

Vom Kartell- zum Umwelt(energie)recht

Von Thorsten Müller, Würzburg

A. Einleitung: Der Beitrag des Rechts zum Erfolg der Erneuerbaren Energien	129
B. StrEG und EEG im Spiegel der Zeit	131
I. Die gesetz- aber nicht rechtlose Zeit bis 1991	131
II. Das StrEG als Ausgangspunkt der spezifisch normativen Entwicklung ab 1991	134
III. Das EEG 2000 als Entwicklungssprung im Recht der Erneuerbaren Energien im Stromsektor	137
IV. Die Reaktionen in der Rechtswissenschaft auf StrEG und EEG	140
V. Rezeption der Kritik in der Rechtsprechung	143
C. Juristischer Quellcode und rechtliches Programm des EEG	147
I. Die Schaffung eines hohen Maßes an Investitionssicherheit	148
II. Innovative Technologieförderung	150
III. Die Vermeidung von Ausweichstrategien durch die Aktivierung neuer Akteure	152
D. Die Bedeutung des Quellcodes für die Weiterentwicklung des EEG	155
I. Vergegenwärtigung der Grenzen des Mechanismus	156
II. Fortentwicklung des EEG bei Beibehaltung der Strukturelemente	158
E. Fazit und Ausblick	160

A. Einleitung: Der Beitrag des Rechts zum Erfolg der Erneuerbaren Energien

Der Ausbau der Erneuerbaren Energien im Strombereich ist in den letzten Jahren in einem ursprünglich nicht für möglich gehaltenen Tempo erfolgt.¹ Dieser Erfolg² unterscheidet das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) von vielen, wenn nicht sogar (fast) allen anderen Instrumenten des Umweltenergierechts.³ Die Instrumente zur Reduktion des Energieverbrauchs – sei es über den Ansatz der En-

1 Vgl. F. Musiol, Erneuerbare Energien in Zahlen, in diesem Band, S. 123 ff.; siehe auch BMU, Erneuerbare Energien in Zahlen, Stand: Juni 2010, S. 11; dagegen hielt der Gesetzgeber bei Erlass des Stromeinspeisungsgesetz eine Verdopplung des damals 0,25 % betragenden Anteils an der Stromversorgung der begünstigten Anlagen für möglich (BT-Drs. 11/7971, S. 4) und auch bei Verabschiedung des EEG im Jahr 2000 wurde als Zielwert für 2010 nur ein Anteil von rund 12 Prozent angepeilt (BT-Drs. 14/2776, S. 20).

2 Zu der daraus resultierenden Wirkung vgl. auch D. Jacobs/L. Mez, Zur internationalen Vorbildfunktion von StrEG und EEG, in diesem Band, S. 258 ff.

3 Kritisch zum (damaligen) Stand des Klimaschutzrechts M. Winkler, Klimaschutzrecht, 2005, S. 244.

ergieeffizienz⁴ oder den Weg der Energiesuffizienz⁵ – bleiben bisher in allen Anwendungsbereichen – Elektrizität, Kraftstoffe,⁶ Wärme und Kälte – deutlich hinter den technischen und wirtschaftlichen Potenzialen zurück.⁷ Auch die Nutzung Erneuerbarer Energien zur Bereitstellung von Kraftstoffen und Wärme sowie Kälte verläuft weniger erfolgreich. So ermöglicht der mit dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG)⁸ geschaffenen Rechtsrahmen im Wärmebereich mit seinem beschränkten Anwendungsbereich ebenfalls keine zufriedenstellende Entwicklung,⁹ der Bereich der Kraftstoffnutzung ist durch eine hohe Änderungsfrequenz gekennzeichnet.¹⁰ Daher drängt sich die Frage auf, warum dies so ist. Was macht das EEG so wirkungsvoll? Was unterscheidet es von anderen Steuerungsansätzen? Und schließlich: Was können wir aus der Entwicklung lernen, wenn es um die Weiterentwicklung des EEG einerseits oder die Ausgestaltung des Rechts in anderen Sachbereichen geht?

Für die Erklärung dieser Entwicklung gibt es je nach Perspektive und wissenschaftlichem Hintergrund unterschiedliche Ansätze.¹¹ Der Ausbau wurde aber jedenfalls auch durch das jeweils geltende Recht gesteuert und ist daher in seiner konkreten Gestalt durch dieses geprägt worden. Der spezifische Beitrag des Rechts lässt sich auch aus seinem Entstehungsprozess erklären (dazu B.). Anschließend werden die so entstandenen Strukturelemente und ihren Wirkungen analysiert (dazu C.). In einem dritten Schritt werde schließlich – ohne Anspruch auf Vollstän-

- 4 Hierzu vgl. *C. Keyhanian*, Rechtliche Instrumente zur Energieeinsparung, 2008; *T. Schomerus/J. Sanden*, Rechtliche Konzepte für eine effizientere Energienutzung, 2008; *F. Reimer*, Ansätze zur Erhöhung der Energieeffizienz im Europarecht – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2009, S. 147 ff.; *G. Britz/M. Eifert/F. Reimer* (Hrsg.), Energieeffizienzrecht, 2010.
- 5 *G. Scherhorn*, Über Effizienz hinaus, in: S. Hartard/A. Schaffer/J. Giegrich (Hrsg.), Ressourceneffizienz im Kontext der Nachhaltigkeitsdebatte, 2008, S. 21 ff.; *T. Müller*, Klimawandel als Herausforderung der Rechtsordnung, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Dokumentation zur 31. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 2007, 2008, S. 191 (216 ff.); *Reimer*, Ansätze (Fn. 4), S. 177 f.
- 6 Vgl. auch *M. Pehnt*, Elektromobilität und Erneuerbare Energien, in diesem Band, S. 483 ff.
- 7 *EU-Kommission*, Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen, KOM(2006)545 endg.; vgl. auch *SRU*, Umweltgutachten 2008: Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, Tz. 109 ff.; zur Bedeutung der Energieeffizienz *P. Hennicke/T. Schleicher/S. Samadi*, Die Rolle der Energieeffizienz in Szenarien und Realität, in diesem Band, S. 460 ff.
- 8 Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz – EEWärmeG) vom 07.08.2008, BGBl. I, S. 1658.
- 9 Vgl. *BMU*, Erneuerbare Energien in Zahlen, Stand: Juni 2010, S. 11; Zweifel an der Zielerreichung auch bei *T. Müller*, in: ders./V. Oschmann/G. Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 1 Rn. 37.
- 10 Kritisch dazu am Beispiel der Biokraftstoffförderung EuGH, ZNER 2009, S. 381 ff.; FG Kassel, ZNER 2010, S. 423 ff. konstatiert daraufhin einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz; vgl. auch *R. Brinktrine*, Das Recht der Biokraftstoffe, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Klimaschutz durch Bioenergie, 2010, S. 175 ff.
- 11 Vgl. etwa den Erklärungsansatz der Innovationsforschung und Akteursanalyse bei *E. Bruns/D. Ohlhorst*, Innovationsbiographien Erneuerbarer Energien im Stromsektor: Impulse durch StrEG und EEG im Wechselspiel mit heterogenen treibenden Kräften, in diesem Band, S. 162 ff.

digkeit – einige Schlussfolgerungen für die zukünftige Rechtsentwicklung abgeleitet (dazu D.).

B. StrEG und EEG im Spiegel der Zeit

Der Rechtsrahmen zur Förderung der Erneuerbaren Energien hat sich sukzessive herausgebildet.¹² Dieser Entwicklungsprozess ist weniger durch Sprunghaftigkeit oder gar Brüche als vielmehr durch einen evolutiven Charakter gekennzeichnet. Es lassen sich drei Zeitabschnitte unterscheiden: die erste Phase bis Ende 1990, die zweite Stufe von 1991 bis 2000 und der dritte Abschnitt, der vom 1. April 2000 bis heute dauert. Dabei sind Momente des Zufalls – vor allen Dingen in der frühen Phase des Rechts der Erneuerbaren Energien – ebenso wie gezielte gesetzgeberische Entscheidungen – insbesondere in der jüngeren Zeit – zum Tragen gekommen. Um die Entwicklung zu erklären, ist es erforderlich, den Blick zurück in die Zeit vor 1990 zu richten. Auch wenn sich ein spezifisches Recht der Erneuerbaren Energien erst mit Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG)¹³ (dazu sogleich 2.) entwickelte, so ist dieses nicht im luftleeren Raum oder am grünen Tisch entstanden. Die an der Entstehung des Gesetzes beteiligten Personen waren vielmehr geradezu von den Erfahrungen aus der gesetz- aber nicht rechtlosen Zeit (dazu sogleich 1.) geprägt. Sie haben daher auf die vorhandenen Strukturen aufgebaut, die nicht auf eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung zurückgingen, sondern durch die Rechtsprechung entwickelt worden waren, und versucht, deren Schwachpunkte zu beseitigen. Das entscheidende Strukturelement für die mit dem StrEG beginnende Regulierung war damit aber bereits angelegt. Dieses wurde nicht nur im StrEG sondern auch im EEG (dazu 3.) in weiteren Schritten verfeinert und um wesentliche Funktionen ergänzt.

I. Die gesetz- aber nicht rechtlose Zeit bis 1991

Als entfernter Ausgangspunkt für das Recht der Erneuerbaren Energien können die Entwicklungen zu Beginn der 50er Jahren des letzten Jahrhunderts angesehen wer-

12 Vgl. auch *V. Oschmann*, in: W. Danner/C. Theobald, *Energierecht*, Gesetz für den Vorrang von Strom aus Erneuerbaren Energien, Bd. 1, Einl. Rn. 3 ff.

13 Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz – StrEG) vom 07.12.1990, BGBl. I, S. 2633, zuletzt geändert durch Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrecht vom 24.04.1998, BGBl. I, S. 730, 734.

den.¹⁴ In der damaligen durch geschlossene Gebietsmonopole geprägten Elektrizitätsversorgung¹⁵ bildeten sich auch ohne einen spezifischen Rechtsrahmen zur Ermöglichung der Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien¹⁶ oder gar der Förderung dieser Energiequellen erste rechtliche Ansätze heraus.¹⁷ Dies erfolgte in einer Zeit, in der die Elektrizitätsversorgung nicht durch Wettbewerb gekennzeichnet war. Im Gegenteil: Es war gerade die ordnungspolitische Zielsetzung des Energiewirtschaftsgesetzes aus dem Jahr 1935 die als volkswirtschaftlich schädlich eingeordneten Auswirkungen von Konkurrenz zu verhindern und dazu staatlich sanktionierte Monopole in geschlossenen Versorgungsgebieten unter Ausschluss von Wettbewerb zu schaffen.¹⁸ Daher enthielt das EnWG Schutzvorschriften zur Absicherung der Gebietsmonopole, etwa die Genehmigungspflicht nach § 5 EnWG 1935 für die Neuaufnahme der Energieversorgung oder eine durch eine Anzeigepflicht abgesicherte Untersagungsmöglichkeit für bestimmte Investitionen in Energieanlagen nach § 4 EnWG 1935.¹⁹ Gleichgerichtet enthielt auch das später erlassene Kartellrecht eine Absicherung dieser Wettbewerbsferne. §§ 103, 103a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)²⁰ a. F. schufen die wohl weitreichendste Wettbewerbsausnahme im gesamten Kartell-

- 14 Vgl. zur Entwicklung des Energiewirtschaftsrechts allgemein etwa *H.-U. Evers*, Entstehungsgeschichte, Ziele, Konzeption, Grundsätze und Änderungen des Energiewirtschaftsrechts, in: B. Börner (Hrsg.), *Das Energiewirtschaftsgesetz im Wandel von fünf Jahrzehnten*, 1987, S. 15 ff.; *R. Breuer*, Anlagensicherheit und Umweltschutz im Energiesektor, in: *Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 915 (922 ff.).
- 15 Vgl. etwa *M. Kuxenko*, Liberalisierung und Deregulierung im Energiewirtschaftsrecht, *DÖV* 2001, S. 141 (142); *C. Theobald*, Grundlagen des deutschen Rechts der Energiewirtschaft, in: *J.-P. Schneider/ders. (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn. 28.
- 16 Eine singuläre Ausnahme bildet die Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft Nr. By 2/52 vom 10.03.1952 zur Regelung des Strompreises für Kleinwasserkraftwerke, *Bayerischer Staatsanzeiger* Nr. 11 vom 15.03.1952, S. 3 f., geändert durch Verordnung vom 7.5.1957, *GVBl.* S. 97 und durch Verordnung vom 02.02.1963, *GVBl.* S. 31.
- 17 Vgl. zu den vielfältigen Einzelmaßnahmen auch die Darstellung in *BT-Drs. 11/2684*.
- 18 *B.-M. Zinow*, *Energiewirtschaft*, in: G. Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 1999, § 34 Rn. 17; *J.-P. Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 76 ff.; *D. Kuhnt*, Warum geschlossene Versorgungsgebiete in der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft?, in: B. Börner (Hrsg.), *Materialien zu §§ 103, 103a GWB*, 1981, S. 63 (63 f.); *W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider*, Wettbewerbs- und umweltorientierte Re-Regulierung im Großhandels-Strommarkt, in: dies. (Hrsg.), *Umweltpolitische Steuerung in einem liberalisierten Strommarkt*, 1995, S. 13 (18 ff.); *U. Büdenbender*, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, 1995, S. 44 f.; *B. J. Seeger*, Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht, 2002, S. 43 f.; *C. Alwardt*, *Europäisiertes Energierecht in Deutschland*, 2006, S. 102 ff.; *C. Kahle*, *Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit*, 2009, S. 93.
- 19 Hierzu *R. Steinberg/G. Britz*, *Der Energieliefer- und -erzeugungsmarkt nach nationalem und europäischem Recht*, 1995, S. 55 ff.; *C. Theobald*, *Rechtliche Steuerung von Wettbewerb und Umweltverträglichkeit in der Elektrizitätswirtschaft*, *AöR* 122 (1997), S. 372 (380 f.).
- 20 Ursprünglich vom 27.7.1957, *BGBI. I*, S. 1081, in den folgenden Jahren mehrfach geändert; vgl. zur Entstehungsgeschichte *U. Scholz*, *Energiewirtschaft*, in: G. Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl. 2008, § 34 Rn. 57 ff.; zur energiewirtschaftlichen Diskussion s. a. die Zusammenstellung (kritischer) Beiträge bei *Börner*, *Materialien* (Fn. 18).

recht.²¹ Damit waren die Absprachen und Verträge, die zur Bildung und Festigung der Gebietsmonopole führten, nur äußerst eingeschränkt einer Kontrolle gegen Missbrauch zugänglich.²²

Aus diesem verbleibenden Rest an Wettbewerb und Missbrauchskontrolle ist dann wohl unbeabsichtigt der Keim des Rechts der Erneuerbaren Energien entstanden. Es bedurfte dazu vieler Jahre, der Hartnäckigkeit von einzelnen Betreibern industrieller Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen zur Eigenversorgung und von Wasserkraftanlagen, Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamts,²³ Verbändevereinbarungen²⁴, einer Erweiterung des § 103 Abs. 5 GWB im Jahre 1980 um einen eigenen Tatbestand der Behinderung bei der Verwertung von in eigenen Anlagen erzeugten Energie²⁵ und einer Anerkennung der Kostenweitergabe ab 1990 in § 11 Abs. 3 Bundestarifordnung Elektrizität (BOElt)²⁶ bis sich ein System aus Ansprüchen unabhängiger Elektrizitätserzeuger herausbilden konnte.²⁷ Gestützt auf die Vorschriften der Missbrauchsverfahren nach § 26 Abs. 2 GWB a. F.²⁸ sowie des Schadensersatzes wegen missbräuchlichen Verhaltens nach § 35 GWB a. F.²⁹ und getrieben durch die Rechtsprechung³⁰ wurden in zunehmendem Maße den Anla-

