

Dr. Michael Goldhammer*

Zulässiger „Energiesoli“ oder verfassungswidriger Eingriff?

Zur Möglichkeit der Reduktion von Einspeisevergütungen bei Bestandsanlagen

Zur Stabilisierung der rasant steigenden Strompreise wird die Möglichkeit erwogen, die Vergütung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) auch für schon bestehende Anlagen zu reduzieren. Ein aktuelles Papier von BMU und BMWi sieht dies sogar explizit vor. Dies wirft enorme verfassungsrechtliche Probleme, vor allem solche des Vertrauensschutzes, auf. Der Beitrag untersucht diese, stellt die grundsätzlichen Maßstäbe des verfassungsrechtlich Möglichen dar und zeigt, dass der Vorschlag der Ministerien daran bestehen kann.

I. Das Problem

Während die Senkung der Mindestvergütung für noch zu errichtende Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien sich überwiegend als politische Frage zeigt, wirft die Reduktion der Entgelte für bereits bestehende Anlagen grundlegende verfassungsrechtliche Fragen auf. So ist im jüngsten gemeinsamen Vorschlag von Bundesumwelt- und Bundeswirtschaftsministerium unter Punkt 1.4. ein Beitrag der Bestandsanlagen i. H. von insgesamt 500 Mio. Euro vorgesehen¹. Dieser soll unter anderem durch eine pauschale Reduktion der Vergütung für Bestandsanlagen im Jahr 2014 in Höhe von 1,5 % erreicht werden.

Ungeachtet der Frage, ob das Papier überhaupt oder in modifizierter Form umgesetzt wird, lässt sich davon das grundsätzlichere Problem abstrahieren, das sich für die Betreiber der Bestandsanlagen in solchen Fällen immer stellt²: In Erwartung gesetzlich fixierter Entgelte wurden Investitionen in Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien vorgenommen. Häufig sind diese kreditfinanziert, die Erlöse in der Regel fest eingeplant. Die Betreiber sehen sich in ihrem Vertrauen getäuscht oder um ihre Ansprüche gebracht. Die Rendite wird in jedem Fall sinken. Das Papier gibt – wie schon die kurzfristige Korrektur des EEG zur Förderung der Photovoltaik 2012³ – Anlass, sich über die Frage nach Möglichkeit und Reichweite des verfassungsrechtlichen Vertrauens- und Investitionsschutzes Gedanken zu machen⁴. Am Beispiel der genannten Reduktion der Mindestvergütung um

1,5 % soll dies im Folgenden untersucht werden. Neben den Grundrechten (II–IV) ist hierbei insbesondere das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot angesprochen, das bei den Grundrechten in Form des Vertrauensschutzes auch subjektivrechtlichen Charakter zeitigt (V)⁵. Schließlich stellen sich noch finanzverfassungsrechtliche Fragen (VI).

II. Eigentumsgarantie gem. Art. 14 GG

Häufig wird eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie vorgebracht⁶. Diese entfaltet ihre subjektivrechtliche Wirkung zum einen in der Enteignung nur unter den Voraussetzungen des Art. 14 III GG, zum anderen in der gesetzlichen Prägung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 I 2, II GG. Für beider Wirksamkeit müsste durch das Absenken der Mindestvergütung Eigentum i. S. des Art. 14 GG betroffen sein. Die gesetzgeberische Maßnahme darf daher nicht lediglich „irgendwie“ mit Eigentum in Bezug stehen, denn das träfe auf fast jedes staatliche Vorgehen zu.

* Der Autor ist Akad. Rat a. Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht IV (Professor Dr. Lepsius) an der Universität Bayreuth.

1 Abrufbar unter http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Erneuerbare_Energien/20130213_Eckpunktepapier_Strompreissicherung_bf.pdf.

2 Vgl. zu ähnlichen Problemen BVerfG, Beschl. v. 1. 10. 2012 – 1 BvR 1809/12, BeckRS 2012, 59986 (Nichtannahme); BVerfG, Beschl. v. 3. 4. 2009 – 1 BvR 3299/08, BeckRS 2009, 33370 (Nichtannahme); BVerfG, NVwZ-RR 2010, 905.

3 BGBl 2012 I, 1754; vgl. dazu Kment, NVwZ 2012, 397; Leisner-Egensperger, NVwZ 2012, 985.

4 Vgl. zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Absenkung der Vergütung für Bestandsanlagen die Stellungnahme des Bundesverbands Windenergie http://www.wind-energie.de/sites/default/files/attachments/press-release/2013/20130214-BWE-Kurzstellungnahme_EE.pdf.

5 Dies gilt jedenfalls für Art. 14 GG, vgl. BVerfG, NVwZ 2009, 1025. Vgl. zur Anwendung auf die weiteren Grundrechte Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. (2006), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 167 m. w. Nachw.; Arndt/Schumacher, NJW 1998, 1538; relativierend Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 66. Erg.-Lfg. 2012, Art. 20 VII Rdnr. 92.

6 Vgl. so und nicht entschieden bei BVerfG, NVwZ-RR 2010, 905; Lehnert, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. (2011), § 21 Rdnr. 45; Leisner-Egensperger, NVwZ 2012, 985 (987).

In ständiger Rechtsprechung versteht das *BVerfG* unter Eigentum gesetzlich geprägte subjektive Rechte, die dem Einzelnen privatnützig zugewiesen sind und ihm dadurch Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich sichern⁷. Dabei ergibt sich die konkrete Ausgestaltung des Eigentums gem. Art. 14 I 2 GG aus der Gesamtheit der zivil- und öffentlich-rechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen in Gestalt formeller Parlamentsgesetze⁸. Einigkeit besteht darin, dass sowohl das Vermögen als solches als auch bloße Gewinnaussichten nicht in den Schutzbereich gelangen⁹. Dies liegt nicht daran, dass man diesen Positionen nicht ebenso ihre Bedeutung für die individuelle Freiheitsausübung beimessen könnte. Vielmehr handelt es sich hierbei um ungeprägte, mithin rein faktische Positionen, die vor dem strengen Kriterium des Parlamentsgesetzes gem. Art. 14 I 2 GG nicht bestehen können und allenfalls mittelbar geschützt sind.

