

informaler Absprachen droht vielmehr deren Vorteile aufzuheben, ohne einen entsprechenden Bedarf zu senken. Bestehender Kooperationsbedarf würde sich anderweitig Bahn brechen und neue Formen der Informalität verlagerten sich bloß vor.¹⁸⁰ Im konkreten Fall der Aushandlung eines verzögerten Atomausstiegs kommt eine „Ausgleichslösung“ zudem von vornherein nicht in Betracht. Eine Grundsatzentscheidung über die zeitlichen Grenzen der zivilen Nutzung von Kernenergie steht im Raum. Das Bedürfnis flexiblen staatlichen Handelns, das etwa dem Umweltbereich angesichts der Dynamik des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts zu Eigen ist, geht ihr strukturell ab. An den Geldzahlungen der EVU haftet der Geruch des Ausverkaufs von Hoheitsrechten. Vertrauensverluste kann nur die Öffentlichkeit des Parlaments verhindern. Die Wesentlichkeitslehre fordert detaillierte parlamentarische Regelungen, die jedenfalls über blasse, im Rahmen abgeschwächter Beteiligungsmöglichkeiten formulierte Leitlinien und eine rein reaktive Kontrolle hinausgehen: Die Konfliktbeladenheit des Sachbereichs streitet für höchstmögliche Integration und einen materiell-fundierten Gesetzesbeschluss.¹⁸¹

F. Ergebnis

Im Ergebnis ist ein finanzverfassungsrechtlich zulässiger Weg zur Abschöpfung durch Laufzeitverlängerungen erzielter Zusatzgewinne nicht ersichtlich. Die in Aussicht genommene rechtliche Zweckbindung des Abgabenaufkommens zur Förderung erneuerbarer Energien steigert die verfassungsrechtlichen Bedenken. Die alternative Erhebung einer *allgemeinen* Kernbrennstoffsteuer wäre – im Falle der Inkaufnahme von Inländerdiskriminierung – hingegen mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Ein weiterer „Atomkonsens“ erweist sich schließlich nicht nur als „Störfaktor“ im grundgesetzlichen System der Gewaltenteilung, sondern strapaziert auch Grundfragen der parlamentarischen Demokratie. Seine verfassungspolitischen Auswirkungen jedenfalls wären verheerend.

Rechtliche Grenzen einer Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken

*Dr. Olaf Däuper, Dr. Roman Ringwald und
Dipl. Wirt.-Ing. Uwe Hilmes**

Die die Bundesregierung hat am 6.9.2010 den Entwurf für ein Energiekonzept vorgelegt. Danach sollen die Laufzeiten für den Betrieb von Kernkraftwerken um 8 Jahre für Altanlagen und 14 Jahre für neuere Anlagen verlängert werden. Als Ausgleich hier soll befristet auf sechs Jahre eine Kernbrennstoffsteuer eingeführt werden. Ergänzend leisten die Kernkraftwerksbetreiber einen freiwilligen Förderbeitrag auf Grundlage eines Förderfondsvertrages mit der Bundesregierung. Die Auswirkungen einer Laufzeitverlängerung auf den Stromerzeugungsmarkt wären erheblich. Aber es gibt verfassungs- und europarechtliche Grenzen.

A. Energiewirtschaftliche Effekte einer Laufzeitverlängerung

Eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken (im Folgenden abgekürzt als KKW) führt im Bereich der Stromerzeugung zur Zementierung eines wettbewerbshemmenden Oligopols. Kraftwerksinvestitionen, die eine Vielzahl unabhängiger Energieunternehmen im Vertrauen auf den Kernenergieausstieg als Signal für mehr Wettbewerb getätigt haben, werden wirtschaftlich negativ beeinflusst oder in Gänze wirtschaftlich unrentabel macht. Energiewirtschaftliche Modellrechnungen zeigen, dass die Investitionstätigkeit im Erzeugungssektor daher für die Dauer einer Laufzeitverlängerung zum Erliegen kommt. Der Umbau des Erzeugungssektors, der durch langfristig bindende Klimaschutzvorgaben und für die Integration stark wachsender Anteile aus erneuerbaren Energien notwendig ist, wird durch eine Laufzeitverlängerung der KKW somit behindert.