- 21 Zinow, *Energiewirtschaft* (Fn. 18), Rn. 1; E. Niederleithinger, *Kartellrechtliche Rahmenbedingungen einer Regulierung*, in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Umweltpolitische Steuerung in einem liberalisierten Strommarkt*, 1995, S. 237 (244); vgl. auch *Büdenbender*, *Kartellaufsicht* (Fn. 18), S. 292 ff.
- 22 Vgl. etwa H.-U. Evers, *Das Recht der Energieversorgung*, 2. Aufl. 1983, S. 203 ff.
- 23 Vgl. etwa die Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1977 und 1978, BT-Drs. 8/1925, S. 86 ff. und BT-Drs. 8/2980, S. 97 f.
- 24 *Verbändevereinbarung* zwischen dem Verband der Deutschen Elektrizitätswerke (VDEW), der Vereinigung Industrieller Kraftwirtschaft (VIK) und dem Bundesverband der deutschen Industrie (BDI): „Grundsätze über die Intensivierung der stromwirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Elektrizitätsversorgung und industrieller Kraftwirtschaft“ vom 01.08.1979, VIK-Mitteilungen 1979, H. 4, S. 71 ff.; bestätigt durch die „Ergänzende Vereinbarung vom 01.07.1985“, VIK-Mitteilungen 1985, H. 4, S. 95; modifiziert durch „Neue Ergänzung zur stromwirtschaftlichen Zusammenarbeit von 1979“ vom 27.06.1988, VIK-Mitteilungen 1988, H. 4, S. 95 ff.; fortentwickelt durch „Weiterentwicklung der Verbändevereinbarung über die stromwirtschaftlichen Zusammenarbeit 1994“ vom 5.7.1994, VIK-Mitteilungen 1994, H. 5, S. 119 ff.
- 25 Eingefügt i. R. d. 4. Novelle des GWB vom 26.04.1980, BGBl. I, S. 458; hierzu J.-P. Schneider, *Energieumweltrecht: Erneuerbare Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Energieeinsparung*, in: ders./C. Theobald (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft*, 2003, § 18 Rn. 47; Zinow, *Energiewirtschaft* (Fn. 18), Rn. 62 ff.
- 26 Vom 18.12.1989, BGBl. I, S. 2255; hierzu P. Salje, *Stromeinspeisungsgesetz*, 1999, Einf. Rn. 29.
- 27 Zur Entwicklung etwa Salje, *Stromeinspeisungsgesetz* (Fn. 26), Einf. Rn. 19 ff.; vgl. auch den kurzen Überblick bei J. F. Baur, *Ökologische Energieversorgung in Deutschland unter europarechtlichen Rahmenbedingungen*, in: G. Kühne/J. F. Baur/M. Baron/U. Büdenbender (Hrsg.), *Das deutsche Berg- und Energierecht auf dem Weg nach Europa*, 2002, S. 9 (10 f.).
- 28 Vgl. hierzu M. Altröck/V. Oschmann/C. Theobald, EEG, 2006, Einf. Rn. 8 ff.; ferner auch *Büdenbender*, *Kartellaufsicht* (Fn. 18), S. 230 ff.; H. Falk, *Die Verträge über Zusatz- und Reservestromversorgung sowie Stromeinspeisung zwischen Eigenerzeuger und Gebietsversorgungsunternehmen*, 1996, S. 70 ff.; S. Vykýdal, *Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang*, 1996, S. 75 f.
- 29 B. J. Seeger, *Die Durchleitung elektrischer Energie nach neuem Recht*, 2002, S. 43 ff., 59 ff.
- 30 Vgl. OLG Karlsruhe, et 1988, S. 640 ff.

genbetreibern Ansprüche auf Einspeisung des Stroms aus regenerativen Quellen und Kraft-Wärmekopplung in das Stromnetz für die allgemeine Versorgung zuerkannt.³¹

Die Verpflichtung zur Abnahme war zwar zwingende, aber eben nicht hinreichende Voraussetzung, die in den eigentlich zur Deckung des eigenen Strombedarfs genutzten Anlagen erzeugte überschüssige Energie anderweitig zu nutzen. Ohne zusätzliche finanzielle Impulse war jedoch in vielen Fällen die Wirtschaftlichkeit des Betriebs fraglich. Ein solcher Zustand war nicht sachgerecht, da der Wert des einzuspeisenden Stroms ohne Gegenleistung auf den Netzbetreiber übergegangen wäre. Daher trat neben die Abnahme ein Anspruch auf Vergütung.³² Deren Höhe war jedoch äußerst umstritten,³³ es bildete sich mit der Zeit als zunehmend anerkannter Maßstab heraus, die beim zur Aufnahme Verpflichteten vermiedenen Aufwendungen zur Bestimmung der Vergütungshöhe heranzuziehen.³⁴ Die Höhe war damit nicht an den wirtschaftlichen Erfordernissen des Anlagenbetreibers orientiert. Sie bestimmte sich vielmehr aus den vermiedenen Kosten einer alternativ erforderlichen Erzeugung oder Beschaffung durch ein bestimmtes Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Ein Impuls zur Neuerrichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien und damit zum Ausbau dieser Energieträger wurde so nicht gesetzt, da mit dieser Anspruchshöhe regelmäßig nicht die Investitions- und Stromgestehungskosten gedeckt werden konnten. Aus Sicht der damaligen Bundesregierung war dieser Zustand aber lange Zeit und bis ins Jahr 1990 hinein nicht zu kritisieren.³⁵

II. Das StrEG als Ausgangspunkt der spezifisch normativen Entwicklung ab 1991

Die Entwicklung dieses zunächst rein kartellrechtlich begründeten, sowohl Erneuerbare Energien als auch Kraft-Wärme-Kopplung erfassenden Stromeinspeisungsrechts wurde durch die Verabschiedung des StrEG überholt.³⁶ Aufgrund der als

31 Durch den BGH letztlich erst in der nächsten Entwicklungsphase des Rechts der Erneuerbaren Energien entschieden, vgl. Nw. in Fn. 36; s. a. *H. Klingler*, Das Stromeinspeisungsgesetz vom 14.12.1990 – ein ordnungspolitischer Sündenfall, in: FS Bodo Börner, 1992, S. 541 (554 f.); *Baur*, Energieversorgung (Fn. 27), S. 12 f.

32 Vgl. zur Entwicklung *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), Einf. Rn. 27 ff.

33 Vgl. *Steinberg/Britz*, Energieliefer- und -erzeugungsmarkt (Fn. 19), S. 118 ff.

34 Vgl. etwa OLG Karlsruhe, et 1988, S. 640 ff.; diesen Maßstab bezeichnet *Klingler*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 550 f., als international üblichen Standard.

35 Vgl. BT-Drs. 11/6444, S. 1 f.; BT-Drs. 11/2684, S. 4; *E. Bruns/D. Ohlhorst/B. Wenzel/J. Köppel*, Erneuerbare Energien in Deutschland – Eine Biographie des Innovationsgeschehens, 2009, S. 98, abrufbar unter http://opus.kobv.de/tuberlin/volltexte/2010/2557/pdf/Erneuerbare_Energien_in_Deutschland_2009.pdf (12.10.2010); *S. K. Richter*, Grenzen der wirtschaftlichen Förderung regenerativer Stromeinspeisung in Deutschland, 2000, S. 54; zum Teil a. A. die Regierungsfractionen, BT-Drs. 11/4084.

36 Vgl. zur Entstehungsgeschichte auch *H. Bergmann*, Normsetzung im Umweltrecht, ZEW-Dokumentation Nr. 96-04, S. 10 ff.; erst später wurden wegweisende Entscheidungen des BGH getroffen, etwa BGHZ 119, 335 ff.; 133, 177 ff.; 134, 1 ff.

unbefriedigend eingestuften Situation³⁷ kam es zum Ende der von 1987 bis 1990 dauernden 11. Legislaturperiode zu einer ungewöhnlichen Koalition: Der CSU-Abgeordnete *Matthias Engelsberger* und der Abgeordnete der Grünen *Wolfgang Daniels* entwarfen im Jahr 1990 mit dem StrEG das erste spezifische Gesetz zur Förderung der Elektrizitätsgewinnung aus regenerativen Quellen.³⁸ Das Gesetzgebungsverfahren endete sowohl im Bundestag³⁹ als auch im Bundesrat, der gegen die Anrufung des Vermittlungsausschusses stimmte,⁴⁰ vor 20 Jahren unspektakulär ohne Aussprache. Zum 1. Januar 1991 trat das StrEG in Kraft.⁴¹

Gemessen an dem Umfang des heutigen Rechts der Erneuerbaren Energien hatte es den geradezu bescheidenen Umfang von zunächst fünf, infolge der Reform 1998 sechs⁴² Paragraphen. Materiell unterschied es sich – mangels Alternativen und der begrenzten Möglichkeiten zur Entwicklung komplexer Gesetze in kurzen Fristen – nur begrenzt von der kartellrechtlichen Ausgangslage und behielt damit den eher zufällig entstandenen Rechtszustand bei.⁴³ Fortgeführt wurde zum einen der Anspruch auf Abnahme des Stroms aus Erneuerbaren Energien. Der Abnahmeanpruch war im StrEG aber nicht mehr vom Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes abhängig, sondern allgemein ausgestaltet, § 2 StrEG.⁴⁴ Allerdings bestand der Anspruch nicht umfassend für allen aus Erneuerbaren Energien erzeugten Strom, sondern nur für die in näher bestimmten Anlagen erzeugte Elektrizität.⁴⁵ Auch Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung war nicht von der Neuregelung erfasst.⁴⁶ Für die aus diesen Quellen stammende Elektrizität war ebenso wie für die nicht begünstigten Anlagen zur Verstromung regenerativer Energien auch weiterhin das Kartellrecht der alleinige Weg zur Einspeisung und Vergütung⁴⁷.

37 Zu den Hintergründen vgl. *Bruns/Ohlhorst/Wenzel/Köppel*, Erneuerbare Energien (Fn. 35), S. 98 f.; vgl. auch *E. Brandt/J. Reshöft/S. Steiner*, EEG-HK, 2001, Einl. Rn. 1 ff.

38 *A. Berchem*, Das unterschätzte Gesetz, *Die Zeit*, 25.09.2006, abrufbar unter <http://www.zeit.de/online/2006/39/EEG/komplettansicht> (12.10.2010); zu den Hintergründen und der Entstehungsgeschichte vgl. auch *Klinger*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 541 ff.; *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), Einf. Rn. 31; *M. Schmauser*, Das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, 2004, S. 32 f.; vgl zu den ergänzenden Fördermaßnahmen des Bundes und der EU auch *Richter*, Grenzen (Fn. 35), S. 55 ff.

39 BT-Plenarprotokoll 11/229 vom 05.10.1990, Stenographischer Bericht, S. II, BT-Drs. 11/7816, 11/7978.

40 BR-Plenarprotokoll 622 vom 12.10.1990, S. 564 f.; BR-Drs. 660/90.

41 § 5 StrEG.

42 Ergänzung durch § 4a StrEG.

43 *Schneider*, Energieumweltrecht (Fn. 25), Rn. 53.

44 Dazu *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), § 2 Rn. 3 ff., 17 ff.; *D. Pingel/M. Pohlmann/W. U. Wehlmann*, Stromeinspeisungsgesetz 1998, 1998, S. 48; zu dessen technischen und rechtlichen Grenzen S. 53 ff.; zur Struktur der Abnahmepflicht s. a. *J. Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 495 ff.

45 Zu den Anspruchsvoraussetzungen *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), § 1 Rn. 28 ff.; vgl. auch *U. Scholz/B. Hermann/M. Moraing*, Auslegungs- und Subsumtionsprobleme des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes und des Stromeinspeisungsgesetzes, 1995, S. 40 ff.

46 So aber eine vielfältig gestellte Forderung, s. z. B. Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 660/90 (B); Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 11/7978, S. 4; MdB *Sperling*, BT-Plenarprotokoll 11/224, S. 17752 D.

47 Vgl. *Falk*, Verträge (Fn. 28), S. 95.

Zum anderen war im StrEG auch weiterhin ein Vergütungsanspruch vorgesehen, § 3 StrEG.⁴⁸ Die Berechnung dieser zweiten Anspruchskomponente wurde allerdings grundlegend neu gestaltet. Anders als noch unter Anwendung des Kartellrechts war nicht mehr die Höhe der vermiedenen Kosten beim aufnehmenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen maßgeblich.⁴⁹ Vielmehr wurde die Vergütungshöhe an die allgemeine Strompreisentwicklung gekoppelt. Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen mussten einen bestimmten Prozentsatz des durchschnittlichen Letztverbraucherpreises als Vergütung zahlen. Durch die Ausgestaltung der Höhe des Prozentsatzes und damit des Vergütungsanspruchs wurde die zweite wesentliche Neuerung geschaffen. § 3 StrEG unterschied drei Anlagengruppen und war damit bereits vom Ansatz her technologydifferenziert ausgestaltet.⁵⁰ Für Strom aus Wasserkraft, Deponie- und Klärgas sowie bestimmte Biomasse betrug der Prozentsatz 75 Prozent, für Elektrizität aus Wind- und Sonnenenergie betrug der Prozentsatz 90 Prozent und der Strom aus allen anderen Anlagen wurde mit 65 Prozent des Letztverbraucherpreises vergütet. Damit wurde der in der Vergangenheit regelmäßig besonders umstrittene Punkt der Vergütungshöhe durch den Gesetzgeber geklärt und den Betreibern der begünstigten Anlagen insoweit eine hohes Maß an Rechtssicherheit gewährt. Die Entkopplung von dieser (vermeintlichen) energiewirtschaftlichen Eigengesetzlichkeit war eine logische Konsequenz der neuen umweltrechtlichen Begründung des Ansatzes.⁵¹ Maßstab für die Bestimmung der Vergütungshöhe war damit nunmehr vielmehr die Erreichung dieser über die bloße Bereitstellung von Energie hinausgehenden Zwecke. Die entsprechende Kritik⁵² verkennt diesen Paradigmenwechsel oder blendet die Zusammenhänge von Stromerzeugung und Klimawandel⁵³ bzw. Ressourcenschutz aus.⁵⁴

48 Dazu *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), § 3 Rn. 28 ff.; *Pingel/Pohlmann/Wehlmann*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 44), S. 49 ff.; 63 ff.

49 *Richter*, Grenzen (Fn. 35), S. 55.

50 Vgl. die Übersichten bei *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), § 3 Rn. 31 ff.

51 BT-Drs. 11/7971, S. 4; zur Bedeutung Erneuerbarer Energien für die Erfüllung des Umweltstaatsprinzips nach Art. 20a Abs. 1 GG vgl. *T. Groß*, Die Bedeutung des Umweltstaatsprinzips für die Nutzung Erneuerbarer Energien, in diesem Band, S. 107 ff.; *A. Behrend*, Schutz der Umwelt (Art. 20a GG) und gesetzgeberische Behandlung der regenerativen Energieerzeugung, *KritJ* 33 (2000), 376 (380 ff.); *dies.*, Stromeinspeisung und Verfassungsrecht, 2001, S. 94 ff., vgl. *F. J. Säcker/A. Timmermann*, Energieumweltschutzrecht, in *F. J. Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 2004, Rn. 36 ff.; allg. *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20a Rn. 50; *A. Epiney*, in: *H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.), *Bonner Grundgesetz*, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 20a Rn. 30 f., 97 ff.

52 Etwa *Klinger*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 547 ff.

53 Hierzu vgl. *S. Rahmstorf*, Fakten zum Klimawandel, in diesem Band, S. 27 ff.; *M. Fishedick/S. Samadi/J. Venjakob*, Die Rolle Erneuerbarer Energien für den Klimaschutz am Beispiel Deutschlands, in diesem Band, S. 51 ff.