1. Vergütungsanspruch gem. §§ 16, 23 ff. i. V. mit 21 EEG

Zunächst kommt in Betracht, den Vergütungsanspruch in seiner Konkretisierung durch die besonderen Vergütungsvorschriften gem. §§ 23 ff. EEG als Eigentum i. S. des Art. 14 I GG zu betrachten. Das *BVerfG* konnte dies in einem vergleichbaren Fall offenlassen¹⁰, im Ergebnis ist es – entgegen Literaturstimmen¹¹ – abzulehnen.

Natürlich hat das *BVerfG* Forderungen in ständiger Rechtsprechung als Eigentum anerkannt¹². Der Bestand der konkreten Forderung ist geschütztes Eigentum. Nicht jedoch erstreckt sich dies auf die die Forderung hervorruhenden gesetzlichen Vorschriften. Der Anspruch gem. § 16 I EEG entsteht schließlich erst „synallagmatisch“¹³ mit der Einspeisung¹⁴. § 16 I 2 EEG statuiert daher, dass der Vergütungsanspruch nur für abgenommenen Strom gilt¹⁵. Der Anspruch entsteht gerade nicht schon losgelöst von der Lieferung. Die Normen des §§ 16, 23 ff. i. V. mit 21 EEG bilden daher nicht selbst den Anspruch, sondern konstituieren einen Teil der Voraussetzungen¹⁶. Wollte man den abstrakten Anspruch dennoch erfassen, so würde man entgegen der Struktur des Art. 14 GG schon reine Marktverhältnisse konstitutionalisieren, was den Gesetzgeber ersichtlich in verfassungswidriger Weise binden würde¹⁷.

2. Anlage und Investition

Ebenfalls offengelassen hat das *BVerfG*, ob der abstrakte Vergütungsanspruch, den das EEG gem. §§ 16, 23 ff. i. V. mit 21 EEG vorsieht, in Verbindung mit dem Eigentum an den Anlagen gem. § 3 Nr. 1 EEG Eigentum i. S. des Art. 14 I GG sein könnte¹⁸. Auch dies dürfte aber abzulehnen sein. Natürlich stellt eine funktionsfähige Anlage im Zusammenhang mit den Vergütungssätzen des EEG einen ökonomisch höheren Wert dar als die Anlage alleine. Nicht nur in ständiger Rechtsprechung des *BVerfG*, sondern auch mit Blick auf die Notwendigkeit der gesetzlichen Prägung, muss ein über die einzelnen Gegenstände hinausgehender Schutz abgelehnt werden¹⁹. Denn auch dies bedeutete, über Art. 14 GG vom Gesetzgeber zu verlangen, faktische Umstände, Marktlagen und Wettbewerbsregelungen zu garantieren, was der Struktur des Art. 14 GG, d. h. Gesetzesprägung und Bestandsschutz konkreter Rechte, widerspricht.

Daher wird weder die optimale wirtschaftliche Nutzung von Gegenständen geschützt²⁰, noch hat das *BVerfG* konsequenterweise nie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkannt²¹. Denn die Eigentumsgarantie schützt nur ausschließlich und privatnützig zugewiesene Rechte, nicht jedoch vorteilhafte Marktchancen²² oder Gele-

genheiten aus der „Natur der Sache“²³. Sie ermöglicht zwar Investitionsschutz – aber nicht weiter als der konkrete Bestand der Rechte.

Es ist daher festzuhalten, dass der Schutzbereich der Eigentumsgarantie durch die Senkung der Einspeisevergütung nicht eröffnet ist. Die Maßnahme muss sich also weder an Art. 14 III GG (Enteignung) noch an Art. 14 I, II GG (verfassungsmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen) messen lassen²⁴.

III. Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG und allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG

Die Frustration der Investition wird aber in Art. 12 I GG bzw. Art. 2 I GG relevant. Der Schutzbereich des Art. 12 GG wird regelmäßig eröffnet sein, denn der Betrieb dient in der Regel der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage²⁵. Die unternehmerische Freiheit kann auch dann betroffen sein, wenn die Berufstätigkeit als solche zwar nicht von der Regelung betroffen wird, diese aber die Rahmenbedingungen der Ausübung verändern und objektive berufsregelnde Tendenz entfalten²⁶. Sowohl der Schutzbereich als auch ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit, hilfsweise in die allgemeine

- 7 Vgl. nur m. w. Nachw. *BVerfGE* 102, 1 (15) = NJW 2000, 2573 (2574) = NVwZ 2000, 1033 L; *BVerfGE* 100, 226 (241) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 L; *BVerfGE* 52, 1 (30) = NJW 1980, 985 (987).
- 8 *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 (1028) – Biomasseanlage; grundlegend *BVerfGE* 53, 257 (292) = NJW 1980, 692 (693); *BVerfGE* 58, 300 = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242 L.
- 9 Vgl. Axer, in: *Epping/Hillgruber*, Beck-OK, GG, 2013, Art. 14 Rdnr. 55.
- 10 *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 Rdnrn. 41, 54.
- 11 Lehnert, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnr. 45.
- 12 *BVerfGE* 4, 210 = NJW 2005, 589 = GRUR 2005, 261 = MMR 2005, 165 m. Anm. Leopold/Kazemi.
- 13 Salje, EEG 2012, 6. Aufl. (2012), § 16 Rdnr. 22.
- 14 Vgl. Lehnert, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 16 Rdnr. 32.
- 15 Vgl. Regierungsbegründung BT-Dr 17/6071, S. 65; Salje (o. Fußn. 13), § 16 Rdnrn. 22 ff. Insofern ist es hier unerheblich, ob man die Vergütungspflicht mit dem Angebot oder der Abnahme des Stroms entstehen lässt. Vgl. Schneider, in: *ders./Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. (2011), § 21 Rdnr. 75.
- 16 Letztlich ist dies mit § 433 BGB vergleichbar, der selbst natürlich keine Position i. S. des Art. 14 GG bildet, sondern allenfalls erst die entstandene Forderung aus Kaufvertrag.
- 17 Vgl. *BVerfGE* 58, 300 (321) = NJW 1982, 745 (750) = NVwZ 1982, 242 L. In gleicher Weise lässt sich auch nicht annehmen, dass das Niveau der Entgelte zum geschützten Eigentum gehörte. Vielmehr handelt es sich dabei um öffentlich-rechtlich normierte Festpreise, die dem Einzelnen nicht privatnützig zugewiesen sind – wenigstens sie den Betreiber zweifellos mittelbar begünstigen. Zwar werden in begrenztem Maße auch öffentlich-rechtlich begründete vermögenswerte Positionen von Art. 14 I GG erfasst, z. B. Sozialversicherungsansprüche, doch auch dies nur, soweit die eigene Leistung dies als Schutzgrund rechtfertigt. Vgl. *BVerfGE* 53, 257 (291) = NJW 1980, 692 (693); dazu Wieland, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 14 Rdnr. 54.
- 18 *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 (1026).
- 19 Vgl. *BVerfGE* 74, 129 (148) = NJW 1987, 1689 L; vgl. dazu Axer, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fußn. 9), Art. 14 Rdnr. 52.
- 20 Vgl. *BVerfGE* 100, 226 (243) = NJW 1999, 2877 (2878) = NVwZ 1999, 1218 L; *BVerfGE* 91, 294 (310) = NJW 1995, 511 (512).
- 21 Vgl. m. w. Nachw. *BVerfGE* 105, 252 (278) = NJW 2002, 2621 (2625) = NVwZ 2002, 1495 L.
- 22 Vgl. m. w. Nachw. *BVerfGE* 105, 252 (277 f.) = NJW 2002, 2621 (2625) = NVwZ 2002, 1495 L.
- 23 Vgl. *BVerfGE* 100, 226 (243) = NJW 1999, 2877 (2878) = NVwZ 1999, 1218 L; *BVerfGE* 91, 294 (310) = NJW 1995, 511; *BVerfGE* 58, 300 (321) = NJW 1982, 742 (750) = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242 L.
- 24 Anders Lehnert, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnrn. 45 ff. Offengelassen in *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 Rdnr. 41.
- 25 Lehnert, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnr. 47. Vgl. i. Ü. Schneider, in: *ders./Theobald* (o. Fußn. 15), § 21 Rdnrn. 143 ff.
- 26 Vgl. st. Rspr. z. B. *BVerfG*, NVwZ 2007, 1168 (1169) = NJW 2008, 213 L – Besteuerung von Biokraftstoffen; Lehnert, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnr. 47.