Hierzu im Einzelnen:

I. Laufzeitverlängerung erfordert eine aktive Stärkung des Wettbewerbs

Während alle anderen Stufen der Wertschöpfungskette Strom in Deutschland entweder regulatorischen Auflagen unterliegen (z.B. Übertragungs- und Verteilnetze) oder infolge eines funktionierenden Wettbewerbs durch deutlich kleinere Margen gekennzeichnet sind (z.B. im Stromvertrieb), teilen die vier großen Verbundunternehmen E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall den Stromerzeugungsmarkt weitgehend unter sich auf. Sie vereinen in etwa 80 % der gesamten Stromerzeugung in Deutschland auf sich, so dass die Erzeugungsstufe einen maßgeblichen Anteil zu ihren Gewinnen beiträgt.

Die marktbeherrschende Stellung der vier Verbundunternehmen gründet insbesondere auf der ungleichen Verteilung der Erzeugungskapazitäten, die zum Großteil noch aus der Zeit vor der Energiemarktliberalisierung seit 1998 stammt: Die zwei lukrativsten Grundlast-Technologien (Kernkraft und Braunkohle) sind nahezu vollständig diesen vier Energieunternehmen vorbehalten. Durch das Neubauverbot für Kernkraftwerke sowie den beschränkten Zugang zur Braunkohle¹ besteht faktisch ein Marktverschluss in der Grundlast.

* Die Autoren Dr. Olaf Däuper und Dr. Roman Ringwald sind Rechtsanwälte in der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten Kanzlei Becker Büttner Held; Uwe Hilmes ist geschäftsführender Gesellschafter von enervis energy advisors, einer auf den Energiebereich spezialisierten Unternehmensberatung. 1. RWE und Vattenfall besitzen fast alle deutschen Braunkohletagebaue, so dass der Zugang zum Brennstoff Braunkohle für Dritte stark eingeschränkt ist.

(Fn. 134), S. 123; Ruffert, Entformalisierung (Fn. 130), S. 1153; Fritz W. Scharpf, verhandelnder Staat (Fn. 166), S. 42 f.

180. Becker, Normsetzung (Fn. 3), S. 281; Grimm, Verbände (Fn. 153), Rdnr. 21; ders., Grundgesetz (Fn. 167), S. 59; Schulze-Fielitz, informaler Verfassungsstaat (Fn. 131), S. 146.

181. Zu den Anforderungen und der flexiblen Handhabung des Wesentlichkeitskriteriums Michael, kooperierender Verfassungsstaat (Fn. 3), S. 491-495.

Der im Jahr 2000 unter Mitwirkung der Betreiber beschlossene Ausstieg aus der Kernenergie war deshalb ein besonders wichtiges Signal für mehr Wettbewerb im deutschen Stromerzeugungsmarkt und markierte den Startschuss für viele Neuinvestitionen, insbesondere auch durch unabhängige Marktakteure wie z.B. Stadtwerke, aber auch ausländische Unternehmen.

Eine Laufzeitverlängerung der KKW würde hingegen die oligopolistische Marktstruktur zementieren und Neuinvestitionen in moderne Kraftwerke bis zur Mitte der 2020er Jahre komplett verhindern. Bei einer Laufzeitverlängerung ohne strukturellen Ausgleich werden bis Ende der 2020er Jahre keine neuen hocheffizienten Kraftwerke mehr gebaut, denn erst dann gehen die Kernkraftwerke verstärkt aus dem Markt. Lediglich bereits im Bau befindliche Kapazitäten kommen bis 2015 noch in den Markt, erleiden aber durch die Laufzeitverlängerung einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden.