54 Vgl. etwa die Darstellung zu externen Effekten auf die Bestimmung des Preises für Strom aus Erneuerbaren Energien bei *K. Schiller*, Der Verbotsbegriff des § 134 BGB am Beispiel der Mindestvergütungsregelung, 2005, S. 34 ff.; s. a. die Beiträge bei *H.-J. Ziesing* (Hrsg.), *Externe Kosten in der Stromerzeugung*, 2004.

Das StrEG stieß jedoch trotz zwei gesetzgeberischer Erweiterungen in den Jahren 1994⁵⁵ und 1998⁵⁶ bereits nach wenigen Jahren an seine Grenzen. Zum einen drohte im Netzgebiet der PreussenElektra AG das Ende des Anspruchs auf Abnahme und Vergütung, da dort bereits im Jahr 1999 ein Anteil der Erneuerbaren Energien sowohl im Bereich des aufnehmenden als auch des vorgelagerten Netzbetreibers von 5 Prozent erreicht gewesen sein soll.⁵⁷ Damit wäre die Bedingung der Härteklausele nach § 4 Abs. 1 Satz 3 StrEG eingetreten,⁵⁸ so dass in Teilen dieser Netzregion keine Abnahme- und Vergütungspflicht mehr bestanden hätten. Zum anderen führte die durch die 1998 begonnene Liberalisierung der Elektrizitätsmärkte hervorgerufene Senkung der Letztverbraucherpreise zu einer Verringerung der Einspeisevergütungen, so dass die Wirtschaftlichkeit bestehender wie neuer Projekte gefährdet war.⁵⁹

III. Das EEG 2000 als Entwicklungssprung im Recht der Erneuerbaren Energien im Stromsektor

Um diesen Entwicklungen zu begegnen, wurde das StrEG zum 1. April 2000 durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)⁶⁰ abgelöst, das die vorerst letzte Stufe der Entwicklung bildet.⁶¹ Auch das EEG behielt die aus dem Kartellrecht stammende Grundstruktur aus Anspruch des Anlagenbetreibers gegen den Netzbetreiber auf Abnahme und Vergütung bei. Es entwickelte diesen Mechanismus aber in mehrfacher Weise erheblich weiter.⁶²

Als unmittelbare Reaktion auf das drohende Eingreifen des sog. doppelten 5-Prozent-Deckels nach § 4 StrEG wurde ein bundesweiter Ausgleichsmechanismus

55 Art. 5 Gesetz zur Sicherung des Einsatzes der Steinkohle in der Verstromung und zur Änderung des Atomgesetzes und des Stromeinspeisungsgesetzes vom 19.07.1994, BGBl. I, S. 1618.

56 Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998, BGBl. I, S. 703.; vgl. zu den Hintergründen *Richter*, Grenzen (Fn. 35), S. 59 ff.

57 *I. Bürger/F. Senger*, Das neue Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien und seine verfassungs- und europarechtliche Problematik, UPR 2000, S. 215 (216); *Schneider*, Energieumweltrecht (Fn. 25), Rn. 54; *M. Altröck/V. Oschmann*, in: dies./C. Theobald (Hrsg.), EEG, 2. Aufl. 2008, Einf. Rn. 16; vgl. dagegen noch den Erfahrungsbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft zum Stromeinspeisungsgesetzes vom 18.10.1995, BT-Drs. 13/2681, S. 4.

58 Vgl. dazu *Pingel/Pohlmann/Wehlmann*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 44), S. 70 ff.; *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), § 4 Rn. 86 ff.

59 Vgl. BT-Drs. 11/2684, S. 23; *Bürger/Senger*, Gesetz (Fn. 57), S. 216.

60 Gesetz über den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 29.03.2000, BGBl. I, S. 305; hierzu *M. Raabe/N. Meyer*, Das Erneuerbare-Energien-Gesetz, NJW 2000, S. 1298 ff.; *J. Niedersberg*, Das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG), NVwZ 2001, S. 21 ff.

61 Zur Entstehungsgeschichte *Oschmann*, (Fn. 12) Einl. Rn. 3 ff., *ders.*, Zehn Jahre Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) – Bilanz und Ausblick, ZNER 2010, S. 117 (117 f.).

62 Daher sieht *U. Büdenbender*, Die Entwicklung des Energierechts seit In-Kraft-Treten der Energierechtsreform von 1998, DVBl. 2001, S. 952 (957) im EEG eine „gänzlich neue Grundlage“ der Förderung regenerativer Energiequellen.

geschaffen, der den Strom aus Erneuerbaren Energien und die dafür geleisteten Vergütungszahlungen bundesweit gleichmäßig verteilte.⁶³ Dem Problem der sinkenden Vergütungszahlungen begegnete der Gesetzgeber mit einem Paradigmenwechsel. Anders als zuvor wurde die Vergütungshöhe nicht an einem externen Vergleichsmaßstab – seien es die vermiedenen Kosten als Maßstab des Kartellrechts, seien es die Preise für Letztverbraucher unter der Geltung des StrEGs oder andere Kriterien – ausgerichtet. Vielmehr wurde das Prinzip der kostendeckenden Vergütung eingeführt.⁶⁴ Danach wird der Vergütungssatz so bestimmt, dass nicht nur die Gesamtinvestition in eine optimierte Anlage bei rationaler Betriebsführung erwirtschaftet, sondern auch eine mit anderen Anlagemöglichkeiten vergleichbare Rendite erzielt werden kann.⁶⁵

Dementsprechend war es erforderlich die im StrEG nur rudimentär angelegte Technologiedifferenzierung deutlich zu verfeinern, da die Stromgestehungskosten je nach Technik stark variieren. Fortan wurde nicht nur zwischen drei Anlagen- gruppen, sondern zwischen und innerhalb der verschiedenen Formen der Erneuerbaren Energien unterschieden, §§ 4 bis 8 EEG 2000, jetzt §§ 23 bis 33 EEG.⁶⁶ Kehrseite dieses Bemühens um Zielgenauigkeit ist der mit der Bildung vielfältiger Fallkonstellationen einhergehende Aufwand bei der Abwicklung der Vergütungszahlungen und der Kontrolle.⁶⁷ Auch die Festlegung von definierten Vergütungszeiträumen, die regelmäßig 20 Jahre betragen⁶⁸ und während derer die Zahlungen garantiert und gleichbleibend sind, ist ebenfalls eine Konsequenz der Einführung der kostendeckenden Vergütung.⁶⁹

Über diese unmittelbar den Erfahrungen mit dem StrEG geschuldeten und für die weitere Funktionsfähigkeit des Rechts zur Förderung der Erneuerbaren Energien unerlässlichen Anpassungen gab es zwei weitere sehr maßgebliche Veränderungen. Zum einen wurden die Vergütungssätze für Neuanlagen jährlich um einen bestimmten Prozentsatz gekürzt, der dann während des regelmäßig zwanzigjährigen Vergütungszeitraums gleichbleibenden beansprucht werden konnte, §§ 20, 20a EEG. Mit dieser Degression sollte eine klare Perspektive für das Auslaufen der Fördernotwendigkeit geschaffen werden.⁷⁰ Von zentraler Bedeutung – und mittlerweile auch europarechtlich verbindlich vorgegeben⁷¹ – ist zum anderen das ebenfalls 2000 eingeführte Vorrangprinzip. Mit diesem wurde der bisherige Abnahmeanspruch qualitativ aufgewertet. Das Vorrangprinzip räumt den regenerati-

63 Vgl. hierzu *C. Brodowski*, Der Belastungsausgleich im Erneuerbare-Energien-Gesetz und im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz im Rechtsvergleich, 2007, S. 42.

64 Hierzu *M. Kahles/J. Lutz/P. Schütter*, Grundlagen der EEG-Vergütung, in diesem Band, S. 507 ff.

65 BT-Drs. 14/2341 S. 8.

66 Vgl. die Darstellungen in Kapitel V zu den einzelnen Vergütungssätzen in diesem Band, S. 505 ff.

67 Vgl. *T. Müller*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG (Fn. 57), § 19 a Rn. 2.

68 § 9 Abs. 1 EEG 2000, jetzt § 21 Abs. 2 EEG.

69 Vgl. auch *Kahles/Lutz/Schütter*, Grundlagen (Fn. 64), S. 511 f..

70 Vgl. auch schon BT-Drs. 14/2341, S. 7.

71 Art. 16 Abs. 2 lit. b) EE-RL.

ven Energien die Vorfahrt bei Netzanschluss, Abnahme und Verteilung ein⁷² und begründet damit ein eindeutiges Stufenverhältnis⁷³ zwischen Erneuerbaren Energien und allen anderen Elektrizitätsquellen.

Diese mit dem EEG 2000 geschaffene Grundstruktur ist trotz zwei umfassender Novellen in den Jahren 2004⁷⁴ und 2009⁷⁵ und mehreren weiteren Änderungsgesetzen⁷⁶ im Grunde unverändert beibehalten worden. Im Detail gab es vielfältige Modifikationen, die zum Teil formeller Natur – wie die sowohl 2004 als auch 2009 erfolgte grundlegend Neustrukturierung des Gesetzes –, weit überwiegend aber materiellen Inhalts sind. Die Technologiedifferenzierung ist weiter vertieft, die Rechte und Pflichten sind präzisiert worden. Die rein privatrechtliche Ausrichtung

- 72 Zu den Einzelheiten vergleiche *M. Schulte/J. Kloos*, Das Elektrizitätsnetz als Bezugspunkt im EEG – Anschluss, Zugang, Vorrang und Ausbau, in diesem Band, S. 727 (731 ff.); vgl. auch grundlegend zum Vorrangprinzip *M. Möstl*, Der Vorrang erneuerbarer Energien – ein Prinzip des Energiewirtschaftsrechts nimmt Gestalt an, RdE 2003, S. 90 ff.; s. ferner *P. Salje*, Vorrang für Erneuerbare Energien, RdE 2000, S. 125 (126 ff.); zur beschränkten Wirkung des Vorrangprinzips auf die Elektrizitätsversorgung *W. Kahl*, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht, JZ 2008, S. 74 (80 f.); *K. F. Gärditz*, Ökologische Binnenkonflikte im Klimaschutzrecht, DVBl. 2010, S. 214 (219).
- 73 Dieses wurde mit der Gleichstellung mit Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung nach § 11 Abs. 1 EEG allerdings wieder partiell zurückgenommen.
- 74 Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich vom 21.7.2004, BGBl. I, S. 1918; hierzu etwa *V. Oschmann*, Die Novelle des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, NVwZ 2004, S. 910 ff.; *T. Müller*, Das novellierte Erneuerbare-Energien-Gesetz, RdE 2004, S. 237 ff.; *J. Reshöft*, Zur Novellierung des EEG – was lange wird, wird endlich (gut), ZNER 2004, S. 240 ff.
- 75 Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften vom 25.10.2008, BGBl. I, S. 2074; hierzu etwa *V. Oschmann*, Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 263 (263 ff.); *J. Reshöft/C. Sellmann*, Die Novelle des EEG – Neue Wege auf bewährten Pfaden, et 2009, H. 1/2, S. 139 ff., H. 3, S. 84 ff.; *M. Altröck/W. Lehnert*, Die EEG-Novelle 2009, ZNER 2008, S. 118 ff.; *P. Salje*, Die Instrumentalisierung des Zivilrechts für umweltpolitische Zielsetzungen, RdE 2005, S. 60 (65) sieht durch diese Novelle das „Instrumentarium in einer beeindruckenden Weise perfektioniert“.
- 76 Art. 164 Siebente Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 29.10.2001, BGBl. I, S. 2785, Art. 37 Neuntes Euro-Einführungsgesetz vom 10.11.2001, BGBl. I, S. 2992, Art. 7 Mineralölsteuer-Änderungsgesetz 2002 vom 23.07.2002, BGBl. I, S. 2778, Art. 1 und 2 Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 16.07.2003, BGBl. I, S. 1459, Art. 134 Achte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25.11.2003, BGBl. I, S. 2304, Art. 1 Zweites Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 25.11.2003, BGBl. I, S. 3074, Art. 3 Abs. 35 Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005, BGBl. I, S. 1970, Art. 1 Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 07.11.2006, BGBl. I, S. 2550, Art. 5 Drittes des Gesetzes zur Änderung des Energieeinsparungsgesetzes vom 28.3.2009, BGBl. I, S. 643, Art. 3 Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2542, Art. 12 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009, BGBl. I, S. 3950, Art. 1 Gesetz zur Vermeidung kurzfristiger Marktengpässe bei flüssiger Biomasse vom 31.07.2010, BGBl. I, S. 1061, Art. 6 Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie auf dem Gebiet des Umweltrechts sowie zur Änderung umweltrechtlicher Vorschriften vom 11.8.2010, BGBl. I, S. 1163, Art. 1 Erstes Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11.8.2010, BGBl. I, S. 1170, Art. 1 Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien vom 12.4.2010, BGBl. I, S. 619.

des EEG wurde schließlich durch vereinzelte hoheitliche Überwachungsaufgaben ergänzt.⁷⁷

IV. Die Reaktionen in der Rechtswissenschaft auf StrEG und EEG

Obwohl oder gerade weil die Nutzung Erneuerbarer Energien lange Zeit keine in der Diskussion über die Zukunft der Elektrizitätsversorgung relevante Größe war – beispielhaft sein nur auf die noch 2001 in der Festschrift der Gesellschaft für Umweltrecht geäußerte Auffassung von *Rüdiger Breuer* verwiesen, wonach „der Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromerzeugung jedenfalls in Deutschland, aber auch in den meisten anderen Staaten Europas trotz aller Förderbestrebungen nur in bescheidenem Maße erhöht werden“ könne⁷⁸ – gab es vielfältige Einwände gegen die Förderung der Erneuerbaren Energien im Allgemeinen und über den gewählten Weg im Besonderen. Die Vorbehalte und das Unbehagen drückten sich in abstrakten Aussagen – etwa dem Verdikt „ordnungspolitischer Sündenfall“,⁷⁹ der Vermutung „ideologischer“ Handlungen⁸⁰ oder der Kategorisierung als „Störenfriede“⁸¹ auch in vielfältigen rechtlichen Einwänden gegen StrEG und EEG aus. Verfassungsrechtliche Verstöße wurden etwa gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG,⁸² die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG,⁸³ die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG⁸⁴ und den Gleich-

77 Hierzu Müller (Fn. 67), § 19a Rn. 2 ff.

78 Breuer, Anlagensicherheit (Fn. 14), S. 918; ähnlich P. Badura, Umweltschutz und Energiepolitik, H.-W. Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. II, 1998, § 83 Rn. 50.

79 Klinger, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 541 ff.

80 U. Mutschler, Stromeinspeisung und ihre Vergütung, in: J. F. Baur (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Energierechts, 1995, S. 13 (14).

81 E. Sauerbaum, Einspeisevergütung und Kartellrecht, in: J. F. Baur (Hrsg.), Energierecht und Energiepolitik heute, 1996, S. 89 (90).

82 Etwa AG Plön, NJW 1997, S. 591 (592); K. Friauf, Das Stromeinspeisungsgesetz als Mittel einer unzuverlässigen Zwangssubventionierung zu Lasten privater Unternehmen, et 1995, S. 597 (599); F. Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen des Stromeinspeisungsgesetzes, et 1995, S. 94 (97 f.); C. Treffer, Zur Verfassungswidrigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, UPR 1996, S. 128 (129 ff.), allerdings ohne nähere Differenzierung zwischen Art. 12 und 14 GG; C. Erk, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 93 ff.

83 Klinger, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 555 f.; Ossenbühl, Fragen (Fn. 82), S. 98; ders., Zur Verfassungswidrigkeit der Vergütungsregelungen des Stromeinspeisungsgesetzes, RdE 1997, S. 46 (54); Pingel/Pohlmann/Wehlmann, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 44), S. 54 ff.; Erk, Vereinbarkeit (Fn. 82), S. 148 ff. bejaht dies mit zunehmendem Anteil für Betreiber von bestehenden Kraftwerken.