Handlungsfreiheit, sind daher ohne Weiteres anzunehmen, so dass es nur noch auf die Rechtfertigung ankommt.

IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung I: Verhältnismäßigkeit

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung gestaltet sich bei der Berufsfreiheit und erst recht bei der allgemeinen Handlungsfreiheit als nicht besonders anspruchsvoll. Selbst wenn man hier die – kaum noch aussagekräftige – Dreistufentheorie verwenden wollte²⁷, so dürfte der in Rede stehende Eingriff in Gestalt einer einmaligen Senkung des Mindestentgelts um 1,5 % im Jahr 2014 nach wie vor noch unproblematisch auf der ersten Stufe der Berufsausübungsregelung gelöst werden können und lässt vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls ausreichen²⁸, die in der Stabilisierung der Strompreise aus sozialen und wirtschaftlichen Gründen unproblematisch gesehen werden können. Die Maßnahme ist im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auch geeignet und erforderlich. Insbesondere alternative Möglichkeiten, wie etwa die Einrichtung einer Sonderabgabe, wären mit nicht minder erheblichen Belastungen verbunden, so dass die Einschätzung nicht evident sachwidrig ist.

Fraglich ist daher lediglich, ob die Maßnahme nicht unzumutbar ist. Die absoluten wirtschaftlichen Nachteile, die die Bestandsanlagen erleiden, sind dabei sicher nicht unverhältnismäßig. Die Betreiber erhalten ein Jahr lang nur 98,5 % und neunzehn Jahre lang 100 % der Festvergütungssätze. Ohne Zinseszineffekt oder andere zeitliche Effekte bedeutet dies eine Senkung der durchschnittlichen Mindestvergütung p.a. von 100 % auf 99,925 %. Dieser Nachteil ist für die Betreiber im Hinblick auf die abzuwägenden verfassungsrechtlichen Belange offenkundig nicht unzumutbar. Die in absoluter Hinsicht nur geringe Einbuße könnte sich allerdings mit Blick auf die Rückwirkung der Norm, d.h. den verletzten Vertrauensschutz, als unangemessen erweisen²⁹.

V. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung II: Verbotene Rückwirkung – Vertrauensschutz

Was in absoluten Zahlen als nur kleines Opfer der Bestandsanlagen erscheint, ändert sich in der zeitlichen Dimension. Aus zumutbaren monetären Opfern können unzumutbare Vertrauensschäden werden. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz erwies sich insoweit als Investitionsschutz.

1. Spannungsverhältnis und zweistufige Prüfung

Ob ein Verbot der Rückwirkung vorliegt, bestimmt sich im Ausgleich zweier widerstreitender Pole: Individualinteresse und öffentliches Interesse³⁰.

Für den Normadressaten spricht der Aspekt, dass der Gesetzgeber durch die Regelungen des EEG, insbesondere durch Festsetzung der Vergütungsdauer und konkreter Vergütungssätze, beim Grundrechtsträger einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben kann, der diesen dazu veranlasst hat, eine Investition ins Werk zu setzen³¹.

Für die Möglichkeit der gesetzlichen Modifikation spricht dagegen die Handlungsfähigkeit des Bundes durch den Gesetzgeber. Die (einfache) Erwartung des Bürgers, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, ist daher grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht geschützt³². Das BVerfG führt dazu aus, dass der vollständige Schutz zu Gunsten der Kontinuität der Rechtslage den dem Gemeinwohl verpflichteten demokratischen Gesetzgeber lähmt und in nicht vertretbarer Weise zu Lasten der Anpassungsfähigkeit ginge. Kurz: Der Vertrauensschutz schützt nicht vor jeder Enttäuschung³³. Es

ist also keineswegs so, dass einmal gesetzlich normierte Vorteile bestehen bleiben müssen. Der Gesetzgeber kann – in Grenzen – und unter Inkaufnahme politischer und ökonomischer, nicht aber rechtlicher, Verwerfungen solche Vorteile ändern.

Wo die Grenze zu ziehen ist, lässt sich nicht begrifflich bestimmen, denn das Maß des berechtigten Vertrauens als normativer Begriff hängt von den Umständen ab, in der sich Betroffener und Gesetzgeber befinden. Diese Bipolarität lässt daher eine eindimensionale Beachtung des Interesses des Betreibers schon nicht ausreichen. Vielmehr muss diese in einer zweistufigen Prüfung in Relation zum Gemeinwohlinteresse gestellt werden³⁴.