II. Wettbewerbsverzerrungen durch Zusatzgewinne

Eine Laufzeitverlängerung würde zu substantiellen Zusatzgewinnen bei den Kernkraftwerksbetreibern führen. Unter Anrechnung von marktüblichen Erzeugungskosten verbleiben schon bei einer Laufzeitverlängerung lediglich acht auf dann 40 Betriebsjahre real rund 60 Mrd. Euro bei den vier Verbundunternehmen. E.ON würde von einer Laufzeitverlängerung mit 26,4 Mrd. Euro (44 %) am meisten profitieren, gefolgt von RWE mit 15,6 Mrd. Euro (25 %) und EnBW mit 13 Mrd. Euro (22 %) sowie Vattenfall mit 3,6 Mrd. Euro (6 %).²

Die von der Bundesregierung angedachte Verlängerung um bis zu 14 Jahre führt dementsprechend unter Berücksichtigung ergänzender Nachwirkungskosten zu Zusatzgewinnen von 80 bis 100 Mrd. Euro.

Diese Zusatzgewinne aus einer Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke stärken die Marktmacht der großen vier Verbundunternehmen weiter und ermöglichen ihnen insbesondere eine Quersubventionierung anderer Marktbereiche. Sie können mit den zusätzlichen Milliarden gerade bei Großprojekten im Bereich der erneuerbaren Energien neue Wettbewerber verdrängen.

III. Bedarf an strukturellen Markteingriffen

Sollte die Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken umgesetzt werden, so ist es bereits aus rein energiewirtschaftlicher Sicht erforderlich, dass die negativen Wettbewerbsauswirkungen durch eine staatliche Regelung verhindert werden.

Oberste Priorität sollte die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs haben, der Voraussetzung für eine preiswürdige Stromversorgung ist. Zusatzgewinne bei den Kernkraftwerksbetreibern sind zu vermeiden, um den Erzeugungswettbewerb nicht zusätzlich zu deren Gunsten zu verzerren. Ein Ausgleich für die durch die Laufzeitverlängerung direkt wirtschaftlich Geschädigten (vor allem sind dies die neuen Marktakteure, die bereits investiert haben oder Investitionen geplant haben) sollte dabei im Fokus stehen, da diese Akteure für einen funktionierenden Wettbewerb im Erzeugungsbereich unverzichtbar sind.

Dies kann erreicht werden, indem veraltete Braun- und bei Bedarf zusätzlich auch Steinkohlekraftwerke in dem Umfang und zu dem Zeitpunkt stillgelegt werden, zu dem Kernkraftwerksbetreiber ihre Anlagen länger betreiben dürfen (vgl. Ausführungen unter II.2). Dies würde außerdem den Wettbewerb beleben, indem im Erzeugungsmarkt Freiräume für Investitionen in neue effiziente Kraftwerke geschaffen werden. Zusätzlich hat dieser Ansatz eine erhebliche Klimaschutzwirkung durch den Austausch ineffizienter Kraftwerke gegen moderne, CO₂-ärmere Anlagen.

Bei der Abschöpfung und Verwendung von Zusatzgewinnen ist darauf zu achten, dass keine Quersubventionierung stattfindet, beispielsweise durch eine Förderung von Großprojekten im Bereich

der erneuerbaren Energien, die ebenfalls mittelbar dem Portfolio der vier Verbundunternehmen zuzurechnen sind.

B. Rechtliche Bewertung der energiewirtschaftlichen Effekte

Auf Basis vorstehender energiewirtschaftlicher Ausführungen sollen im Folgenden die rechtlichen Grenzen einer Laufzeitverlängerung dargestellt werden. Hierbei wird sowohl auf verfassungsrechtliche als auch europarechtliche Vorgaben einzugehen sein.

I. Die Wettbewerbsfreiheit nach dem Grundgesetz

Eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken führt zu einer einseitigen Besserstellung von vier schon jetzt marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen. Gleichzeitig werden die Marktchancen aller anderen Marktteilnehmer auf Jahre hinaus beeinträchtigt.

Fraglich ist deswegen, ob der Staat den rechtlichen und ordnungspolitischen Rahmen für die Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt beliebig zugunsten einzelner Unternehmen verändern darf oder ob er nicht auch das Interesse der anderen Marktteilnehmer aus verfassungsrechtlichen Gründen zu beachten hat.

1. Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit

Das Grundgesetz kennt keine „Wirtschaftsverfassung“ im Sinne eines ordnungspolitisch geschlossenen Systems. Es wird nach Rechtsprechung³ und herrschender Literatur⁴ als „wirtschaftspolitisch neutral“ aufgefasst. Grundsätzlich obliegt es also allein dem Staat, über die Wirtschaftsordnung zu entscheiden.