84 Friauf, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 82), S. 599; A. Pohlmann, Rechtsprobleme der Stromeinspeisung nach dem Stromeinspeisungsgesetz, 1996, S. 132 f.

heitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG⁸⁵ sowie die Finanzverfassung⁸⁶ aber zum Teil auch aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheiterfordernis⁸⁷ moniert. Andere Stimmen in der Literatur traten diesen Einwänden im Einzelfall oder umfassend entgegen.⁸⁸

Heftig wurde auch die Frage nach der Vereinbarkeit des StrEG bzw. EEG mit dem Europarecht diskutiert. Zum einen wurde die Unvereinbarkeit des Finanzierungsansatzes mit dem europäischen Beihilfenrecht kritisiert. Aufgrund der durch das StrEG⁸⁹ und später durch das EEG veranlassten Vergütungszahlungen seitens

- 85 Etwa AG Plön, NJW 1997, S. 591 (592); *Klinger*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 560; *Ossenbühl*, Fragen (Fn. 82), S. 99 f.; *ders.*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 83), S. 54 ff.; *H. Kremser*, Verfassungsrechtliche Fragen des Stromeinspeisungsgesetzes, AöR 121 (1196), S. 406 (434 f.); *Treffer*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 82), S. 131 f.; kritisch auch *J. Karstens*, Das novellierte Stromeinspeisungsgesetz und alternative Möglichkeiten der Förderung regenerativer Energien, ZUR 1999, S. 188 (190).
- 86 *H.-W. Arndt*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit subventionierender Vergütungen nach dem Stromeinspeisungsgesetz vom 7. Dezember 1990, RdE 1995, S. 41 ff.; *Friauß*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 82), S. 598 f.; *Pohlmann*, Rechtsprobleme (Fn. 84), S. 72 ff.; *ders.*, Der Streit um das Stromeinspeisungsgesetz vor dem Grundgesetz, NJW 1997, S. 545 (548 f.); zweifelnd *M. Schmidt-Preuß*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Energiepolitik, in: R. Hendl/P. Marburger/M. Reinhardt/M. Schröder (Hrsg.), Energierecht zwischen Umweltschutz und Wettbewerb, 2002, S. 27 (59); *U. Büdenbender*, Das Recht der Kraft-Wärme-Kopplung und der erneuerbaren Energien, in: FS Ernst Kutscheid, 2003, S. 225 (245 f.); *J. Fischbach*, Wirtschaftsrechtliche Hoch- und Tiefpreisbindungen, in: finanzreform, Juli/August 2004, Rn. 16 ff., 90 ff., abrufbar unter http://www.finanzreform.de/index.php?option=com_content&view=article&id=26:wirtschaftsrechtliche-hoch-und-tiefpreisbindungen&catid=7:1-jahrgang-4-ausgabe-juliaugust-2004&Itemid=23#_Toc80808637 (12.10.2010); C. v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 230 ff., 296 ff., 423 ff., 819 ff.; *Erk*, Vereinbarkeit (Fn. 82), S. 56 ff.
- 87 *Treffer*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 82), S. 132; *Klinger*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 560.; ablehnend *Pohlmann*, Streit (Fn. 86), S. 550.
- 88 *R. Scholz*, Die Vergütungsregelung des Stromeinspeisungsgesetzes als Mittel verfassungsgemäßer Wirtschaftslenkung und Umweltpolitik, Windenergie Aktuell, 1995, H. 7, S. 15 ff.; *E. M. Hucko*, Zum Stromeinspeisungsgesetz, zum Verfassungsrecht als Nothelfer und zur Rechtskultur der alten Griechen, RdE 1995, S. 141 f.; *S. Studenroth*, Verfassungswidrigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes?, DVBl. 1995, S. 1216 ff. (1220 ff.); *W. Hoffmann-Riem*, Vom Staatsziel Umweltschutz zum Gesellschaftsziel Umweltschutz, DV 28 (1995), S. 425 (439 ff.); *ders.*, Umweltschutz als Gesellschaftsziel – illustriert an Beispielen aus der Energiepolitik, GewArch 1996, S. 1 (3); *Kremser*, Fragen (Fn. 85), S. 413 ff., 426 ff., 432 ff.; *Pohlmann*, Rechtsprobleme (Fn. 84), S. 129 ff.; Vgl. etwa *C. Theobald*, Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, NJW 1997, S. 550 ff.; *H.-J. Koch/P. Schütte*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, ZNER 1998, S. 3 (5 ff.); *Salje*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 26), Einf. Rn. 155; *Behrend*, Stromeinspeisung (Fn. 51), S. 155 ff., 201 ff., 247 ff., 272 ff.; *Brandt/Reshöft/Steiner*, EEG-Hk (Fn. 37), Einl. Rn. 28 ff.; *Büdenbender*, Recht (Fn. 86), S. 244; *M. Altröck*, „Subventionierende“ Preisregelung, 2002, S. 198 ff.; *J. Reshöft*, Verfassungs- und Europarechtskonformität des EEG, 2003, S. 65 ff., 82 ff., 138 ff., 153 ff.; *Altröck/Oschmann* (Fn. 57), Einf. Rn. 37 ff.; *A. Baer*, Abnahmepflichten und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, 2008, S. 318, 342.
- 89 Auch die Bundesregierung ging zunächst vom Vorliegen des Beihilfetatbestandes aus und notifizierte das Gesetz noch vor Inkrafttreten bei der EU-Kommission, die keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt hatte, BT-Drs. 11/7816, S. 4, vgl. *Richter*, Grenzen (Fn. 35), S. 61; *Allwardt*, Energierecht (Fn. 18), S. 241.

der Netzbetreiber an die Betreiber der Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien sahen eine Reihe von Autoren die Voraussetzungen des damaligen Art. 92 EGV a. F. bzw. Art. 87 EGV (heute Art. 107 AEUV) erfüllt.⁹⁰ Dagegen unterstrich die Gegenauffassung, dass die Finanzflüsse allein zwischen Privaten erfolgen und daher das Tatbestandsmerkmal „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gerade nicht erfüllt sei.⁹¹ Ein zweiter gegen die Förderung der Erneuerbaren Energien in Deutschland erhobener Einwand betraf die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit des damaligen Art. 30 EGV a. F. bzw. Art. 28 EGV (heute Art. 34 AEUV). Da entsprechend der kartellrechtlichen Vorläufer seit dem Inkrafttreten des StrEG allein Anlagen mit Standort in Deutschland in den Anwendungsbereich der Vergütungsregelung fallen,⁹² wurde ein nicht zu rechtfertigender Eingriff angenommen.⁹³ Diesem Einwand wird die Rechtfertigung aus Umweltschutzgründen entgegengehalten.⁹⁴

- 90 *Klinger*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 31), S. 561 f.; *F. Ossenbühl*, Europarechtliche Beihilfenaufsicht und nationales Gesetzgebungsverfahren, DÖV 1998, S. 811 (812); *P. Salje*, Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RIW 1998, 186 (187 ff.); *Pingel/Pohlmann/Wehlmann*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 44), S. 32 ff.; *K. Gent*, Mindestpreise und Abnahmewang als Beitrag zum europäischen Umweltschutz?, 1999, S. 45 ff., 212; *ders.*, Deutsches Stromeinspeisungsgesetz und Europäisches Wettbewerbsrecht, et 1999, S. 854 ff.; *S.-K. Richter*, Die Unvereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit europäischem Beihilferecht, RdE 1999, S. 23 (31); *H.-G. Dederer/C. Schmelzer*, Garantierte Stromeinspeisungs-Vergütung versus Zertifikats-Handelsmodell, RdE 2000, S. 214 (218 ff.); *Altrock*, Preisregelungen (Fn. 88), S. 39 ff.; *A. Witthohn*, Förderregelungen für erneuerbare Energien im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2005, S. 137 ff.
- 91 *S.-P. Iro*, Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RdE 1998, S. 11 ff.; *H. Pünder*, Die Förderung alternativer Energiequellen durch das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, S. 1059 (1060 f.); *M. Gellermann*, Das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts, DVBl. 2000, S. 509 (511 ff.); *H. Pünder*, Die aktuelle Entscheidung – Europäischer Gerichtshof billigt die Förderung von "Öko-Strom", Jura 2001, S. 591 (592 ff.); *Reshöft*, Verfassungs- und Europarechtskonformität (Fn. 88), S. 167 ff.; *Baer*, Abnahmepflichten (Fn. 90), S. 57 ff.; *Allwardt*, Energierecht (Fn. 18), S. 281 ff.; 310 ff.; *W. Kahl*, Schwerpunktbereich – Einführung in das Umweltenergierecht, JuS 2010, S. 599 (601); *A. Pomana*, Förderung Erneuerbarer Energien in Deutschland und im Vereinigten Königreich im Lichte des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2011, S. 344 ff.
- 92 Vgl. § 2 StrEG; § 2 EEG 2000, § 2 EEG 2004, § 2 EEG 2009; vgl. *P. Salje*, EEG, 5. Aufl. 2009, § 2 Rn. 46 ff.; *M. Altrock/A. Rostankowski*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG (Fn. 57), § 2 Rn. 12 ff.
- 93 Vgl. etwa *Salje*, Vereinbarkeit (Fn. 90), S. 189 f.; *Iro*, Vereinbarkeit (Fn. 91), S. 18 f.; *GA F. G. Jacobs*, Schlussanträge EuGH Rs. PreussenElektra/Schleswig, C-379/98, Slg. 2001, 32099 Rn. 190 ff.; *Pingel/Pohlmann/Wehlmann*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 44), S. 35 ff.; *Baer*, Abnahmepflichten (Fn. 90), S. 145 ff.; *Erk*, Vereinbarkeit (Fn. 82), S. 185 ff.
- 94 *Pünder*, Förderung (Fn. 91), S. 1061 f.; *Gellermann*, Stromeinspeisungsgesetz (Fn. 91), S. 515 ff.; *Altrock*, Preisregelungen (Fn. 88), S. 86 ff.; *Reshöft*, Verfassungs- und Europarechtskonformität (Fn. 88), S. 190 ff.; *Witthohn*, Förderregelungen (Fn. 90), S. 183 ff.; *G. Britz*, Klimaschutzmaßnahmen der EU und der Mitgliedstaaten im Spannungsfeld von Klimaschutz und Binnenmarkt, in: *Schulze-Fielitz/Müller*, Klimaschutzrecht (Fn. 4), S. 71 (82 ff.); *M. Burgi*, Klimaschutz durch KWK-Förderung, 2009, S. 38 ff.; *U. Ehrike*, Europäisches Recht der erneuerbaren Energien, in: *W. Frenz/H.-J. Muggenborg* (Hrsg.), EEG, 2010, Rn. 36; *Kahl*, Schwerpunktbereich (Fn. 91), S. 601; *Pomana*, Förderung (Fn. 91), S. 293 ff.

V. Rezeption der Kritik in der Rechtsprechung

Die vorgetragenen Einwände haben in der Rechtsprechung weder zum StrEG noch zum EEG nachhaltigen Widerhall gefunden.⁹⁵ Die Gesetze und damit das ihnen zugrundeliegende Design sind letztlich weder europarechtlich noch verfassungsrechtlich beanstandet worden. In europarechtlicher Hinsicht war die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 13. März 2001 in der Rechtssache Preussen-Elektra⁹⁶ wegweisend. Auf Vorlage des Landgerichts Kiel⁹⁷ hatte der EuGH sowohl das Vorliegen einer Beihilfe⁹⁸ als auch die Verletzung der Vorgaben zur Warenverkehrsfreiheit verneint. Zwar bleibt die dogmatische Herleitung der Entscheidung bezüglich der Warenverkehrsfreiheit im Unklaren,⁹⁹ in der Sache aber hat der EuGH einen relativen Schlusspunkt in der Diskussion gesetzt.¹⁰⁰

Die Entscheidungen haben auch weiterhin Bestand.¹⁰¹ Weitere Argumente für die Vereinbarkeit des EEG mit dem europäischen Recht ergeben sich auch aus den jüngeren Änderungen sowohl im europäischen¹⁰² als auch deutschen Rechtsrahmen. Zum einen ist mit der im Jahr 2009 in Kraft getretenen Erneuerbare-Energien-

95 Vgl. auch die chronologischen Ausführungen bis 2000 bei *Richter*, Grenzen (Fn. 35), S. 59 ff.

96 Urteil des EuGH vom 13.03.2001, Rs. 379/98 (PreussenElektra), Slg. 2001, I 2099; zur Einordnung des dahinterstehenden Rechtsstreits zwischen der PreussenElektra AG mit ihrer Tochter Schleswig AG *P. J. Tettinger*, in: Gesellschaft für Umweltrecht, Umweltrecht (Fn. 14), S. 949 (962).

97 EuZW 1999, S. 29 ff.

98 Vgl. zu den Folgen für die Praxis der Kommission *T. M. Rusche*, Die beihilferechtliche Bewertung von Förderregelungen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, ZNER 2007, S. 142 ff.

99 Kritisch *S. Heselhaus*, Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit – Nationaler Umweltschutz in einem unvollkommenen Binnenmarkt, EuZW 2001, S. 645 (646 „argumentativen Gemischtwarenhandel“); *R. Streinz*, Anmerkungen, JuS 2001, S. 596 (597 „ungeordnetes Konglomerat von Rechtfertigungsgründen“); vgl. ferner *Schmidt-Preuß*, Rahmenbedingungen (Fn. 86), S. 50 f.; *Britz*, Klimaschutzmaßnahmen (Fn. 94), S. 88; *Burgi*, Klimaschutz (Fn. 94), S. 40.

100 Auch die EU-Kommission hat aufgrund der Entscheidung letztlich ihr Untersuchungen zum EEG eingestellt, vgl. EU-KOM, Presseerklärung vom 22.05.2002, IP/02/739. Kritisch dagegen im Hinblick auf mögliche Folgen im Hinblick auf die Umgehung des Beihilferechts *S. Kreiner*, Luxemburger Sündenfall: Staatlicher Zwang zur Subventionierung von Konkurrenten gemeinschaftlich zulässig, The European Legal Forum 2000/2001, S. 312 (318).

101 Vgl. nur *W. Cremer*, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht – Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 01.07.2007 gemeinschaftsrechtswidrig?, EuZW 2007, S. 591 (596), *Burgi*, Klimaschutz (Fn. 94), S. 40 ff.; *Büdenbender*, Recht (Fn. 86), S. 244; vgl. auch *S. Klinski*, Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2004/54/EG und 2001/77/EG, ZNER 2005, S. 207 ff.; a. A. *U. Karpenstein/C. Schneller*, Die Stromspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, S. 6 ff.

102 Zur Entwicklung des europäischen Rechtsrahmens *M. Knauff*, Die Entwicklung eines europäischen Rechts der Erneuerbaren Energien im Kontext des Europäischen Umweltrechts, in diesem Band, S. 408 ff.

Richtlinie (EE-RL) der EU¹⁰³ eine ausdrückliche Erlaubnis zur Beschränkung der Förderinstrumente auf die jeweiligen im eigenen Hoheitsgebiet angesiedelten Anlagen enthalten, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL.¹⁰⁴ Zum anderen hat die Umstellung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus für die durch das EEG vergüteten Strommengen zum 1. Januar 2010¹⁰⁵ zu einer vollständigen Integration dieser Energiemengen in den europäischen Elektrizitätsmarkt geführt. Dadurch entfällt die Abschottung des deutschen Strommarktes im Umfang des durch das EEG geförderten Anteils der Erneuerbaren Energien. Gleichzeitig können alle europäischen Versorger sich mit diesen Elektrizitätsmengen zur Erfüllung ihrer Lieferverpflichtungen eindecken. Die europarechtlichen Einwände haben damit weiter an Gewicht verloren.