Die Situation der Preissteuerung durch Mindestpreisfestsetzung bei der Einspeisung erneuerbarer Energien durch das EEG unterliegt damit also anderen Wertungen als einer schuldrechtlich inspirierten Sicht. Beim EEG wird der Anbieter gleichsam „subventioniert“³⁵, um ein öffentliches Ziel zu erreichen. Es gilt nicht *pacta sunt servanda*, sondern Grundrechtsschutz, Vertrauensschutz und Rechtsstaatlichkeit. Damit treffen Abwägungsposten aufeinander, die sich notwendig relativieren. Der einfach-gesetzliche Entzug des Festpreises für Energieeinspeisung kann daher zwar grundsätzlich durch höherrangiges Recht verhindert werden, denn der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz stellt mithin eine Schranken-Schranke für den Gesetzgeber dar. Und dies ist nicht wenig in der Hand des Betroffenen. Es ist aber auch nicht so viel, dass er sich absolut auf den Fortbestand verlassen kann³⁶.

2. Schutzwürdigkeit und Bewertung des Vertrauens

Die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien haben zweifellos schutzwürdiges Vertrauen investiert, denn das EEG will schließlich genau dieses Verhalten auslösen. Die Investition ist bei Bestandsanlagen auch schon ins Werk gesetzt und Gegenstand einer rechtmäßigen Erwerbstätigkeit³⁷. Von einer verlässlichen Grundlage der Investition ist auszugehen, denn es liegt nicht lediglich eine vage oder nur mittelbare Hoffnung auf Erträge vor. Die 20-jährige Förderdauer wird durch § 21 I, II EEG ebenso explizit normiert, wie gem. §§ 23 ff. EEG die Mindestvergütungssätze. Dies dürfte der Betreiber der Anlage zweifellos

27 In jüngeren Entscheidungen wird die Dreistufentheorie z.T. modifiziert oder gar nicht mehr verwendet, vgl. z.B. BVerfGE 103, 172 (184) = NJW 2001, 1779 (1780) = NVwZ 2001, 795 L; BVerfGE 115, 276 (304) = NJW 2006, 1261 (1264) = NVwZ 2006, 679 L.

28 Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 ff.) = NJW 1958, 1035 (1038).

29 Es ist hier nicht erforderlich, auf den Prüfungsstandort des Vertrauensschutzes einzugehen, da die Maßstäbe jedenfalls gleich bleiben. Vgl. zur hier gewählten Variante BVerfG, NVwZ 2009, 1025 (1028).

30 Vgl. zuletzt BVerfG, NJW 2013, 145 Rdnrn. 57, 62 m. w. Nachw. zur st. Rspr.

31 Vgl. st. Rspr. BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1169) = NJW 2008, 213 L – Besteuerung von Biokraftstoffen.

32 St. Rspr. BVerfG, NVwZ-RR 2010, 905 (906) – Photovoltaikanlagen; BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1169) = NJW 2008, 213 L – Besteuerung von Biokraftstoffen.

33 St. Rspr. BVerfG, NVwZ-RR 2010, 905 (906) – Photovoltaikanlagen; BVerfG, NVwZ 2007, 1168 (1169) = NJW 2008, 213 L – Besteuerung von Biokraftstoffen.

34 BVerfGE 76, 256 (356) = NVwZ 1988, 329 (341) = NJW 1988, 1015 L; BVerfGE 105, 17 (37) = NJW 2002, 3009 (3011); vgl. dazu Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 5), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 168, m. w. Nachw.; Degenhart, StaatsR I, 28. Aufl. (2012), Rdnr. 388.

35 Vgl. BVerfG, NJW 1997, 573 (574) = NVwZ 1997, 379 L – Strom-einspeisungsgesetz.

36 Vgl. zu den widerstreitenden Interessen und den Abstufungen im Vertrauensschutz Schulze-Fielitz, in: Dreier (o. Fußn. 5), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnrn. 151 ff.

37 BVerfG, NVwZ-RR 2010, 905 (906 f.) – Photovoltaikanlagen.

für seine Planung zu Grunde legen³⁸. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll auf diese Weise gerade Planungs- und Investitionssicherheit für die Betreiber erreicht werden³⁹. Obgleich die Kürzung der Entgelte zwar immer wieder diskutiert und zuletzt 2012 auch umgesetzt wurde⁴⁰, spricht – soweit ersichtlich – nichts dafür, dass eine Beschränkung auch für Altanlagen erwartbar war⁴¹. Soweit dies anzunehmen ist, entfielen natürlich schon das schutzwürdige Vertrauen bzw. reduzierte sich dessen Schutzwürdigkeit.

3. Abwägung mit öffentlichen Belangen

a) *Vorprüfung nach Art der Rückwirkung.* Einen ersten Anhaltspunkt der Einordnung des Vertrauens gibt die Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung⁴². Die echte Rückwirkung knüpft normative Folgen an bereits vollständig abgeschlossene Sachverhalte und ist daher grundsätzlich unzulässig. Die unechte Rückwirkung dreht das Regel-Ausnahme-Verhältnis um: Sie sieht normative Änderungen für die Zukunft vor und sie basiert auf Sachverhalten, die schon begonnen wurden. Sie ist grundsätzlich zulässig, jedoch kann die Zulässigkeit durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes begrenzt sein. In jüngster Rechtsprechung wird die Rechtsfolge der unechten Rückwirkung als „nicht grundsätzlich unzulässig“ bezeichnet, bedürfe aber einer hinreichenden Begründung nach den Maßstäben des Übermaßverbots⁴³. Später hat das BVerfG sogar die Möglichkeit anerkannt, dass die unechte Rückwirkung der echten Rückwirkung materiell nahekommen könne und dass diese dann den besonderen Anforderungen unter den Gesichtspunkten von Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit unterworfen sei⁴⁴. Inwieweit diese – zum Steuerrecht – ergangene Rechtsprechung beider Senate verallgemeinert werden kann, ist noch offen. Im Grunde heißt diese aber, dass die herkömmliche Einordnung nicht überbewertet werden soll, sondern dass das investierte Vertrauen nicht übermäßig und unzumutbar belastet werden darf. Die Prüfung läuft daher zu Recht auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus, so dass die Einordnung eher als Vorprüfung und weniger als Regel zu werten ist.