Es ist jedoch anerkannt, dass eine wirtschaftspolitische Ordnungsentscheidung des Gesetzgebers ihre Grenzen in den funktionstypischen Wirkungen der Grundrechte, namentlich in der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit bzw. unternehmerischen Betätigungsfreiheit findet, Art. 2, 3, 9, 12 und 14 GG.⁵ Diese Freiheit schützt unterschiedliche wirtschaftliche unternehmerische Betätigungen.⁶ Hierzu gehört auch die Wettbewerbsfreiheit.⁷

Im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit führte das Bundesverfassungsgericht, welches den Schutz der Wettbewerbsfreiheit unmittelbar Art. 12 Abs. 1 GG zuordnet⁸, in seiner Entscheidung vom 08.02.1972 wörtlich aus:

„Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlichen freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien. Das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb ist Bestandteil ihrer Berufsausübung, die, soweit sie sich in erlaubten Formen bewegt, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.“⁹

2. Die Berechnung der Zusatzgewinne basiert auf Szenariorechnungen mit dem enervis-Markmodell emp.

3. BVerfGE 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 12, 341 (347); 14, 19 (23), 14, 263 (275), 21 73 (78); 25, 1 (19).

4. Vgl. z. B. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12, Rn. 85 m. w. N..

5. BVerfGE 50, 338; vgl. auch Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12 Rn. 85 f. u. 131 f. m.w.N..

6. Vgl. im Einzelnen Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12 Rn. 132.

7. BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 53, 96 (98); 105, 252 (265); vgl. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 12 Rn. 15.

8. Im Einzelnen ist die grundrechtliche Zuordnung der Wettbewerbsfreiheit umstritten: Für Art. 12 GG BVerfGE 32, 311 (317); 105, 252 (265); 110, 274 (288), 116 135 (152); für Art. 2 I GG BVerwGE 17, 306 (309); 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174); für Art. 12 I und 14 I GG Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12 Rn. 144.

9. BVerfGE 32, 311 (317).

Der Grundrechtsschutz der Wettbewerbsfreiheit bezieht sich also darauf, am Markt aufzutreten und mit anderen möglichst unreglementiert in Konkurrenz zu treten.¹⁰

Die Reichweite dieses Freiheitsschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln, die den Wettbewerb erst ermöglichen, und durch die sozialen Rahmenbedingungen mitbestimmt.¹¹ Staatliche Maßnahmen, mit denen für einen Unternehmer nachteilige Veränderungen wirtschaftlicher Verhältnisse einhergehen, können daher nicht schon allein deshalb als Grundrechtsbeeinträchtigung verstanden werden. Vor allem wirtschaftliche Nachteile, die z. B. durch die Konzessionierung eines neuen Konkurrenten¹² oder das Hinzutreten des Staates als Konkurrent¹³ entstehen, erfahren keine grundrechtliche Gewährleistung. Sie sind Ausdruck wettbewerbsbestimmender Faktoren und stellen lediglich eine systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks dar.

Der Schutz der Wettbewerbsfreiheit beginnt aber spätestens dann, wenn der Staat das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb nicht mehr im Sinne der Förderung und des Erhalts des Wettbewerbs regelt, sondern den Wettbewerb dadurch verfälscht, dass er die Rahmenbedingungen des Marktes zu Lasten einzelner Unternehmen ändert.¹⁴

Die auf Seiten der benachteiligten Unternehmen eintretenden negativen Effekte sind dann nicht mehr Ausfluss sozialer Veränderungen im Sinne bloßer Begleiterscheinungen staatlichen Handelns. Sie sind vielmehr ein gezielter oder zumindest vorhersehbarer Eingriff in die Möglichkeit eines Unternehmens, sich verantwortlich und erfolgreich am Markt in Konkurrenz zu anderen Unternehmen betätigen zu können.¹⁵ Eine solche staatliche Wirtschaftslenkung missachtet das Prinzip, dass sich Marktteilnehmer möglichst unreglementiert in Konkurrenz zueinander begeben sollen. Sie schränkt die Fähigkeit zur Teilnahme am Wettbewerb ein.¹⁶

Der Staat ist demnach bei der Gestaltung der Wirtschaftsordnung nicht gänzlich frei. Er muss die Freiheit zum Wettbewerb der Marktteilnehmer beachten. Dem Staat ist es nicht gestattet, ohne Beachtung dieser grundrechtlich geschützten Freiheit den Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern zu Gunsten einiger und zu Lasten anderer zu verändern.

