimic the market outcome*“, Erwägungsgrund 39). Die Kommission scheint davon auszugehen, dass in der

---

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 5. Februar 2014 – C-385/12, Rz. 44.

Erdöl-, Erdgas-, Kohle- und Raffinerieindustrie kein liquider Markt bestehe und daher möglicherweise kein Marktpreis imitiert werden könne. Das entspricht angesichts liquider Erdgasmärkte nicht den Tatsachen. Auch der Steinkohlemarkt wird als Weltmarkt angesehen. Damit gibt es den von der Kommission unterstellten Unterschied nicht. Selbst wenn es ihn gäbe, spräche dies nicht für einen einseitigen Preisdeckel nur für die aufgelisteten Stromerzeugungstechnologien.

Ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung der Sektoren ist damit nicht ersichtlich.

## b) Gleiche Erlösobergrenze bei verschiedenen Grenzkosten

Der Vorschlag bestimmt eine einheitliche Erlösgrenze von 180 EUR/MWh für alle in den Anwendungsbereich der Regelung fallenden Stromerzeuger. Ausnahmen sind nur möglich für Erzeuger, deren Kosten der Stromerzeugung nachgewiesenermaßen über dieser Grenze liegen. Alle anderen Erzeuger müssen ihre Erlöse im Grundsatz oberhalb von 180 EUR/MWh abgeben und zwar unabhängig von ihren individuellen Grenzkosten. Diese fallen aber je nach Stromerzeugungsquelle sehr unterschiedlich aus, so dass bei den verschiedenen Erzeugern im Vergleich ein verschieden hoher Anteil ihrer Erlöse abgeschöpft wird. Selbst zwischen den Mitgliedstaaten bestehen erhebliche Unterschiede, einerseits im Erzeugungsmix und andererseits in der Kostenstruktur der Stromerzeugungsanlagen (*given that the generation mix and the cost-structure of power-generating facilities differ greatly among Member States*, Erwägungsgrund 37a). Entsprechend werden die Erzeuger abhängig von ihrer Stromerzeugungsquelle finanziell unterschiedlich stark belastet. Diese unterschiedslose Behandlung der verschiedenen Erzeuger rechtfertigt die Verordnung damit, dass die Preisobergrenze einen Marktpreis imitieren würde (*given that the cap aims to mimic the market outcome that producers could have expected*, Erwägungsgrund 39). Daran ist zwar richtig, dass am Spotmarkt für die verschiedenen Erzeugungstechnologien ein einheitlicher Markträumungspreis existiert. Ein solcher regulatorisch vorgegebener Markträumungspreis im Sinne eines echten Preisdeckels – der sinnvollerweise tatsächlich nur einheitlich auf europäischer Ebene umsetzbar wäre – ist aber gerade nicht Gegenstand der Verordnung. Der „*market outcome*“ bleibt unangetastet. Damit gibt es auch keinen sachlichen Grund dafür, die verschiedenen Grenzkosten unterschiedlicher Erzeugungstechnologien außer Acht zu lassen. Wird nicht in das Marktgeschehen an sich eingegriffen, sondern werden lediglich auf Unternehmensebene Erlöse abgeschöpft, gibt es keinen Grund, etwaige krisenbedingte Mehrerlöse nicht ebenfalls unternehmensindividuell festzusetzen. Eine solche unternehmensindividuelle Betrachtung leistet eine echte Übergewinnsteuer, nicht aber die in Art. 6 ff. VO-E vorgesehene Erlösabschöpfung.

Damit legt die einheitliche Obergrenze für die Mehrerlösabschöpfung eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 20 GRCh nahe.

## c) **Regelenergie unterschiedslos erfasst**

Die Verordnung erfasst auch die Anbieter von Regelenergie. Regelenergie ist für die Stabilität der Netze unabdingbar. Auf dem Regelenergiemarkt sind Preise bis zu 5.000 EUR/MWh nicht ungewöhnlich. Diese Preise waren schon lange vor Ausbruch der Ukraine-Krise sichtbar und sind damit nicht durch die aktuellen Marktverwerfungen bedingt. Das bedeutet gleichzeitig, dass Anbieter von Regelenergie bei der Präqualifikation ihrer Anlagen dieses Preisniveau mit in ihre Investitionsentscheidung aufgenommen haben. Damit geht die Einbeziehung von Regelenergiepreisen über das erforderliche Maß hinaus. Bei einer Erlösabschöpfung von Übergewinnen in diesem Bereich werden damit keine krisenbedingten Gewinne umverteilt. Es wird vielmehr in berechnete Markterwartungen eingegriffen. Es muss damit gerechnet werden, dass aufgrund dieses Eingriffs Regelenergieanbieter den Markt verlassen werden.

Diese unterschiedslose Behandlung dürfte eine weitere Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 20 GRCh darstellen.

## 6. **Verletzung weiterer Grundrechte: Unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRCh und Eigentumsrecht, Art. 17 GRCh**

Aus den genannten Erwägungen zur fehlenden Verhältnismäßigkeit der Erlösabschöpfung liegt auch ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh und das Eigentumsrecht aus Art. 17 GRCh nahe. Ein Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art. 17 GRCh liegt neben dem Eingriff in die unternehmerische Freiheit dann vor, wenn ein Unternehmer unter einer staatlichen Preisregulierung keine Gewinne erwirtschaften kann.<sup>17</sup> Eine Abschöpfung von Erlösen über reine Gewinnmargen hinaus liegt hier angesichts des unklaren Umgangs mit finanziellen Absicherungsgeschäften (finanziell erfüllten *Futures*) nahe. Werden finanzielle Absicherungsgeschäfte nicht gemeinsam mit dem tatsächlichen Liefergeschäft am Spotmarkt betrachtet, würden Erlöse aus einem Spotverkauf ohne Gegenrechnung von Schäden aus dem finanziellen Absicherungsgeschäft abgeschöpft. Zwar stellt Erwägungsgrund 28 fest, dass finanzielle Absicherungsgeschäfte angemessen berücksichtigt werden. Allerdings bezieht sich diese Feststellung lediglich auf (physische) *Forward*-Geschäfte. Zudem erscheint eine angemessene Berücksichtigung insbesondere in Fällen, in denen die finanzielle Absicherung durch eine andere Gesellschaft als den Stromerzeuger erfolgt, nahezu ausgeschlossen. Ein angemessener Umgang mit solchen finanziellen Absicherungsgeschäften ist damit auf Ebene der Mitgliedstaaten kaum denkbar. Damit führt der Regelungsmechanismus der Verordnung

---

<sup>17</sup> *EuGH*, Urteil vom 16. Oktober 2003 – C-363/01, Slg. I, S. 11912, Rz. 58

# RAUE

zwangsläufig zu einer Abschöpfung von Erlösen, die bei einer Gesamtbetrachtung auf Konzernebene und einschließlich des finanziellen Absicherungsgeschäfts gar nicht eingetreten sind. Folglich dürfte bereits die Verordnung trotz des diesbezüglich den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsspielraums neben Art. 16 GRCh auch das Eigentumsrecht aus Art. 17 GRCh verletzen.

\* \* \*