Im Fall der Bestandsanlagen handelt es sich um eine unechte Rückwirkung, deren Folgen in der Zukunft liegen, auch wenn die Investition schon getätigt wurde, d. h. der Sachverhalt noch nicht abgeschlossen ist⁴⁵. Man könnte natürlich auch die Investition als solche als abgeschlossenen Tatbestand betrachten, so dass sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis stark zu Gunsten des Betreibers umkehrte. Dies überzeugt aber nicht. Das EEG ist ein weitgehend marktkonformes Instrument⁴⁶, nur eben mit der Modifikation durch feste Preise. Die Förderung wurde gerade nicht in Gestalt einer festen jährlichen Subvention oder eines Anschaffungszuschusses ausgestaltet. Sie hängt damit von der Stromlieferung ab. Die Betreiber treten als Anbieter auf (und nicht als Empfänger verlorener Zuschüsse) und ihr Anspruch entsteht gem. § 16 I 2 EEG nur für den tatsächlich abgenommenen Strom⁴⁷. Die Mengen können nicht nur variieren, sondern z. B. bei Zerstörung der Anlage gegen Null gehen⁴⁸. Daher kann kein Betreiber die Anfangsinvestition als abgeschlossenen Vorgang betrachten; die Zahlungen sind kein Automatismus. Vielmehr müssen sich die Betreiber wie Marktteilnehmer behandeln lassen. Dem entspricht die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zur Einordnung der Rückwirkung. Entgegen scharfer Kritik hat das BVerfG (Zweiter Senat) beim Einkommensteuerrecht am Jährlichkeitsprinzip festgehalten, mit der Konsequenz, dass die Änderung des Einkommensteuerrechts während des laufenden Veranlagungszeitraums – wenngleich unter erhöhten Rechtfertigungserfordernissen – nach wie vor als unechte Rückwirkung einzuordnen ist⁴⁹.

Damit ist ein Einschnitt in die EEG-Vergütung dann „nicht grundsätzlich unzulässig“, wenn das Vertrauen der Betroffenen unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit keinen Vorrang vor den Zielen des Gesetzgebers gebietet.

b) *Verhältnismäßigkeit der unechten Rückwirkung.* Nachdem die Rechtsprechung richtigerweise von einer schematischen Einordnung zu einer gleitenden Verhältnismäßigkeitsprüfung übergeht⁵⁰, verbietet es sich, apriorisch bestimmen zu wollen, welche Formen der Rückwirkung zulässig oder verfassungswidrig sind, denn die Möglichkeit der Wendung durch das Vertrauen der Betroffenen oder durch das öffentliche Interesse erfordert eine Erhebung und Bewertung der Fakten.

Die Maßnahme der einmaligen Vergütungssenkung im Jahr 2014 um 1,5 % kann auf einen legitimen Zweck verweisen. Die Stabilisierung der Strompreise mit Blick auf die EEG-Umlage ist in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht im Rahmen der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ein legitimes Ziel, das mit der (unecht) rückwirkenden Reduktion erreicht werden kann⁵¹. Dies ist konsequent, da diese Gruppen umgekehrt durch das EEG schließlich auch betroffen wurden, d. h. das EEG mithin mehrdimensional wirkt und nicht nur dem Interesse der Betreiber dient. Der Fall entscheidet sich damit auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Spätestens hier muss Farbe bekannt werden, wie man das Vertrauen bewerten will.

aa) *Zumutbarkeit: Abwägungsposten.* Die Rechtsprechung lässt die Bestandsinteressen des Adressaten überwiegen, wenn der Schutz des Vertrauens den Zielen der Änderung vorgeht⁵². Dies mündet in eine Prüfung des Übermaßverbots und erfordert, dass „bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt“⁵³. Grundsätzlich bemessen sich das geschützte Vertrauen und das Maß des Vertrauensschadens nach der Art der betroffenen Rechtsgüter, der Intensität der Belastung und dem Ausmaß der vertrauensgestützten Investitionen⁵⁴. Dabei kann

38 Vgl. *Salje* (o. Fußn. 13), § 21 Rdnr. 1; *Lehnert*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnrn. 5 u. 55.

39 BT-Dr 16/8148, S. 52.

40 Zum Strom aus solarer Strahlungsenergie vgl. BGBl 2012 I, 1754.

41 Wenngleich sich die Frage der zeitlichen Dimension immer wieder als Streitpunkt stellte, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 1. 10. 2012 – 1 BvR 1809/12, BeckRS 2012, 59986 (Nichtannahme); *BVerfG*, Beschl. v. 3. 4. 2009 – 1 BvR 3299/08, BeckRS 2009, 33370 (Nichtannahme); *BVerfG*, NVwZ-RR 2010, 905.

42 Vgl. z. B. *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 Rdnrn. 65 ff.; dazu *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fußn. 5), Art. 20 Rdnrn. 80 ff.; *Degenhart* (o. Fußn. 34), Rdnrn. 374 ff.

43 *BVerfGE* 127, 31 = NJW 2010, 3629 = JuS 2011, 189 m. Anm. *Selmer*.

44 *BVerfG*, NJW 2013, 145 ff.

45 Vgl. ähnlich zur Kürzung der Förderdauer *Lehnert*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald* (o. Fußn. 6), § 21 Rdnr. 52; *Schneider*, in: *ders./Theobald* (o. Fußn. 15), § 21 Rdnr. 80.

46 Dies trotz der Preissteuerung, denn man hätte auch an verlorene Zuschüsse o. Ä. denken können.

47 Zum synallagmatischen Charakter *Salje* (o. Fußn. 13), § 16 Rdnr. 22.

48 Diese Variabilität legt der Gesetzgeber dem EEG auch zu Grunde, vgl. BT-Dr 17/6071, S. 65.

49 *BVerfGE* 127, 31 = NJW 2010, 3638 = JuS 2011, 189 m. Anm. *Selmer*.

50 *BVerfG*, NJW 2013, 145; *BVerfGE* 127, 1 = NJW 2010, 3629 = NZG 2010, 1200 L.

51 Zur Vermeidung von Belastungen der Netzbetreiber, der Letztversorger und der Stromkunden als legitimes Ziel: *BVerfG*, NVwZ 2009, 1025 Rdnr. 59.