2. Anforderungen an einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit

Die grundrechtliche Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit greift erst ein, wenn der Gesetzgeber dieses Recht verletzt, nicht schon, wenn eine Maßnahme den Gehalt eines Grundrechts bloß tangiert.

Im Rahmen dieser Abgrenzung ist allgemein anerkannt, dass jedes staatliche Handeln einen Grundrechtseingriff begründen kann, wenn es dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt.¹⁷ So hat auch das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG entschieden, dass das dort garantierte Grundrecht durch Vorschriften beeinträchtigt werden kann, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit mittelbar zu beeinträchtigen. Erforderlich sei aber ein Zusammenhang mit der Berufsausübung und eine erkennbare „berufsregelnde Tendenz“.¹⁸

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat für verschiedene Fallgruppen eine bloße tatsächliche Betroffenheit als Grundrechtsbeeinträchtigung genügen lassen, soweit dadurch der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts berührt wird. Im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit hat es z. B. einen Eingriff angenommen, wenn der Staat durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmens in einem nicht hinnehmbaren Maße schädigt.¹⁹ In seiner Entscheidung vom 18.04.1985 führt der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts allgemeiner aus:

„Mit der Funktion der Grundrechte, bestimmte Freiheitsbereiche wirksam zu schützen und den einzelnen vor Nachteilen zu bewahren, die nicht verfassungsgemäß sind, wäre es unvereinbar, den Grundrechtsschutz generell auf einen bestimmten Eingriffstyp – z. B. Regelungen mit unmittelbarer Rechtswirkung zu beschränken. Dies gilt besonderes im hier interessanten Bereich staatlicher Wirtschaftslenkung, weil der Staat sich längst zunehmend mittelbar wirksamer Lenkungsmittel bedient, die gleichwohl die unternehmerischen Betätigungsmöglichkeiten entscheidend begrenzen können.“²⁰

Maßgebend für einen Eingriff sind also weniger die Charakteristika der hoheitlichen Maßnahme als vielmehr die Beeinträchtigung der geschützten Freiheit selbst. Mit Blick auf den bereits oben bestimmten Schutzbereich der Freiheit zum Wettbewerb bedeutet dies, dass von einem Eingriff in diese Freiheit auszugehen ist, wenn die infrage stehende Maßnahme vorhersehbar und intensiv eine möglicherweise nur mittelbar-faktische Wettbewerbsverzerrung zu Lasten anderer Marktteilnehmer verursacht. Aus der Vorhersehbarkeit und Intensität der Beeinträchtigung folgt die Qualifizierung der Maßnahme als Eingriff. Nichts anderes meint letztendlich auch das Bundesverfassungsgericht, wenn es im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG eine zumindest objektive „berufsregelnde Tendenz“ fordert. Auch diese wird maßgeblich durch die Vorhersehbarkeit und Intensität der Beeinträchtigung ermittelt.²¹

3. Die Bewertung einer Laufzeitverlängerung

Eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken würde den Wettbewerb auf dem Stromerzeugungsmarkt verzerren.

Im Bereich der wirtschaftlich besonders attraktiven besonders Grundlastkraftwerke können neue Marktteilnehmer faktisch nicht am Wettbewerb teilnehmen, da sie wegen des Neubauverbots (in § 7 Abs. 1 S. 2 AtomG) keine Kernkraftwerke betreiben können und darüber hinaus keinen gesicherten Zugang zu Braunkohlevorkommen als Brennstoff für Braunkohlekraftwerke haben. Die vier KKW-Betreiber beherrschen also nicht nur 80 % des gesamten Erzeugungsmarktes. In 47 % des Erzeugungsmarktes ist Wettbewerb von vorn herein (und unabhängig von der Stellung der KKW-Betreiber als Oligopolisten) ausgeschlossen, weil im Wesentlichen nur E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall Kern- und Braunkohlekraftwerke betreiben können.