Im Hinblick auf die aufgeworfenen Fragen zur Vereinbarkeit von StrEG und EEG mit dem Grundgesetz hatte das Bundesverfassungsgericht zunächst keine Gelegenheit, sich mit den materiellen Rechtsfragen zu befassen.¹⁰⁶ Die ersten Fälle wurden allesamt bereits wegen Unzulässigkeit der Anliegen abgewiesen. Eine erste Richtervorlage vom LG Karlsruhe aus dem Jahr 1995¹⁰⁷ zum StrEG, die einen Verstoß gegen die Finanzverfassung rügte, hat das Bundesverfassungsgericht mangels hinreichender Aufarbeitung und Darlegung des verfassungsrechtlichen Verstoßes als unzulässig abgewiesen.¹⁰⁸ Ebenfalls erfolglos endete eine zweite Richtervorlage aus dem Jahre 1996 vom AG Plön. Diese sah eine Verletzung der Berufsfreiheit und des allgemeinen Gleichheitssatzes und Verstöße gegen die Vorgaben der Finanzverfassung als gegeben an.¹⁰⁹ Das Bundesverfassungsgericht traf hierzu aber zunächst keine Entscheidung, sondern sandte die Akten lediglich mit einer richterlichen Verfügung und dem Hinweis auf die „vorrangig(en)“ europarechtlichen Fragestellungen zurück.¹¹⁰ Nach Intervention seitens des vorlegenden Amtsgerichts Plön wurde die Vorlage als unzulässig verworfen.¹¹¹

103 Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG ABl. EU L 140/16, hierzu: *W. Lehnert/J. Vollprecht*, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, S. 307 ff.; *T. Müller*, Neujustierung des europäischen Umweltenergierechts im Bereich Erneuerbarer Energien? – Zur Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen –, in: *W. Cremer/C. Pielow* (Hrsg.), Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht, 2010, S. 142 ff.

104 Hierzu *Müller*, Neujustierung (Fn. 103), S. 161 ff.

105 Hierzu *A. Rostankowski/V. Oschmann*, Fit für die Zukunft? – Zur Neuordnung des EEG-Ausgleichsmechanismus und weiteren Reformansätzen, RdE 2009, S. 361 ff.; *A. Rostankowski*, Die Ausgleichsmechanismus-Verordnung und der Ausbau Erneuerbarer Energien, ZNER 2010, S. 125 ff.

106 Vgl. auch *Bergmann*, Normsetzung (Fn. 36), S. 26 f.

107 LG Karlsruhe, Beschluss vom 29.09.1995, Az.: 2 O 176/95.

108 BVerfG, Beschluss vom 09.01.2006, NJW 1997, S. 573 f.

109 AG Plön, NJW 1997, S. 591.

110 BVerfG, Richterliche Verfügung vom 07.08.2000, Az.: 2 BvL 12/96; hierzu *J. Thönnies*, ZNER 2000, S. 207.

111 BVerfG, Beschluss vom 17.05.2002, Az. 2 BvL 6/02.

Auch die ersten gegen das StrEG und das EEG erhobenen Verfassungsbeschwerden führten nicht zu Sachentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Die erste wurde von einem schleswig-holsteinischen Elektrizitätsversorgungsunternehmens am 25.09.1996 gegen das StrEG¹¹² eingelegt und im Jahr 1998¹¹³ anlässlich der Änderung des StrEG durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts¹¹⁴ durch eine zweite ergänzt. Beide wurden – nachdem sie zwischenzeitlich vom Bundesverfassungsgericht weggelegt worden waren, weil die Beschwerdeführer das Verfahren nicht weiter betrieben hatte¹¹⁵ – vom Bundesverfassungsgericht wegen Unzulässigkeit aufgrund von Verfristung nach § 93 Abs. 3 BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen.¹¹⁶ Zwei weitere Verfassungsbeschwerden wurden von den Beschwerdeführern zurückgenommen,¹¹⁷ ein weiteres Verfahren vom Gericht durch das Weglegen der Akten am 7. August 2000 ohne Entscheidung beendet.¹¹⁸ Zwei weitere Verfassungsbeschwerden aus den Jahren 2005¹¹⁹ und 2007¹²⁰ gegen das EEG wurden ebenfalls als unzulässig verworfen.

Erstmalig zum EEG 2009 hat sich das Bundesverfassungsgericht auch in der Sache zu Fragen des Verfassungsrechts im Zusammenhang mit der Förderung Erneuerbarer Energien geäußert. Anlässlich der Änderung im Hinblick auf die Zusammenfassung von mehreren Biogasanlagen zur Berechnung der Vergütungshöhe¹²¹ und der Vergütungsfähigkeit von Photovoltaik-Anlagen auf Ackerflächen¹²² wurden im Winter 2008 bzw. im Frühjahr 2010 eine Reihe von Verfassungsbeschwerden erhoben,¹²³ die einen Verstoß gegen den im EEG enthaltenen

112 BVerfG, Az.: 2 BvR 1901/96.

113 BVerfG, Az.: 2 BvR 1200/98.

114 Vom 24.04.1998, BGBl. I, S. 730.

115 Mündliche Auskunft des BVerfG.

116 BVerfG, Entscheidungen vom 03.01.2002, Az.: 2 BvR 1828/01, 2 BvR 1827/01; während die Frage der Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 BVerfGG in der ersten Entscheidung noch offengelassen wurde, wurde in der zweiten Entscheidung auch dieser Fehler gerügt.

117 BVerfG, Az.: 2 BvR 121/97 am 01.04.2000 sowie Az.: 2040/01, die aus der ursprünglichen Verfassungsbeschwerde Az.: 1783/98 hervorgegangen war, die das BVerfG wegen Nichtbetreibens ebenfalls am 07.08.2000 weggelegt hatte.

118 BVerfG, Az.: 2 BvR 890/98.

119 BVerfG, Beschluss vom 02.01.2006, Az.: 1 BvR 1026/05.

120 BVerfG, Beschluss vom 16.10.2007, Az.: 1 BvR 2565/07.

121 § 66 Abs. 1 EEG 2009 i. V. m. § 19 Abs. 1 EEG 2009; hierzu und zu der Korrektur dieser gesetzgeberischen Entscheidung durch Art. 12 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009, BGBl. I, S. 3950, *P. Salje*, Die Modifizierung des EEG-Anlagenbegriffs durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, *CuR* 2010, S. 4 ff.; *T. Schomerus*, Die Privilegierung von Biogasanlagenparks im Wachstumsbeschleunigungsgesetz, *NVwZ* 2010, S. 549 ff.; *C. Richter*, Die Behandlung mehrerer Biomasseanlagen im EEG 2009, *NVwZ* 2010, S. 1007 ff.

122 BVerfG, Az.: 1 BvQ 28/10, 1 BvR 2417/10.

123 BVerfG Az. 1 BvR 3076/08, 1 BvR 3076/08, 1 BvR 3299/08, 1 BvR 3369/08, 1 BvR 3370/08, 1 BvR 3371/08, 1 BvR 3372/08, 1 BvR 3403/08, 1 BvR 3407/08, 1 BvR 3422/08, 1 BvR 3436/08, 1 BvR 3468/08, 1 BvR 3469/08, 1 BvR 3483/08, 1 BvR 3484/08, 1 BvR 3530/08; siehe auch das in diesem Zusammenhang geführte Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz BVerfG, Beschluss vom 04.03.2009, Az.: 1 BvQ 17/09.

Vertrauensschutz¹²⁴ und damit einen Fall der unzulässigen unechten Rückwirkung rügten. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht nicht explizit zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des EEG Stellung genommen. Es hat aber mit der Sachentscheidung¹²⁵ inzident die Frage nach der Vereinbarkeit des EEG mit dem Grundgesetz positiv beantwortet.¹²⁶

Zuvor hatte auch bereits der Bundesgerichtshof in Grundsatzurteilen sowohl zum StrEG als auch zum EEG die erhobenen Einwände verworfen. Bereits in seiner Entscheidung vom 22. Oktober 1996 hatte der BGH sowohl die Vereinbarkeit von Abnahme- und Vergütungspflicht mit der Berufsfreiheit, als auch der Eigentumsfreiheit sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz und der Judikatur zu Sonderabgaben mit ausführlicher Begründung bejaht.¹²⁷ Diese Entscheidung hat er dann auch für das EEG mit seinen Urteilen vom 11. Juni 2003 fortgeschrieben¹²⁸ und dabei auch die positiven Auswirkungen des neu eingefügten bundesweiten Ausgleichsmechanismus auf die verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzes im Hinblick auf den Gleichheitssatz gewürdigt.¹²⁹ Damit hat es sich der weit überwiegenden Anzahl der deutschen Zivilgerichte angeschlossen, die in der schier unübersichtlichen Judikatur zu den verschiedenen im Zusammenhang mit der Anwendung des StrEG und EEG aufgeworfenen Rechtsfragen ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Einwände formuliert haben.

Festzuhalten bleibt damit, dass das EEG mit seinen prägenden Strukturmerkmalen den europä- und verfassungsrechtlichen Prüfungen Stand gehalten hat. Diese Entscheidungen führen selbstverständlich aber nicht dazu, dass in der Zukunft keine neuen verfassungs- oder europarechtlich Fragen mehr zu klären sein könnten.¹³⁰ Veränderungen am EEG – die aus vielfältigen Gründen in der Vergangenheit

124 Zum Vertrauensschutz *Kahles/Lutz/Schütter*, Grundlagen (Fn. 6), S. 512 ff.; vgl. auch schon *S. Klinski*, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage?, 2005.

125 Dabei hat das Bundesverfassungsgericht selbst die aufgeworfene Frage nach dem Vertrauensschutz offengelassen, da es mit dem Verweis auf eine besonders umstrittene Rechtslage bereits das Entstehen eines schutzwürdigen Vertrauens im speziellen Fall verneint hat, vgl. hierzu auch *T. Schomerus*, Kein Vertrauensschutz für Betreiber großer Biogasanlagen? Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anlagensplitting, BVerfG, Beschluss vom 18.2.2009 – 1 BvR 3076/08, EurUP 2011, S. 246 ff.; *S. Klinski*, EEG-Vergütung: Vertrauensschutz bei künftigen Änderungen der Rechtslage? Erörterung unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zum sog. Anlagensplitting 2009, 2009, http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/klinski_eeg_vergueutung.pdf (12.10.2010).

126 BVerfGE 122, 374, Rn. 69 ff.; hierauf verweisen unmittelbar oder mittelbar auch die Beschlüsse vom 3.4.2009, Az.: 1 BvR 3076/08, 1 BvR 3299/08, 1 BvR 3369/08, 1 BvR 3370/08, 1 BvR 3371/08, 1 BvR 3372/08, 1 BvR 3403/08, 1 BvR 3407/08, 1 BvR 3422/08, 1 BvR 3436/08, 1 BvR 3468/08, 1 BvR 3469/08, 1 BvR 3483/08, 1 BvR 3484/08; Beschluss vom 16.4.2009, Az.: 1 BvR 3530/08; BVerfG, Beschluss vom 23.9.2010, Az.: 1 BvQ 28/10; Beschluss vom 25.11.2010, Az.: 1 BvR 2417/10.

127 BGHZ 134, 1 (13 ff.).

128 BGH, ZNER 2003, S. 234 ff.

129 BGH, ZNER 2003, S. 234 (238).

130 Vgl. etwa zu Beihilferecht *V. Behlau*, Die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien auf dem Prüfstand des europäischen Beihilfenrechts, in diesem Band, S. 336 ff.

vorgenommen worden sind und auch in der Zukunft erfolgen werden (müssen) – können bezogen auf die neue Detailregelung anders zu bewerten sein.¹³¹ Sie können aber auch die Grundlagen des Gesetzes so weit verändern, dass sie die bisherige Einordnung empfindlich verschieben.¹³² Veränderungen am EEG sind daher sorgfältig auf die Auswirkungen auf die verfassungs- und europarechtliche Einordnung zu untersuchen.

C. Juristischer Quellcode und rechtliches Programm des EEG

Die soeben beschriebene Entwicklung des Rechts der Erneuerbaren Energien von einem dem Kartellrecht entnommenem Anspruch hin zu einem gleichermaßen einfachen wie komplexen Gesetz wie dem EEG haben einen ganz bestimmten Quellcode entstehen lassen, der das rechtliche Programm des EEG steuert. Was macht diesen Quellcode so besonders und im Vergleich zu anderen umwelt- und umweltenergierechtlichen Steuerungsansätzen so erfolgreich? Es gibt eine Vielzahl an Gründen, drei scheinen besonders wichtig und sollen daher näher vorgestellt werden: Zum einen hat das EEG ein sehr hohes Maß an Investitionssicherheit geschaffen (dazu sogleich I..). Zum anderen hat es durch sein Design auch eine weitreichende Entwicklung innovativer Technologien ermöglicht (dazu II..). Am Bedeutendsten und die Besonderheit des Gesetzes am intensivsten prägend ist jedoch die Auswahl der Akteure, die das EEG trifft und der sich der Beitrag abschließend zuwendet (dazu III..).

Vorweggeschickt sei noch, dass das StrEG und das EEG sicherlich nicht alleine ursächlich für die bisherige Entwicklung sind. Zum einen gibt es vielfältige außerrechtliche Faktoren, etwa die sich verbreitenden Erkenntnisse zum Klimawandel¹³³ oder der Zusammenbruch des Neuen Marktes und die anschließende Niedrigzinsphase. Dadurch wurden nicht nur die Finanzierungsbedingungen im Bereich der Erneuerbaren Energien durch die Banken verbessert, sondern die Suche nach sicheren und attraktiven Kapitalanlagemöglichkeiten hat einen zusätzlichen Fi-

131 Vgl. etwa zu den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Besondere Ausgleichsregelung *A. Böwing*, in: Säcker, Berliner Kommentar (Fn. 50), EEG, § 16 Rn. 41 f.; *T. Müller*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG (Fn. 57), § 16 Rn. 12 ff.; a. *A. H. Posser/S. Altschmidt*, in: Frenz/Müggenborg, EEG (Fn. 94), Vor §§ 40 bis 44 Rn. 23 ff.

132 Sie können aber auch zu einer weiteren europa- und verfassungsrechtlichen Absicherung führen, wie dies etwa im Zuge der EE-RL oder der Änderung des Wälzungsmechanismus zu verzeichnen war, vgl. oben B.V.

133 Vgl. etwa die Anträge zur Einsetzung einer mit dieser Thematik befassten Enquete-Kommission (BT-Drs. 11/533, 11/787 und 11/971) und die Arbeit der daraufhin im Oktober 1987 eingesetzten Enquete-Kommission „Vorsorge und Schutz der Erdatmosphäre“ (BT-Drs. 11/3246, 11/7220 und 11/8030); hierzu *M. Reese*, Die Handlungsempfehlungen der Enquête-Kommission „Schutz der Erdatmosphäre“ zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen, in: H.-J. Koch/J. Caspar (Hrsg.), Klimaschutz im Recht, 1997, S. 95 ff.

nanzfluss in den Ausbau der Erneuerbaren Energien ermöglicht.¹³⁴ Zum anderen setzt auch der Rechtsrahmen weitere Impulse. StrEG und EEG sind Teil eines Instrumentenverbundes, der weitere, diese beiden Hauptförderinstrumente flankierende und damit in ihrer Wirkung verstärkende Maßnahmen enthält.¹³⁵ Besonders hervorzuheben ist hier die 1997 erfolgte Außenbereichsprivilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB,¹³⁶ die einer kommunalen Verhinderungsstrategie durch Negativplanung frühzeitig einen Hebel vorgeschoben hat.¹³⁷ Aber auch günstige Finanzierungsbedingungen durch die staatseigene KfW¹³⁸ und akzeptanzfördernde Maßnahmen,¹³⁹ beispielsweise die Aufteilung von Gewerbesteuererträgen zwischen den Gemeinden, in denen die Windenergieanlagen errichtet sind, und denjenigen, in denen deren Betreiber ihren Sitz haben,¹⁴⁰ tragen ihren Teil zum Ausbau der Erneuerbaren Energien bei.