52 Vgl. *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fußn. 5), Art. 20, Rdnrn. 89 ff.; *Degenhart* (o. Fußn. 34), Rdnrn. 374 ff.

53 *BVerfGE* 127, 31 = NJW 2010, 3638 Rdnr. 58 = JuS 2011, 189 m. Anm. *Selmer*.

54 Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (o. Fußn. 5), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 168 m. w. Nachw.

auf die Zumutbarkeit Einfluss haben, dass mit der Änderung nicht gerechnet werden musste und daher nicht entsprechend disponiert werden konnte⁵⁵. Gleiches gilt für Übergangsfristen, die die Verhältnismäßigkeit bei Altfällen herstellen. Dies zu Grunde gelegt, neigt sich die Waage ganz erheblich auf die Seite des Betreibers: Bei der Disposition verließ er sich auf eine klare, eindeutige Regelung bestimmter Entgeltsätze über 20 Jahre. Es bestand kein Anlass, an den Sätzen zu zweifeln. Vielmehr hat sich der Investor gerade so verhalten, wie es der Gesetzgeber bezweckte, und ins Werk gesetzt.

Für den Gesetzgeber spricht, dass die Einschränkung mit einer Reduktion von 1,5 % für ein Jahr (aus 20 Jahren) nicht besonders hoch ist, die Investition also nicht sinnlos wird und dass die betroffenen Grundrechte, Berufsfreiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit, verfassungsrechtlich vergleichsweise leicht einschränkbar sind. Ferner steht auf Seiten der öffentlichen Hand das legitime Ziel der Entlastung der Privathaushalte (Soziales) und der nicht umlagebefreiten Betriebe (Wirtschaft). Insoweit kann der Gesetzgeber eine massiv veränderte Sachlage, nämlich den rasanten Ausbau der erneuerbaren Energien und die damit verbundenen hohen Kosten, ins Feld führen. Das Gewicht der Argumente auf beiden Seiten ist durchaus beachtlich, so dass die Abwägung sich im *non liquet* zu verlaufen droht.

bb) *Maß des Vertrauens auf die Regelung*. Diese nicht eindeutige Interessenlage erfordert, das Vertrauen des Betreibers näher in den Blick zu nehmen. Was bedeutet es, wenn dieser vor Jahren mit einem eindeutig geregelten Entgelt für 20 Jahre rechnen durfte und nun in einem Jahr um 1,5 % dieser Vergütung frustriert wird? Dies zu beurteilen, also das Maß des Vertrauens zu bewerten, erfordert eine Bestimmung dessen, was Gegenstand der berechtigten und geschützten Erwartung ist bzw. sein kann. Nur so lässt sich eine Relation zum öffentlichen Interesse herstellen. In Betracht kommt hierfür einerseits die Erwartung zum Zeitpunkt der Investition, andererseits die aktualisierte Zahlungsreihe, die sich über die Jahre einstellt.

Die Investitionserwartung als solche ist aus zwei Gründen nicht primärer Anknüpfungsgegenstand des Vertrauensstatbestands: Zum einen sieht § 16 I EEG vor, dass der Vergütungsanspruch nur für tatsächlich abgenommenen Strom entsteht. Zum anderen ist der Ertrag aus der erneuerbaren Ressource natürlich ungewiss. Das Maß der Sonneneinstrahlung, der Windenergie, die Funktion der Technik etc. sind ex ante allenfalls im Mittel prognostizierbar⁵⁶. Diese Unsicherheit hat Einfluss auf das Maß des zuzugestehenden Vertrauens, denn die hier in Rede stehende Frustration bezieht sich auf eine unsichere tatsächliche Lage in der Zukunft, nämlich 2014. Es wird gerade nicht das Entgelt von z.B. 2011 gekürzt, das schon feststeht und beglichen wurde⁵⁷. Die Kürzung bezieht sich auf einen Tatbestand, der noch völlig unklar ist und von der Konstruktion des EEG, insbesondere § 16 I EEG, bewusst unsicher gehalten wird⁵⁸. Der Ertrag aus der Einspeisung ist also nicht bloße Rechtsfolge, sondern abhängig von Variablen, die weder der Betreiber noch die öffentliche Hand zu steuern vermögen.

Das *BVerfG* hatte, soweit ersichtlich, in drei Fällen über Änderungen des EEG zu entscheiden und dabei keine Verletzungen des Grundsatzes des Vertrauensschutzes erkannt⁵⁹. Im Fall der Einschränkung der Förderungen von Photovoltaikanlagen auf ehemaligen Ackerflächen durch die Neufassung des § 32 EEG lehnte es Vertrauensschutz ab, da mangels Bebauungsplans eine ungesicherte Situation herrschte⁶⁰. Wenn eine sichere Grundlage ausscheidet, weil die planeri-

sche Entscheidung des Gemeinderats nicht prognostizierbar ist, so muss dies erst recht für die Gewalten der Natur und weitere Risiken (Technik) gelten. Natürlich lässt sich dem entgegenhalten, dass obschon nicht eine bestimmte Ausbeute an erneuerbarer Energie, so doch aber wenigstens ein Jahresmittel der zu erwartenden Erträge ex ante feststeht. Dieser zutreffende Einwand ist zu berücksichtigen⁶¹ – aber eben nur insoweit, als man auch von einer tatsächlich gesicherten Erwartung ausgehen kann. Denn eine berechnete Erwartung muss abgelehnt werden, wenn der Betreiber diese Erwartung schlicht nicht haben konnte. Im Fall der Betreiber von Anlagen gem. § 3 Nr. 1 EEG bedeutet dies, dass deren Ausbeute in der Spitze natürlich niemals sicher ist. Sonnentage, Wind etc. sind variabel. Es mögen die ersten 80 %, 90 %, gegebenenfalls sogar 98 % als sicher bezeichnet werden können – es bleibt aber immer ein Betriebsrisiko. Diese Spanne lässt strukturell kein Vertrauen zu. Ein Vorbringen des Betreibers, er habe daher auf just jenen Betrag vertraut, der sich aus der Strommenge und 1,5 % des Festpreises ergibt, lässt sich daher nicht begründen. Niemand kann vernünftigerweise behaupten, dass in der Spitze keine Schwankungen bestehen. Eine Bank, die diese Grenzmarke bei der Finanzierung zu Grunde legte, machte einen schweren Fehler bei der Bestimmung der Bonität⁶². Sie wird vielmehr Risikoabschläge einkalkulieren⁶³.