Die gegenwärtig noch bestehenden Regelungen zum Atomausstieg hätten zur Folge, dass bis zur Stilllegung des letzten Kraftwerks (voraussichtlich im Jahr 2024) 20.000 MW an Erzeugungskapazitäten in der Grundlast frei würden. Der Atomausstieg würde somit dazu führen, dass zumindest 23 % des wettbewerbsarmen Erzeugungsmarktes sukzessiv in den Wettbewerb eintreten könnten.

10. BVerfGE 75, 284 (292) = NJW 1988, 543; BVerfGE 82, 209; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 15.

11. BVerfGE 115, 205 (229); BVerfGE 71, 183 (191f.); vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 15f.

12. BVerfGE 10, 122; BVerfGE 34, 252 (256).

13. BVerfGE 39, 329 (336).

14. BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120/137; 82, 209 (223); BVerfGE 71, 183 (191); BSGE 93, 296; 87, 95 (97); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 15; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2006, Art. 12 Rn. 144 ff.

15. BVerfGE 71, 183 (191f.).

16. BVerfGE 86, 28/37; BVerfGE 71, 183 (191); BSGE 87, 95/97; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 1b.

17. Vgl. z.B. BVerfGE 105, 270 (300f); Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 20. Aufl. 2005, Rn. 238 ff.

18. BVerfGE 13, 181 (185); 46 120 (137); 49, 24 (47).

19. BVerfGE 30, 191 (197); 60 154 (160); 65, 167 (174).

20. BVerfGE 71, 183 (192).

21. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 12 m w. N.

Der Wettbewerb um diese sukzessiv frei werdenden Erzeugungskapazitäten hat dabei schon begonnen. Gerade neue Marktteilnehmer haben im Hinblick auf die frei werdenden Erzeugungskapazitäten neue Kraftwerksprojekte bereits realisiert, in entsprechende Planungen umfangreich investiert bzw. alte, bestehende Kraftwerke bzgl. der Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen auf diese Markt- und Rechtslage ausgerichtet.

Eine Laufzeitverlängerung würde diesen Prozess der Liberalisierung eines Teils des Erzeugungsmarktes wieder zunichte machen. Sie führte sie dazu, dass die vier großen Verbundunternehmen weiterhin Strom aus den Grundlastwerken konkurrenzlos günstig am Markt anbieten könnten, mit der Folge, dass anderen Marktteilnehmern dieses Marktsegment weiterhin verschlossen bliebe.

Gleichzeitig erzielten die vier großen Stromerzeuger erhebliche Zusatzgewinne. Wie unter Punkt II dargestellt, dürfte der Zusatzgewinn der vier großen Verbundunternehmen zwischen 80 bis 100 Mrd. Euro betragen.

Nicht nur bliebe den vorstehenden Unternehmen das lukrative Marktsegment der Grundlast wettbewerbsfrei erhalten, ihre Position im Erzeugungsmarkt würde gestärkt, was die oligopolistische Struktur des Stromerzeugungsmarktes insgesamt verfestigen würde. Die großen vier Verbundunternehmen hätten erhebliche finanzielle Mittel zur Verfügung, um auch in Zukunft weitgehend konkurrenzlos, z. B. im Rahmen eines forcierten Ausbaus der Erzeugung von regenerativen Energien, im Energieerzeugungsmarkt dazustehen. Faktisch würde eine Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke somit nichts anderes als eine Subventionierung der vier großen Energieerzeuger bedeuten. Dabei ist die oligopolistische Struktur des Erzeugungsmarktes seit Jahren wirtschaftspolitisch nicht mehr gewollt und erst kürzlich vom Bundesgerichtshof festgestellt worden.²²