I. Die Schaffung eines hohen Maßes an Investitionssicherheit

Ganz maßgeblich für den Erfolg des EEG ist das hohe Maß an Investitionssicherheit, das durch das Zusammenspiel der einzelnen Elemente des Quellcodes erzeugt wird. Die Sicherheit entsteht aus dem Zusammenwirken von Vergütungssätzen, Vergütungszeitraum, Vergütungsgarantie und Vorrangprinzip. Die gesetzlich festgelegten Mindestvergütungssätze sind für den regelmäßig 20 Jahre dauernden Vergütungszeitraum nominell gleichbleibend. Trotz der aufgrund der Inflation einhergehenden realen Absenkung sind sie dabei so kalkuliert, dass sie entsprechend dem

134 Zur Finanzierung vgl. auch *J. Böttcher*, Projektfinanzierung von Erneuerbare-Energien-Vorhaben, 2009; *M. Gerhard/T. Rüschen/A. Sandhövel* (Hrsg.), Finanzierung Erneuerbarer Energien, 2011.

135 Zum Zusammenwirken der unterschiedlichen Instrumente bei der Förderung Erneuerbarer Energien *T. Müller*, Der Rechtsrahmen zur Förderung und Nutzung Erneuerbarer Energien, insbesondere Erneuerbare-Energien-Gesetz und Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, in: *W. Köck/K. Fassbender* (Hrsg.), Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, 2010, S. 15 (28 ff.); zum Instrumentenverbund *M. Rodi*, Das EEG im Instrumentenverbund des Energieweltrechts, in diesem Band, S. 371 ff.

136 Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996, BGBl. I, S. 1189, dazu *M. Krautzberger*, Neuregelung der baurechtlichen Zulässigkeit von Windenergieanlagen zum 01.01.1997, NVwZ 1996, S. 847 ff.

137 Hierzu *G. Wustlich*, Das Recht der Windenergie im Wandel, ZUR 2007, S. 16 (17 f.); *P. Fest*, Die Errichtung von Windenergieanlagen in Deutschland und seiner Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2010, S. 114 ff.; *A. Hentschel*, Umweltschutz bei Errichtung und Betrieb von Windkraftanlagen, 2010, S. 471; *S. Ramtke*, Die Rechtsprobleme des Ausbaus der Windenergienutzung in Deutschland, 2010, S. 45 f.

138 Vgl. www.kfw.de.

139 Zur Bedeutung der Akzeptanz für den Ausbau der Erneuerbaren Energien vgl. *J. Zoellner/P. Schweizer-Ries/I. Rau*, Akzeptanz für Erneuerbare Energien, in diesem Band, S. 91 ff.

140 Vgl. § 28 i. V. m. § 29 Abs. 1 Nr. 2 Gewerbesteuergesetz (GewStG) in der Fassung vom 15.10.2002, BGBl. I, S. 4167, geändert durch Art. 4 Gesetz vom 19.12.2008, BGBl. I, S. 2794; dazu *J. Siebert/F. Kindel*, Gewerbesteueraufteilung bei Windkraftanlagen-Betriebsmodellen, FR 2009, S. 613 f.

Prinzip der kostendeckenden Vergütung innerhalb des Anspruchszeitraums die Amortisation und eine angemessene Rendite erlauben.¹⁴¹ Dabei sind die Vergütungssätze garantiert und können nicht für bereits errichtete Anlagen vom Gesetzgeber beliebig verändert werden, so dass ein weitgehender Vertrauenstatbestand geschaffen wird, der nachteilige Veränderung verhindert.¹⁴² Das Vorrangprinzip sichert die Wirksamkeit dieser Vergütungsstruktur ab. Indem die Netzbetreiber den Strom aus Erneuerbaren Energien im Rahmen des technisch Möglichen immer abnehmen und notfalls dazu die Einspeisung konventioneller Einspeisung unterbinden müssen,¹⁴³ wird sichergestellt, dass der Anspruch auf die Einspeisevergütung auch tatsächlich in Anspruch genommen werden kann.¹⁴⁴

Diese Investitionssicherheit wirkt auch gegenüber den Banken, die das erforderliche Fremdkapital zur Verfügung stellen. Auch diese stehen vor einer sehr gut kalkulierbaren Situation, denn das unternehmerische Risiko der Anlagenbetreiber beschränkt sich auf meteorologische Faktoren, Fragen der technischen Verfügbarkeit und soweit erforderlich der Entwicklung der Brennstoffkosten. Hinsichtlich der Aspekte des Absatzes des erzeugten Stroms und des mindestens zu erzielenden Preises herrscht dagegen von Anfang an Klarheit. Banken gewähren daher sehr gerne und zu vergleichsweise günstigen Konditionen Kredite für die Errichtung von EEG-Anlagen,¹⁴⁵ weil sie aufgrund des reduzierten Risikos keine hohen Aufschläge einkalkulieren müssen. Die günstigen Finanzierungsbedingungen führen wiederum dazu, dass die Anlagenbetreiber geringere Kosten haben und daher mit relativ niedrigen Vergütungssätzen auskommen können, um ihre Investitionskosten zu amortisieren. Die hohe Investitionssicherheit ist daher ein ganz wichtiger Schlüssel, für die Effizienz dieses Instruments zum Ausbau der Erneuerbaren Energien.¹⁴⁶

141 So schon BT-Drs. 14/2341 S. 8.

142 Zum Vertrauensschutz vgl. oben die Nachw. in Fn. 124 f.

143 *F. Ekarde*, in: Frenz/Müggenborg, EEG (Fn. 94), § 2 Rn. 10 ff.; *M. Altrock/A. Rostankowski*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG (Fn. 57), § 2 Rn. 15 ff.; vgl. auch schon *Möstl*, Vorrang (Fn. 72), S. 90 ff. Zu den sich aus dem Ausbau der Erneuerbaren Energien ergebenden Anforderungen *Y.-M. Saint-Drenan/N. Gerhardt/M. Sterner*, Anforderungen an den zukünftigen konventionellen Kraftwerkspark zur Integration eines hohen Anteils Erneuerbaren Energien, in diesem Band, S. 877 ff.

144 Soweit nach § 11 EEG das Recht zur Reduzierung der Einspeiseleistung besteht wird der drohende Vergütungsausfall über den Entschädigungsanspruch in § 12 Abs. 1 EEG kompensiert.

145 Vgl. beispielsweise nur die günstigen Bedingungen der kfw, abrufbar unter http://www.kfw.de/kfw/de/Inlandsfoerderung/Programmuebersicht/Erneuerbare_Energien_-_Standard/index.jsp (12.10.2010).

146 Dies ist auch einer der Gründe, warum Einspeiseregulungen wie das EEG im Rahmen vergleichender Analysen regelmäßig besonders positiv abschneiden. Vgl. dazu auch *M. Ragwitz/A. Held*, Einspeiseregulungen als effizienter Weg zum Ausbau der Erneuerbaren Energien – Die Erfahrungen aus und für Europa, in diesem Band, S. 321 ff.; vgl. auch *Pomana*, Förderung (Fn. 91), S. 264 ff.

II. Innovative Technologieförderung

Einer der Zwecke des EEG ist gemäß § 1 Abs. 1 EEG, „die Weiterentwicklung von Technologien zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien zu fördern“. Dabei ist die Technologieentwicklung kein Selbstzweck, sondern dient in erster Linie¹⁴⁷ dem Klimaschutz, indem verbesserte Konzepte für die Anwendung in der Zukunft entstehen können.¹⁴⁸ Der Blick zurück macht sehr deutlich, dass dies auch in beachtlichem Maß gelungen ist. Die durchschnittliche Leistung neuer Windenergieanlagen ist beispielsweise von 1990 bis 2009 von rund 165 Kilowatt auf etwas über 2000 Kilowatt gestiegen,¹⁴⁹ die Systemkosten je Kilowatt Leistung einer Photovoltaikanlage konnten aufgrund technischer Verbesserungen von umgerechnet rund 14.000 Euro im Jahr 1990 bis zum letzten Quartal 2009 auf einen Durchschnittspreis von 3.135 Euro gesenkt werden.¹⁵⁰ Die so induzierte Technologieentwicklung wäre vermutlich allein durch eine Forschungsförderung nicht möglich gewesen. Viele Anforderungen an Anlagen ergeben sich erst aus der Praxisanwendung, so dass eine Markteinführung in der Breite trotz der mit der Unkenntnis über die zukünftigen Abläufe immer verbundenen gesetzgeberischen Schwierigkeiten sinnvoll erscheint.

Wie wird eine solche Entwicklung ermöglicht? Auch hier kann nicht ein einzelnes Element des Quellcodes identifiziert werden, das allein ursächlich wäre, vielmehr wird auch der Gesetzeszweck der Technologieentwicklung¹⁵¹ erst durch das Zusammenspiel verschiedener Faktoren erreicht. Einen ersten Anreiz entfaltet bereits der Vergütungsmechanismus selbst, da Ansprüche nur bei tatsächlich erzeugter und eingespeister Elektrizität entstehen. Das EEG hat damit einen systemimmanenten Anreiz, möglichst viel Strom zu erzeugen und Anlagen technisch möglichst effizient auszulegen bzw. den Brennstoffeinsatz zu optimieren.

147 Daneben tritt zusätzlich der nicht unwesentliche Gesichtspunkt der spezifischen Kostenreduktion, mit dem das Ziel verfolgt wird, die Erzeugungskosten der Erneuerbaren Energien sukzessive so weit zu senken, dass schon diese – und damit ohne Berücksichtigung weiterer volkswirtschaftlicher Vorteile der Energienutzung der Erneuerbaren Energien (vgl. dazu auch *O. Edenhofer/B. Knopf/G. Luderer*, Die Gretchenfrage des Klimaschutzes: „Nun sag, wie hast Du’s mit dem Eigentum?“, in diesem Band, S. 34 ff.) – mit denen konventioneller Kraftwerke wettbewerbsfähig sind.

148 Müller, Rechtsrahmen (Fn. 135), S. 19 f.; vgl. allg. zum Energiewirtschaftsrecht *P. Schumacher*, Innovationsregulierung im Recht der netzgebundenen Elektrizitätswirtschaft, 2009; vgl. zu den Ergebnissen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht *K. Schumacher*, Innovative energy technologies in energy-economy models Assessing economic, energy and environmental impacts of climate policy and technological change in Germany, Diss. 2007, Kap. 5.5, abrufbar unter <http://edoc.hu-berlin.de/dissertationen/schumacher-katja-2007-07-18/HTML/front.html> (12.10.2010).

149 <http://www.unendlich-viel-energie.de/uploads/media/Leistungsentwicklung-Wind.pdf> (12.10.2010).

150 *B. Janzing*, Innovationsentwicklung der Erneuerbaren Energien, *Renews Spezial* 37/Juli 2010, S. 8.

151 Dazu *T. Müller*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG (Fn. 57), § 1 Rn. 23 f.

In die gleiche Richtung wirkt die sog. Degression. Indem jedes Jahr für die dann neu in Betrieb gehenden Anlagen der Vergütungssatz sinkt,¹⁵² verringern sich die Erlöse, wenn es nicht im Gegenzug gelingt, durch Verbesserungen an den Anlagen einen höheren Stromertrag zu erzielen. Die Hersteller der Anlagen sind diesem ständigen Fortentwicklungsdruck ausgesetzt. Fallen sie im Wettbewerb zurück, schmälert dies die Chancen, ihre Anlagen zu verkaufen. Vergütungssatz und Degression zwingen folglich dazu, fortlaufend besser zu werden und dafür in technische Innovationen zu investieren.

Ein dritter Aspekt ist die technologiespezifische Ausgestaltung der Vergütungssätze, die es erlaubt, durch gezielte Steuerung einzelne Technologien entsprechend der spezifischen Gegebenheiten zu fördern, beispielsweise durch bestimmte Vergütungsaufschläge für den Einsatz bestimmter Technologien oder Verfahren. Dagegen führen für alle Technologien gleich ausgestaltete Vergütungsanreize oder Instrumente dazu, dass Anlagen mit geringeren Grenzkosten Mitnahmeeffekte erzielen, wohingegen Anlagen mit höheren Grenzkosten nicht realisiert werden. Zwar stellt eine differenzierte Ausgestaltung hohe Anforderungen an den Gesetzgeber. Er muss mit zahlreichen Unbekannten kalkulieren und ohne genaue Kenntnis der zukünftigen Gegebenheiten und Folgen seines Tuns die einzelnen Bausteine des Regelwerks parametrieren. Die dazu erforderlichen Entscheidungen in Kenntnis des Nicht-Wissens der genauen Auswirkungen sind aber allein kein durchschlagendes Argument gegen ein solches Vorgehen.¹⁵³ Vielmehr muss der Gesetzgeber sorgfältig zwischen den Vor- und Nachteilen einer differenzierten und zukunftsorientierten Ausgestaltung einerseits und den Risiken möglicher Fehlsteuerungen abwägen. Und er muss im Falle solcher nicht gewünschten Entwicklungen korrigierend eingreifen. Aufgrund der mit dem EEG-Erfahrungsbericht vorgesehenen regelmäßigen Überprüfung der Wirkungen des EEG im Sinne einer retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung¹⁵⁴ hat der Gesetzgeber auch die erforderlichen Vorkehrungen geschaffen, um reagieren zu können. Zusätzlich kann er – wie etwa die Änderungsgesetze der letzten Jahre zeigen – bei akuten Problemen auch zwischen den Evaluierungsschritten aktiv werden.

152 § 20 EEG, vgl. dazu *Ekarde* (Fn. 143), § 20 Rn. 1 ff.; *P. Salje*, EEG, 5. Aufl. 2009, § 20 Rn. 1 ff.

153 Zu Handeln bei fehlender Kenntnis der Konsequenzen *I. Spiecker genannt Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: M. Bungenberg/S. Danz/H. Heinrich/O. Hünenmörder/C. Schmidt/R. Schroeder/A. Sickert/F. Unkroth (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 61 ff.; vgl. auch *A. Scherzberg*, *Rechtswissenschaften*, in: C. Engel/J. Halfmann/M. Schulte (Hrsg.), *Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen*, 2002, S. 113 (121 ff.).

154 Vgl. dazu *C. Böhrer/G. Konzendorf*, *Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung* (GFA), 2001, S. 255 ff.

III. Die Vermeidung von Ausweichstrategien durch die Aktivierung neuer Akteure

Maßgeblich für den Erfolg des EEG dürfte jedoch in Kombination mit den beiden erstgenannten Elementen ein dritter Gesichtspunkt sein, der die positiven Wirkungen von Investitionssicherheit und Technologieentwicklung wesentlich verstärkt und ihnen so zum Durchbruch in der Breite verhilft. Das EEG setzt einen Anreiz zu dem vom Gesetzgeber gewünschten Verhalten. Es ist daher ein indirekter Steuerungsansatz und arbeitet nicht mit Zwang. Insoweit hat das EEG Gemeinsamkeiten mit einer Reihe weiterer umwelt(energie)rechtlicher Instrumente. Der zu diesen häufig abweichende Erfolg lässt sich aber erst durch eine Besonderheit des EEG erklären,¹⁵⁵ die ihrerseits in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes begründet liegt. Der Anreiz richtet sich in erster Linie nicht an die bereits im Bereich der Elektrizitätserzeugung tätigen Akteure. Vielmehr wendet sich das EEG in Folge seiner historischen Entwicklung in erster Linie an außenstehende Dritte, die bisher nicht in den klimarelevanten Verursachungszusammenhang der Stromversorgung involviert sein müssen.