Selbst wenn man also die jüngere Rechtsprechung zur Annäherung von echter und unechter Rückwirkung im Steuerrecht für übertragbar hält⁶⁴, dann ergäbe sich hier keine andere Wertung. In den dort entschiedenen Fällen ist der Tatbestand (z. B. die Vorabausschüttung⁶⁵) nämlich sachlich schon beendet. Dies rechtfertigt auch die Parallelität zwischen echter und unechter Rückwirkung, denn die Problematik besteht dort darin, dass die Steuerschuld erst nach einem Veranlagungszeitraum, d. h. in der Zukunft, entsteht⁶⁶. Ganz anders liegt der Fall bei einer angenommenen Reduktion der Förderung im Jahr 2014. Hier ist der Tatbestand noch völlig offen. Kann der Betreiber darauf vertrauen, dass er im Jahr 2014 eine bestimmte Summe aus Entgelten nach dem EEG erhält? Er kann dies ebenso wenig wie ein Antragsteller, der vor einer Gesetzesänderung auf den Erlass eines ihm günstigen Bebauungsplans vertraute⁶⁷. Die natürlichen und technischen Gegebenheiten, die Ausübung des Planungsermessens einer Gemeinde etc.: sie alle sind unsichere Quellen des Ver-

55 Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (o. Fußn. 5), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 168, m. w. Nachw.

56 Diese Unsicherheit legt der Gesetzgeber auch der Struktur des § 16 EEG zu Grunde, vgl. BT-Dr 17/6071, S. 65, wonach die Vergütungshöhe von Faktoren abhängt, die erst mit Ablauf eines Kalenderjahres berechnet werden können.

57 Dieses nachträglich zu korrigieren, stellte natürlich einen erheblichen Vertrauensschaden dar.

58 Vgl. *Salje* (o. Fußn. 13), § 16 Rdnr. 22, der von einem den Anlagenbetreiber treffenden „potenziellen Nachteil“ spricht.

59 *BVerfG*, Beschl. v. 1. 10. 2012 – 1 BvR 1809/12, BeckRS 2012, 59986 (Nichtannahme); *BVerfG*, Beschl. v. 3. 4. 2009 – 1 BvR 3299/08, BeckRS 2009, 33370 (Nichtannahme); *BVerfG*, NVwZ-RR 2010, 905.

60 *BVerfG*, NVwZ-RR 2010, 905 Rdnr. 42.

61 Dies gilt insbesondere nachdem das *BVerfG* zunehmend eine formale Sicht der Rückwirkungsfolgen durch eine materiale ersetzt, vgl. *BVerfG*, NJW 2013, 145.

62 Daher dürfte bei dieser Größenordnung für eine seriös kalkulierende Bank keine nennenswerte Änderung ihrer Politik entstehen. Vgl. zu diesem Einwand aber *Brake*, <http://www.heise.de/tp/blogs/2/153737> v. 14. 2. 2013.

63 Die Förderdauer von 20 Jahren ist entsprechend an die energiewirtschaftlichen Berechnungsformeln und Amortisationszyklen angelehnt, vgl. BT-Dr 16/8148, S. 52.

64 Siehe dazu oben V 3 a.

65 *BVerfG*, NJW 2013, 145.

66 *BVerfG*, NJW 2013, 145 (147) Rdnr. 62.

67 *BVerfG*, NVwZ-RR 2010, 905 Rdnr. 42.

trauens. Die Festpreise gem. §§ 23 ff. EEG sind daher nur ein Faktor der Vergütung von vielen und daher als alleinige Vertrauensgrundlage nicht ausreichend. Eine sichere Basis besteht vielmehr erst dann, wenn der Anspruch durch Einspeisung gem. § 16 I 2 EEG entstanden ist.

cc) *Vertrauenskorrridor*. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber zwar vertrauensbildende Maßnahmen ergriffen hat, insbesondere durch §§ 21 II, 23 ff. EEG. Die Normierung fester Entgelte über 20 Jahre ist eine klare Aussage. Daran muss sich der Gesetzgeber festhalten lassen. Umgekehrt erstreckt sich der Vertrauensgrundsatz als massive Einschränkung der Zuständigkeit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nicht auf Umstände, die unsicher sind. Wo kein Vertrauen entstehen kann, lässt sich ein solches auch nicht verletzen. Das heißt, die ersten Anteile des Ertrags (nicht des Fix-Preises als Faktor) sind natürlich normativ anders zu beurteilen als die Ergebnisse in der Spitze. Der Betreiber muss sich daher an dem festhalten lassen, wie er oder seine Bank vernünftigerweise selbst kalkulieren: Er wird nach kaufmännischem Vorsichtsprinzip mit dem Jahresmittel oder sogar mit einem Risikoabschlag kalkulieren. Mit Erträgen jenseits dieser Werte konnte er nicht rechnen. Welche Werte erwartbar sind, hängt von den natürlichen Gegebenheiten, der Technik und dem Betrieb ab und bedarf der sachkundigen Erhebung, die die hier vorgenommene normative Einordnung nicht leisten kann. Es dürfte aber sehr viel dafür sprechen, dass ein Ertrags-Abschlag in der Spitze, der der Festpreisreduktion von 1,5 % auf ein Jahr entspricht, nicht mehr dem Vertrauensschutz unterliegt, sondern sich eher im Bereich der Hoffnung auf ein gutes Ertragsjahr bewegt. Ein Verlust dieser Grenzwerte ist dann zweifellos zwar immer noch misslich. Ihr normativer Wert in der Abwägung ist aber geringer als die sicheren Erträge und unterliegt daher dem Gewicht des öffentlichen Interesses.

VI. Finanzverfassungsrechtlicher Rahmen

In einem früheren Papier des Bundesumweltministers vom 28. 1. 2013 ist bezüglich der Bestandsanlagen die Rede von der befristeten Erhebung eines „Energie-Soli“; im gemeinsamen Papier vom 13. 2. 2013 fehlt dieser Begriff⁶⁸. Ungeachtet der Bezeichnung wirft dies aber doch die materielle Frage auf, ob mit der Maßnahme nicht finanzverfassungsrechtliche Belange berührt sein könnten. Handelte es sich z.B. um eine Sonderabgabe, so käme die Einführung nur unter erschwerten Bedingungen in Betracht, denn der Abgabenschuldner wird dabei „über die allgemeine Steuerpflicht hinaus“ belastet⁶⁹. Insbesondere kommt es für die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die materielle Wirkung an⁷⁰. Da evident sein dürfte, dass spätestens das Merkmal der „gruppennützigen Verwendung“⁷¹ des Aufkommens nicht vorliegt, müsste die Maßnahme bei Vorliegen von Sonderabgaben schon scheitern. Allerdings – und insoweit ist die Bezeichnung als „Soli“ eher unzulässig – handelt es sich bei der geplanten oder einer ähnlichen Maßnahme schon nicht um ein Instrument, das finanzverfassungsrechtliche Relevanz zeitigt. Dazu müsste die Maßnahme als Abgabenerhebung qualifiziert werden⁷². Dies ist aber nicht der Fall, denn es wird weder ein „Sonderfonds“ eingerichtet, noch enthält die Maßnahme eine Aufkommenswirkung auf Seiten der öffentlichen Hand⁷³. Auch wenn es auf die Bezeichnung als „Sonderabgabe“ nicht ankommt,

reicht es umgekehrt nicht aus, wenn die Maßnahme tatsächlich materiell identische Wirkungen wie eine Sonderabgabe zeitigt⁷⁴. Die erhöhten Kriterien der Sonderabgaben dienen nämlich nicht lediglich dem Schutz des Abgabepflichtigen, sondern haben vornehmlich finanzverfassungsrechtliche Bedeutung⁷⁵. Die Einbuße durch die Vergütungsreduktion mag daher natürlich die gleiche materielle Wirkung haben wie eine hypothetische Sonderabgabe aller Betreiber. Das *BVerfG* weist aber zu Recht auf die Unterscheidung von Mittel und Ziel hin⁷⁶, denn am Mittel entscheiden sich die Fragen der Kompetenz, die im öffentlichen Recht nicht analogiefähig sind. Im Fall der EEG-Einspeisevergütung handelt es sich um ein Mittel der Preissteuerung durch Mindestpreisfestsetzung, das keinen Abgabencharakter hat, sondern unmittelbar in den Markt eingreift. Folglich führt eine „Preissenkung“ zu Gunsten der Abnehmer bis hin zum Endverbraucher auch nicht zu finanzverfassungsrechtlich erheblichen Abgabenaufkommen, sondern lediglich zur Verschiebung der Preise⁷⁷.

VII. Fazit

Soweit ersichtlich hat das *BVerfG* in den Entscheidungen zum EEG weitgehend gesetzgeberfreundlich judiziert. Der mit dem EEG verbundene Versuch, neue Technologien zu fördern und – spätestens seit der erneuten Atomwende seit dem Unglück von Fukushima – damit verstärkt die konventionellen Quellen zu ersetzen, stellt einen Eingriff des Gesetzgebers in das freie Spiel der Märkte dar. Ob man dies gutheißt oder nicht: Der Gesetzgeber muss dann aber auch die Möglichkeit haben, nachzusteuern und im Verein mit sonstigen Belangen (Stromkosten, Landschaftsschutz etc.) Modifikationen anzubringen. Dies geht jedoch nur in den Grenzen der Verfassung, namentlich des Vertrauensschutzes. Jener wirkt aber nicht absolut, sondern ist mit den verfolgten Zielen in Abwägung zu bringen. Dabei kann nur dort Vertrauensschutz in Anspruch genommen werden, wo ein solcher berechtigterweise besteht. Jenseits der Bewertung der öffentlichen Interessen in der Abwägung, die im Rahmen der unechten Rückwirkung vorzunehmen ist, verbleibt dem Gesetzgeber daher jedenfalls immer ein Spielraum in Höhe der unsicheren Erwartungen. Dieser bedarf der konkreten und tatsächengestützten Bestimmung, dürfte aber beim hier in Rede stehenden Papier aus den Ministerien noch nicht übersritten sein. ■

68 http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Erneuerbare_Energien/eeg_strompreissicherung_20130128_bf.pdf; http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Erneuerbare_Energien/20130213_Eckpunktepapier_Strompreissicherung_bf.pdf.

69 *BVerfGE* 101, 141 (148) = NVwZ 2000, 307 (308) = NZA 2000, 139; vgl. z.B. *BVerfGE* 91, 186 = NJW 1995, 381 = NVwZ 1995, 262 L – Kohlepfennig; dazu nur Kube, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fußn. 9), Art. 105 Rdnrn. 16 ff.

70 Vgl. *BVerfGE* 108, 1 (13) = NVwZ 2003, 715.

71 Neben Sachzweck, Gruppenhomogenität und Gruppenverantwortung ist dies die vierte Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit; vgl. *BVerfGE* 123, 132 (142) = NVwZ 2009, 1030; dazu mit m.w. Nachw. zur Rspr. Kube, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fußn. 9), Art. 105 Rdnr. 17.

72 *BVerfG*, NJW 1997, 573 (573) = NVwZ 1997, 379 L – Stromeinspeisungsgesetz. Vgl. *Oschmann*, in: *Danner/Theobald*, *EnergieR* VI, Stand: 75. Erg.-Lfg. 2012, Einf. Rdnr. 78; *Schneider*, in: *ders./Theobald* (o. Fußn. 15), § 21 R. 142.

73 Vgl. *BVerfG*, NJW 1997, 573 (573) = NVwZ 1997, 379 L – Stromeinspeisungsgesetz.

74 *BVerfG*, NJW 1997, 573 (573) = NVwZ 1997, 379 L – Stromeinspeisungsgesetz.

75 Vgl. *BVerfGE* 108, 1 (13) = NVwZ 2003, 715 (716): „Eckpfeiler bundesstaatlicher Ordnung“.

76 *BVerfG*, NJW 1997, 573 (573) = NVwZ 1997, 379 L – Stromeinspeisungsgesetz.

77 Vgl. so bzgl. der Mindestpreisfestsetzung als solcher *Oschmann*, in: *Danner/Theobald* (o. Fußn. 72), Einf. Rdnr. 78; *Schneider*, in: *ders./Theobald* (o. Fußn. 15), § 21 Rdnr. 142.