Nach dem für das Umweltrecht prägenden Verursacherprinzip¹⁵⁶ hätte es nahegelegen, die Betreiber fossiler Kraftwerke, deren Kohlendioxidemissionen unter Klimaschutzgesichtspunkten der Ursprung des menschengemachten Klimawandels sind, oder die Vertriebe als Lieferanten eines nicht den Umweltgesichtspunkten gerecht werdenden Produkts oder aber die Verbraucher, die eben dieses Produkt nachfragen, in die Pflicht zu nehmen und ihnen aufgrund ihrer Ursächlichkeit für den Klimawandel konkrete Klimaschutzpflichten aufzuerlegen. Mittelbar kommt es auch zu diesem Ergebnis. Durch neue Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien verringert sich die Absatzchance für die sonstigen Kraftwerksbetreiber, müssen die Vertriebe die EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber zahlen und werden letztlich die Stromverbraucher für die Kosten des Ausbaus der neuen Energieversorgung in Anspruch genommen. Dies geschieht jedoch nur mittelbar infolge der Investitionen der vom EEG adressierten Anlagenbetreiber. Entsprechend seiner kartellrechtlichen Prägung – also ursprünglich aus Wettbewerbsgesichtspunkten – versetzt das EEG jedermann in die Lage, Strom aus regenerativen Quellen, der dem Ziel des Klimaschutzes dient und dieses Anliegen aktiv fördert, zu erzeugen und in das Elektrizitätssystem zu integrieren. Das EEG aktiviert auf diese Weise Dritte zur Durchsetzung seiner Gesetzeszwecke. Sein Regelungsprogramm setzt dabei in erster Linie nicht auf Verpflichtungen, sondern bietet mit der angebotenen Investitionssicherheit Anreize. Dabei setzt es darauf, dass das Eigeninteresse dieser neuen Akteure so stark ist, dass letztlich der intendierte Ausbau erreicht wird. Auf diese Weise – und die Erfahrung spricht für den

155 Dies übersieht *Oschmann*, Zehn Jahre (Fn. 61), S. 117, der den Erfolg des EEG allein darauf zurückführt, dass dieses einen positiven Anreiz setzt.

156 Dazu *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 4 Rn. 41 ff., *R. Schmidt/W. Kahl*, Umweltrecht, 8. Aufl. 2010, § 1 Rn. 23 f.; *W. Erbguth/S. Schlacke*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 11 ff.

Erfolg des Konzepts – werden die Möglichkeiten minimiert, sich dem gesetzgeberischen Anliegen zu entziehen, und das EEG schaltet somit präventiv ein mögliches Vollzugsproblem aus. Es umgeht ein möglicherweise fehlendes Interesse der bisherigen Akteure, den gesetzlichen Vorgaben zur Veränderung Folge zu leisten. Indem das EEG von Anfang an andere Personen als die Verursacher der energiebedingten Treibhausgasemissionen, deren Interesse an einer grundlegenden Veränderung ihrer Geschäftsgrundlage gering sein dürfte, anspricht, minimiert es die Möglichkeiten, sich dem gesetzgeberischen Anliegen zu entziehen.

Das EEG ist ein ökonomisches Instrument¹⁵⁷ der indirekten Verhaltenssteuerung, da sein zentraler Mechanismus der durch den Vergütungsanspruch erzeugte finanzielle Anreiz ist. Aber auch das EEG braucht letztlich einen „Vollzug“, denn den Ansprüchen der Anlagenbetreiber korrespondieren entsprechende Pflichten der Netzbetreiber und Stromversorger. So sind die Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an ihr Netz anzuschließen, § 5 EEG, und dafür unter Umständen sogar in den Netzausbau zu investieren, § 9 EEG. Sie müssen den Strom abnehmen und vergüten, §§ 8, 16 ff. EEG. Die Übertragungsnetzbetreiber müssen den Strom „einsammeln“ und an der Strombörse verkaufen, §§ 36 Abs. 1, 37 Abs. 1 Satz 1. EEG i. V. m. § 1, 2 Ausgl-MechV.¹⁵⁸ Die Stromvertriebe müssen die EEG-Umlage an die Übertragungsnetzbetreiber zahlen, § 37 EEG i. V. m. § 1, 3 AusglMechV. Der Gesetzgeber hat sich – letztlich historisch gesehen eher zufällig – gegen einen originär staatlichen Vollzug dieser notwendigen Elemente entschieden.¹⁵⁹ Er nutzt stattdessen auch für diese Aufgabe das Eigeninteresse der Anlagenbetreiber an einem Erfolg ihrer Investitionen. Da der Vergütungsanspruch nur realisiert werden kann, wenn der Strom eingespeist und abgenommen wird, sind die Anlagenbetreiber darauf bedacht, diese Voraussetzungen zu verwirklichen. Sie sind somit zugleich in eigener Sache als auch im Interesse des Allgemeinwohls tätig, da der Gesetzgeber ihnen die Um- und Durchsetzung des Regelungsprogramms übertragen hat. Über die Möglichkeiten des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes bietet er ihnen aber eine staatliche Unterstützung für den Fall an, dass es Widerstände gegen die im EEG auferlegten Pflichten gibt.

Damit ist das EEG eine sehr interessante Variante im Hinblick auf die bereits seit Jahrzehnten anhaltende Diskussion über die Leistungsfähigkeit des (Ord-

157 A. A. G. *Hermes*, Instrumentenmix im Energieumweltrecht, in: FS für Eckard Rehbinder, 2007, S. 570 (580 f.).

158 Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus vom 17.07.2009, BGBl. I, S. 2101.

159 Zu den sukzessiv eingefügten behördlichen Überwachungsaufgaben im Bereich des EEG *Müller*, (Fn. 67), § 19a Rn. 2 ff.

nungs-)Rechts und über die daraus resultierenden möglichen Vollzugsprobleme.¹⁶⁰ Zwar hat eine weit verbreitete Ansicht die sogenannten ökonomischen Instrumente als Lösung dieses Problems erkannt.¹⁶¹ Es bestehen jedoch Zweifel, ob eine solche indirekte Verhaltenssteuerung per se wirkungsvoller ist. Dies wird schnell deutlich, wenn man die ökonomischen Instrumente genauer analysiert und feststellt, dass zur Etablierung der gewünschten ökonomischen Effekte regelmäßig weitreichende Verpflichtungen notwendig sind. Ein Beispiel ist der Emissionshandel, der häufig als der Prototyp ökonomischer Instrumente zum Klimaschutz angeführt wird.¹⁶² Den zum Klimaschutz verpflichteten Unternehmen wird zwar keine Vorgabe über das Wie der Zielerfüllung gemacht, sie können sogar über den Handel mit Berechtigungen auf eine unzählige Zahl an Möglichkeiten zurückgreifen. Neben vielfältigen anderen Problemen übersehen die Befürworter dieses Modells aber leicht, dass das Ob des Klimaschutzes – und damit die Basis des Handels – nur dann funktioniert, wenn die Voraussetzungen durch ordnungsrechtliche Vorgaben durchgesetzt werden. Es wird staatlicherseits ein Budget festgelegt, dieses durch staatliche Entscheidung auf die Anlagen der vom Emissionshandel erfassten Unternehmen verteilt, die einer Vielzahl ordnungsrechtlich sanktionierter Pflichten zur Schaffung von Vorkehrungen und Berichtspflichten unterfallen. Ohne einen wirkungsvollen Vollzug auf dieser Ebene kann auch der ökonomische Anreiz nicht sachgerecht funktionieren.¹⁶³

160 A. Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 10; vgl. auch E. Rehlinger, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1970, S. 250 ff. (254 f.); Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1974, S. 179 ff.; G. Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975; R. Mayntz/H.-U. Derlien/E. Bohne/B. Hesse/J. Hucke/A. Müller, Vollzugsprobleme in der Umweltpolitik, 1978, S. 31 ff., 54 ff.; G. Lübke-Wolff, Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996; H.-J. Koch, Anlagenüberwachung im Umweltrecht, 1988, S. 124 ff., 199 ff.; A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 68 ff.; E. Gawel, in: ders./G. Lübke-Wolff (Hrsg.), Effizientes Umweltordnungsrecht, 2000, S. 9 ff.

161 Vgl. C. Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000; Kloepfer, Umweltrecht (Fn. 156), § 5 Rn. 171 ff.; G. Wustlich, Ökonomisierung im Umweltrecht, ZUR 2009, S. 515 (517 ff.); Erwiderung dazu von H. Ginzky/J. Rechenberg, Die Ökonomisierung im Umweltrecht – von der dunklen Seite der Macht!, ZUR 2010, S. 252 ff.; vgl. auch U. Klocke, Klimaschutz durch ökonomische Instrumente, 1995.

162 Zum Verhältnis des Emissionshandels zum EEG siehe C. Kemfert/J. Dieckmann, Das Zusammenwirken verschiedener Klimaschutzinstrumente: Förderung Erneuerbarer Energien und Emissionshandel, in diesem Band, S. 432 ff.; zu den Vorzügen ökonomischer Instrumente im Bereich der Klimapolitik aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht P. Bader, Europäische Treibhauspolitik mit handelbaren Emissionsrechten, 2000, S. 37 f.

163 Vgl. S. Magen, Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht, in: E. V. Towfigh/K. U. Schmolke/N. Petersen/S. Lutz-Bachmann/A.-K. Lange/H. Greffrath (Hrsg.), Recht und Markt, 2009, S. 9 (13 ff.); s. a. allgemein zum Verhältnis von Ordnungsrecht und Emissionshandel B. Hansjürgens, in: Gawel/Lübke-Wolff, Umweltordnungsrecht (Fn. 160), S. 251 ff.

StrEG und EEG stellen sich damit auch als eine glückliche Fügung des Schicksals, als Musik des Zufalls¹⁶⁴ dar. Würde man heute eine Expertenkommission führender Umweltwissenschaftler mit dem Auftrag einberufen, ein Förderinstrument für den Ausbau der Erneuerbaren Energien auszuarbeiten, würde man ohne die kartellrechtlichen Wurzeln und historischen Vorbilder vermutlich zu einem anderen Ergebnis kommen. Insbesondere nach dem das Umweltrecht prägende Verursacherprinzip wäre es wahrscheinlich, dass ein anderer Weg unter direkter Adressierung der etablierten Energiewirtschaft eingeschlagen werden würde.

D. Die Bedeutung des Quellcodes für die Weiterentwicklung des EEG

Auch wenn man das EEG gemessen an den Zielen des Gesetzgebers als sehr erfolgreich einstufen kann, ist das Gesetz nicht nur verbesserungsfähig, sondern im Hinblick auf grundlegende Veränderungen in unserer Elektrizitätsversorgung auch verbesserungsbedürftig. Änderungsnotwendigkeit bestehen – unter Einbeziehung der europäischen¹⁶⁵ sowie globalen¹⁶⁶ Perspektive – im Energierecht allgemein¹⁶⁷ und im Recht der Erneuerbaren Energien im Besonderen.¹⁶⁸ Der von der Bundesregierung angestrebte Anteil von 80 Prozent Erneuerbarer Energien in 40 Jahren – dies gilt für eine technisch und ökonomisch als mögliche angesehene Vollversorgung selbstverständlich noch stärker – kann nicht durch ein bloßes Weiter so erreicht werden. Vielmehr bedarf es vielfältiger Änderungen, um den erforderlichen Transformationsprozess zu einem Erfolg zu führen. Als Schlagworte seien nur der notwendige Netzaus- und -umbau, die Verlagerung aller erforderlichen Systemdienstleistungen auf die Erneuerbare Energien,¹⁶⁹ die Schaffung von Speicherstrukturen¹⁷⁰ und die stärkere Konvergenz sowie Interaktionen der heute

164 Vgl. zu den zufälligen Ergebnissen im Recht am Beispiel der Wettbewerbsbehörden *E. Frenzel*, Vom Verbund zum Netzwerk. Die Musik des Zufalls als Erkenntnisquelle, in: S. Boye/F. Bühring/C. Franzius/T. Herbst/M. Kötter/A. Kreutz/K. v. Lewinski/F. Meinel/J. Nolte/S. Schönrock (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 247 ff.

165 Vgl. hierzu auch *C. Calliess/C. Hey*, Erneuerbare Energien in der Europäischen Union und das EEG: Eine Europäisierung „von unten“, in diesem Band, S. 223 ff.; *Knauff*, Entwicklung (Fn. 102).

166 Vgl. zu Möglichkeiten der Förderung einer globalen Nutzung *J. Blasch/B. Soete/R. Schubert*, Der Budgetansatz des WBGU als Anreiz- und Finanzierungsmechanismus für die globale Diffusion Erneuerbarer Energien, in diesem Band, S. 74 ff.

167 Siehe dazu etwa *U. Leprich*, Das EEG als Nukleus einer neuen Energiewirtschaftsordnung, in diesem Band, S. 815 ff.

168 *M. Faulstich/A. Leipprand/C. Hey*, Wege zu einer vollständig erneuerbaren Stromversorgung: die Sicht des SRU, in diesem Band, S. 194 ff.

169 Vgl. dazu auch *K. Burges/J. Bömer*, Systemdienstleistungen durch Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien, in diesem Band, S. 759 ff.

170 Vgl. dazu auch *F. Sailer*, Das Recht der Energiespeicherung am Beispiel von Elektrizität, in diesem Band, S. 777 ff.

weitgehend getrennten Energiebereiche Strom, Wärme und Kraftstoffe zu nennen.¹⁷¹ Bevor Konsequenzen für die Weiterentwicklung des Rechtsrahmens für den Ausbau der Erneuerbaren Energien abgeleitet werden können (dazu 2.), soll in einem ersten Schritt herausgearbeitet werden, an welchen Stellen das EEG vielleicht bereits heute an seine Grenzen stößt und wo sich solche in der Zukunft ergeben könnten (dazu 1.).

I. Vergegenwärtigung der Grenzen des Mechanismus

Der dem EEG zugrundeliegende Mechanismus ist trotz der Erfolge vermutlich nicht unbegrenzt leistungsfähig. Dies lässt sich etwa aus der als unbefriedigend empfundenen Entwicklung in einzelnen Bereichen ableiten. Die Entwicklung der Windenergienutzung auf dem Meer – der sogenannte Wind-Offshore-Technik – bleibt seit Jahren hinter den Planungen zurück,¹⁷² was besonders misslich ist, spielt diese Technologie doch in den Energieszenarien der Bundesregierung immer eine besonders bedeutende Rolle.¹⁷³ Auch die Nutzung der Geothermie ist hinter den Erwartungen zurückgeblieben.¹⁷⁴ Schließlich zeigen sich bei der ökologisch sehr sinnvollen Nutzung der bei der Stromerzeugung entstehenden Abwärme – Stichwort: Kraft-Wärme-Kopplung – Schwierigkeiten, diese einer sinnvollen Verwendung zuzuführen.¹⁷⁵ Für all diese Bereiche gibt es spezifische Gründe, warum die bisherige Entwicklung so verlaufen ist. Es spielen technische Fragen ebenso wie Risiken und damit finanzierungstechnische Gesichtspunkte eine große Rolle.

Die zu beobachtenden Entwicklungen machen aber auch deutlich, dass die Aktivierung von Außenstehenden durch das EEG kein Allheilmittel für die Überwindung aller Hemmnisse und Schwierigkeiten ist. Soweit Probleme und Hemmnisse ihren Ursprung außerhalb des fehlenden Interesses der bisherigen Akteure haben,

171 Vgl. etwa *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, 100% erneuerbare Stromversorgung bis 2050: klimaverträglich, sicher, bezahlbar, 2010.

172 Vgl. etwa die Ziele der ersten Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See aus dem Jahr 2002, S. 7, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/windenergie_strategie_br_020100.pdf (12.10.2010); vgl. hierzu auch *M. Schütt/S. Sobotta*, Blockaden in der Offshore-Windenergie: Lösungsansätze durch Vergütungsregelungen und Potentiale der Netzanbindung nach § 17 Abs. 2a EnWG, in diesem Band, S. 622 ff.; *Fest*, Windenergieanlagen (Fn. 137), S. 354 ff.

173 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28. September 2010, S. 8.

174 Vgl. *H. Weyer/C. Oppelt*, Geothermie: Notwendigkeit einer spezifischen Förderpolitik, in diesem Band, S. 660 ff.; *Bruns/Ohlhorst/Wenzel/Köppel*, Erneuerbare Energien (Fn. 35), S. 298 f.

175 Vgl. etwa *Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz/Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Nationaler Biomasseaktionsplan für Deutschland, Anhang, 2009, abrufbar unter http://www.bmelv.de/SharedDocs/Downloads/Landwirtschaft/Bioenergie-NachwachsendeRohstoffe/Biomasseaktionsplan-National-Anhang.pdf?__blob=publicationFile (12.10.2010), S. 24.

verliert dieses Element des EEG einen entscheidenden Steuerungsvorteil. Hier müssen daher anders wirkende Ansätze im EEG oder flankierende Maßnahmen außerhalb dieses Gesetzes – angefangen bei der Forschungsförderung, über die Gestaltung des rechtlichen Rahmens bis hin zur Erleichterung der Finanzierung – hinzutreten.

Ein weiterer Problembereich ist der notwendige Netzaus- und -umbau.¹⁷⁶ Dieser wird aber im EEG instrumentell von vornherein anders adressiert als die Erzeugung des Stroms aus Erneuerbaren Energien. Der für den Ausbau der Erneuerbaren Energien erforderliche Netzausbau wird zum Teil über den allgemeinen energierechtlichen Rahmen, zum Teil über das EEG regulatorisch angegangen.¹⁷⁷ Die Regelungen im EEG selbst sind entsprechend dem kartellrechtlichen Vorläufer nicht durch einen speziellen Mechanismus geprägt. Es werden zwar zusätzliche Ausbaupflichten normiert, die zur Verwirklichung des gewünschten Ausbaus und damit zur Absicherung des Quellcodes erforderlich sind. Anders als beim Ausbau der Erzeugungskapazitäten erfolgt jedoch keine Aktivierung Außenstehender. Vielmehr werden hier lediglich die bisherigen Netzbetreiber in die Pflicht genommen, denen außerdem auch kein an den Bedürfnissen des Ausbaus der Erneuerbaren Energien sachgerechter Rechtsrahmen im Hinblick auf Planung und Genehmigung¹⁷⁸ sowie die Kostenweitergabe im Kontext der Anreizregulierung zur Verfügung steht.¹⁷⁹ Alternativen, etwa die Möglichkeit eines Netzausbaus einschließlich einer entsprechenden Kostenweitergabe durch die Anlagenbetreiber oder gänzlich anderer Netzkonzepte, etwa einer Unterscheidung zwischen den bestehenden Versorgungsnetzstrukturen und spezifischer Netze für die Einspeisung, sind im EEG nicht angelegt. Zwar können die Anlagenbetreiber in bestimmten Grenzen versuchen, auch den Netzausbau gerichtlich durchzusetzen. In seiner Wirksamkeit bleibt dieser Ansatz aber hinter dem Grundmechanismus des EEG zurück.

176 Vgl. zu den übergreifenden Beschleunigungsgesichtspunkten *G. W. Sauer/C. Schneller* (Hrsg.), *Beschleunigung von Planungsverfahren für Freileitungen*, 2006; *C. Schneller*, *Beschleunigter Ausbau des Stromtransportnetzes*, DVBl. 2007, S. 529 ff.; siehe zum Anliegen einer umweltverträglichen Netzinfrastruktur *F. Sösemann*, *Umweltverträgliche Energienetze*, 2009.

177 Zum Netz als Regelungsbereich vgl. auch *Schulte/Kloos*, *Elektrizitätsnetz* (Fn. 72), S. 727 ff.

178 Vgl. zu Empfehlungen aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht *F. Höffler*, *Engpassmanagement und Anreize zum Netzausbau im leitungsgebundenen Energiesektor*, 2009, S. 64 ff., 68 ff.

179 Zum Rahmen der Anreizregulierung *F. J. Säcker*, *Der Umbau der Übertragungsnetze unter dem Regime der Anreizregulierung*, in diesem Band, S. 744 ff.; *J. Müller-Kirchenbauer*, *Die Anreizregulierung im Überblick*, in: *Schneider/Theobald*, *Recht* (Fn. 15), § 17; *R. Ruge*, *Kritische Würdigung ausgewählter Aspekte der Anreizregulierung*, ebd., § 18; *J. Meitzenbach*, *Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG*, 2008, S. 65 ff.; *Veränderungsvorschläge bei G. Frey et al.*, *Optimierungsstrategien Aktiver Netzbetreiber beim weiteren Ausbau erneuerbarer Energien zur Stromerzeugung (Optan)*, abrufbar unter http://www.erneuerbare-energien.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/optan_end.pdf (12.10.2010), S. 225 ff.

II. Fortentwicklung des EEG bei Beibehaltung der Strukturelemente

Um die zukünftigen technischen und ökonomischen Herausforderungen beim Ausbau der Erneuerbaren Energien zu meistern, bedarf es einer Weiterentwicklung der Rolle der Erneuerbaren Energien im Elektrizitätswirtschaftssystem und dazu auch einer Fortentwicklung des EEG. Wenn auch weiterhin politisch ein dynamischer Ausbau gewünscht und gleichzeitig eine Reduzierung der Effizienz der Förderung nicht intendiert ist, sollten die maßgeblichen Strukturelemente – Aktivierung vielfältiger neuer Akteure durch kostendeckende, garantierte Vergütung, Vorrang, Technologiedifferenzierung und Degression – beibehalten und in ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden. Unzweifelhaft muss die Elektrizitätserzeugung aus Erneuerbaren Energien mit zunehmendem Anteil dieser Energiequellen verändert werden, wozu eine partielle Ergänzung oder Neuausrichtung der Anreize notwendig ist. Dabei ist jedoch genau darauf zu achten, welchem Akteur welche Rolle zugeordnet werden soll und dass dies nicht zu einer Überforderung einzelner Beteiligten führt. Die beschriebenen Grenzen der Leistungsfähigkeit des EEG-Mechanismus offenbaren die Gefahr, dass ein zu starker Wandel des Gesetzes, den entscheidenden Vorteil des Anreizes nimmt.

Beispielhaft können die Herausforderungen anhand der Marktprämie dargestellt werden, einem Thema, das seit nunmehr vier Jahren in der breiteren politischen Diskussion zum EEG präsent und äußerst umstritten ist. Nach dem Vorbild der spanischen Förderung der Erneuerbaren Energien¹⁸⁰ wird im wahrsten Sinne des Wortes darum gerungen, ob und wenn ja wie optional neben die Festpreisvergütung im EEG ein Anreiz zur direkten Vermarktung des Stroms aus Erneuerbaren Energien gesetzt werden soll und muss [jetzt §§ 33a ff. EEG 2012].¹⁸¹ Die Argumentationslage ist zunehmend unübersichtlich, denn folgt man den Befürwortern dieses Ansatzes, scheint es die Lösung für fast alle Probleme zu sein, hört man die Gegner, gewinnt man den Eindruck, diese Optionsregelung wäre der Anfang vom Ende des EEG. Worum geht es? Ganz vereinfachend gesprochen im Kern darum, die Preissignale des Elektrizitätsmarktes zu nutzen, um die Betreiber der Anlagen der Erneuerbaren Energien zu einem Verhalten zu bewegen, das sich in ein Gesamtgefüge einpasst.¹⁸² Während dies bei denjenigen Erneuerbaren Energien, die steuerbar sind und daher unmittelbar auf diese Signale reagieren können, sofort einleuchtet, be-

180 Dazu *F. Pause*, Was können wir voneinander lernen? – Zur Rolle der rechtsvergleichenden Forschung zum Recht der Erneuerbaren Energien am Beispiel Deutschlands und Spaniens –, in diesem Band, S. 272 ff.

181 Vorstellung der Marktprämie bei *F. Sensfuß/M. Ragwitz*, Entwicklung eines Fördersystems für die Vermarktung von erneuerbarer Stromerzeugung, IEWT 2009.

182 *Sensfuß/Ragwitz*, Entwicklung (Fn. 181), S. 11 ff.

stehen doch in mehrfacher Hinsicht Bedenken hinsichtlich der Signalwirkung auf die fluktuierenden Energien Wind und Sonne.¹⁸³

Eine wichtige Herausforderung ist die Rückkopplung der Stromerzeugung aus diesen Quellen, die zu Grenzkosten von Null Euro produziert werden können, auf die Preisbildung an den derzeitigen Strommärkten. Vereinfacht ausgedrückt, führen viel Wind und Sonne zu einer Annäherung des Marktpreises an die Nulllinie,¹⁸⁴ so dass perspektivisch die Gefahr besteht, dass eine zur Unterstützung der Direktvermarktung zu zahlende Marktprämie aufgrund des zusätzlichen Aufwandes des Anlagenbetreibers höher ausfallen muss, als der Vergütungssatz bei der Einspeisung. Dies ist nur dann effizient, wenn diese Zusatzkosten in der Summe geringer sind als die alternativ aufzuwendenden Mittel, die eine zentrale Systemintegration der fluktuierenden Energien erfordern würde.¹⁸⁵

Zum zweiten wird grundsätzlich bezweifelt, dass es sinnvoll sein kann, die fluktuierenden Energieträger nach Marktsignalen zu steuern und dass dadurch ein Nutzen für das Elektrizitätssystem als Ganzes erzielt wird.¹⁸⁶ Denn eine unmittelbare Reaktion der Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus Wind und Sonne – mit Abstrichen gilt dies auch für Laufwasserkraftwerke – auf Marktsignale ist entweder gar nicht oder jedenfalls nur in sehr engen Grenzen – zu denken ist hier besonders an die klimapolitisch nicht zwangsläufig sinnvolle Drosselung oder Abschaltung von Anlagen – möglich. Die mit der Förderung der Direktvermarktung einhergehende Hoffnung auf relevante Veränderungen kann damit nicht in einer unmittelbaren Reaktion im Rahmen der Erzeugung begründet sein, sondern lediglich auf einer Sekundärebene in Kompensationsmaßnahme bei der Einspeisung oder Interaktion mit anderen Akteuren realisiert werden. Den Betreibern von Windenergie- und Photovoltaik-Anlagen bieten sich mittelbar die Möglichkeiten entweder Erzeugung und Einspeisung durch Speicherung des Stroms zeitlich zu entkoppeln oder mit Hilfe einer zeitlichen Verlagerung des Stromverbrauchs eine zusätzliche Nachfrage in Niedrigpreisphasen zu generieren. Beiden Möglichkeiten ist gemeinsam, dass sich zum einen die Frage aufdrängt, ob eine Optimierung von Speichern und Lastverlagerungen sinnvollerweise allein durch das EEG adressiert werden sollte oder es nicht einer übergeordneten Regelungsebene bedarf.

183 *r2b energy consulting/CONSENTEC*, Förderung der Direktvermarktung und der bedarfsgerechten Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien, 2010, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/foerderung-direktvermarktung-und-einspeisung-von-strom,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (12.10.2010), S. 2, 39 ff.

184 Vgl. *S. Bode*, Effekte des EEG auf die Energiepreise, in diesem Band, S. 858 ff.; *F. Sensfuß/M. Ragwitz/M. Genoese*, The merit-order effect: A detailed analysis of the price effect of renewable electricity generation on spot market prices in Germany, in: *Energy Policy*, 36 (8), pp. 3086 ff.

185 Vgl. *U. Leprich/E. Hauser/J. Strese*, Marktregeln für flexiblen Lastenausgleich, *Energie & Management*, 15.8.2009, S. 28 f.

186 Als alternativen Ansatz wird daher häufig eine gezielte Förderung sogenannter Kombikraftwerke gesehen, vgl. zu diesem Ansatz *P. Hochloff/R. Mackensen/F. Schlögl/K. Rohrig*, Virtuelle Kraftwerke und Regenerative Kombikraftwerke, in diesem Band, S. 841 ff.

Mit der Einführung der Marktprämie blieben auf den ersten Blick die zentralen Strukturmerkmale – Aktivierung vielfältiger neuer Akteure durch kostendeckende, garantierte Vergütung, Vorrang, Technologiedifferenzierung und Degression – erhalten. Auf den zweiten Blick muss dieses Zwischenergebnis aber korrigiert werden. Der neue Anreiz bevorzugt aufgrund seines Designs große Strukturen, da der Aufwand für eine direkte Vermarktung des Stroms unabhängig von den Strommengen ist. Dadurch können für Betreiber viele Anlagen deutliche Renditevorteile bis hin zu Mitnahmeeffekten gegenüber den Betreibern einzelner oder weniger Anlagen entstehen. Zum anderen wird die Technologiedifferenzierung geschwächt. Diese bleibt zwar vordergründig durch eine unterschiedliche Ausgestaltung der Höhe der Marktprämie für Wind, Sonne, Biomasse, Wasser und Geothermie erhalten. Sie adressiert aber nur noch einheitlich und insoweit undifferenziert die Reaktionsmöglichkeiten der Anlagenbetreiber jedenfalls der fluktuierenden Energien. Da diese nicht direkt auf die Marktpreise reagieren können, müssen sie andere Maßnahmen ergreifen, wenn ein positiver Effekt im Elektrizitätsmarkt erzielt werden soll. Hier unterscheidet die Marktprämie aber nicht weiter danach, welche Option genutzt wird. Werden elektrische Speicher und wenn ja welche Art eingesetzt? Kommen alternativ Maßnahmen des Lastmanagements auf Verbraucherseite zum Einsatz? Beschränken sich die Reaktionen auf andere Schritte? Alle Alternativen sind mit unterschiedlichem Aufwand und daher Kosten verbunden. Deren Berücksichtigung als einheitlicher Betrag innerhalb der Marktprämie steht daher im Widerspruch mit dem Anspruch auf Technologiedifferenzierung und letztlich dem Prinzip der kostendeckenden Vergütung. Es drängt sich auch daher die Frage auf, welche Lösungen der Gesetzgeber nutzen möchte und ob es nicht sachgerechter wäre, diese durch direkte Anreize, etwa zur Investition in Speicher, zu verwirklichen.

Für die Entscheidung für oder gegen die Einführung der Marktprämie einschließlich der Ausgestaltung der einzelnen Komponenten müssen auch aus rechtlicher Sicht letztlich die Auswirkungen der Veränderungen am EEG auf die Gesamteffizienz des Steuerungsansatzes ausschlaggebend sein. Die Effizienz ist Maßstab für den Grad der Eingriffe in die Grundrechte der vom EEG Verpflichteten. Eine deutliche Schwächung der Effizienz würde die Folgefrage nach der Erforderlichkeit und damit der Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung aufwerfen. Es scheint, als ob hier eine Weiterentwicklung des Ansatzes der Technologiedifferenzierung angezeigt ist, der nicht nur eine unterschiedliche Ausgestaltung der Vergütungssätze, sondern auch verschiedenartige Anforderungen an fluktuierende und steuerbare Erneuerbare Energien beinhaltet.

E. Fazit und Ausblick

Das Recht der Erneuerbaren Energien zur Stromerzeugung hat sich dynamisch entwickelt und ist ein gutes Beispiel für Innovation im und durch Recht. Das EEG

hat mit seinem Mechanismus ein wirksames Instrument entwickelt, ökonomische Eigeninteressen wirksam für die Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen zu mobilisieren. Der Mechanismus ist mit Modifikationen in der Lage, auch weitergehende Ausbauziele im Strombereich zu realisieren.

Um auf die eingangs gestellte Frage zurückzukommen, ob aus den Erfahrungen zum EEG Rückschlüsse für andere Regelungsbereiche gezogen werden können, ist diese vorsichtig mit ja zu beantworten. Die Aktivierung zunächst nicht involvierter Dritter kann grundsätzlich ein wirksamer Ansatz sein, auch in anderen Lebenssachverhalten Hemmnisse zu überwinden. Eine Blaupause ist das EEG allerdings nicht zwangsläufig. Es bedarf vielmehr stets einer einzelfallbezogenen Überprüfung im Hinblick auf die Übertragbarkeit und gegebenenfalls einer erforderlichen Anpassung des Mechanismus.