Die durch eine Laufzeitverlängerung hervorgerufene Veränderung der gegenwärtigen Marktstruktur ginge dabei erheblich zu Lasten anderer Marktteilnehmer. Vor allem die anderen fossilen Kraftwerksbetreiber, die sich auf das Freiwerden der Erzeugungskapazitäten vorbereitet und auf den Atomausstieg vertraut haben, würden erhebliche und unmittelbar wirkende wirtschaftliche Nachteile erleiden. Betreiber von neuen und hocheffizienten Steinkohle- und Gaskraftwerken haben sich darauf eingestellt, dass sie in Zukunft um die Stromerzeugung in der Grund- und Mittellast konkurrieren können. Durch eine Laufzeitverlängerung würden aber ihre teils für die Grundlast, teils für die Mittelast geplanten Steinkohle- oder Gaskraftwerke eine geringere Auslastung als prognostiziert erfahren und gegebenenfalls sogar in ein anderes, weniger lukratives Auslastungssegment gedrängt werden. Diese Kraftwerke erwirtschaften dann erhebliche Mindererlöse. Bei einem Gaskraftwerk (800 MW) dürfte sich die Erlössituation um ca. 163 Mio. Euro verschlechtern.

Eine Laufzeitverlängerung würde die KKW-Betreiber somit nicht nur dadurch begünstigen, dass sie in der Grundlast konkurrenzlos Strom erzeugen und dadurch Zusatzgewinne erwirtschaften. Ihre Marktmacht würde darüber hinaus auch dadurch quasi „unantastbar“ gestärkt werden, dass die anderen fossilen Kraftwerksbetreiber, mit denen sie gegenwärtig und insbesondere auch in Zukunft am stärksten konkurrieren, erheblich geschwächt würden.

Auch wenn eine Laufzeitverlängerung nach dem Wortlaut einer entsprechenden Änderung des Atomgesetzes nicht unmittelbar auf eine Wettbewerbsverzerrung und somit eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit bestimmter Energieerzeuger zielen wird²³ so greift sie doch mittelbar in die Wettbewerbsfreiheit anderer Marktteilnehmer ein. Ihre wirtschaftliche Stellung auf dem Erzeugermarkt wird erheblich beeinträchtigt sein.

Eine Laufzeitverlängerung für Kernkraftwerke würde vorhersehbar und mittelbar in die grundrechtlich geschützte Freiheit zum Wettbewerb (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) anderer Marktteilnehmer eingreifen. Eine solche staatliche Wirtschaftslenkung missachtet das Prinzip, dass Marktteilnehmer möglichst unreglementiert in Konkurrenz zueinander treten sollen. Sie schränkt die

Fähigkeit zur Teilnahme am Wettbewerb ein,²⁴ weil das Neubauverbot für Kernkraftwerke unstreitig aufrecht erhalten bleiben soll. Die Laufzeitverlängerung kommt ausschließlich und abschließend den jetzigen Kernkraftwerksbetreibern zugute.

4. Ausgleichsmechanismen

Gleichzeitig ist zu beachten, dass verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen den Gesetzgeber nicht absolut binden. Unter gewissen Voraussetzungen können Eingriffe in Grundrechte gerechtfertigt sein. Staatliche, in Grundrechte eingreifende Maßnahmen sind nicht per se unzulässig. Bei Einhaltung bestimmter Rechtfertigungsvoraussetzungen sind sie rechtmäßig. Auch die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG (und damit die Freiheit zum Wettbewerb) steht unter einem Gesetzesvorbehalt.²⁵ Das Grundrecht kann durch ein einfaches Parlamentsgesetz eingeschränkt werden. Voraussetzung hierfür ist aber, dass das Gesetz den allgemeinen formellen und materiellen Anforderungen an ein verfassungsgemäßes Gesetz gerecht wird.

In dieser Hinsicht relevant ist vor allem die Bindung des Eingriffs an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Das in ein Grundrecht eingreifende Gesetz muss einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.²⁶

Im Rahmen eines Gesetzes zur Laufzeitverlängerung ist dabei insbesondere die Angemessenheit kritisch zu prüfen, welche grundsätzlich verlangt, dass die den Einzelnen treffenden Belastungen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu dem mit dem Eingriff verfolgten öffentlichen Zweck stehen. Die Belastungen des Einzelnen und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck sind möglichst in einen schonenden Ausgleich zueinander zu bringen.²⁷

Damit sind gleichzeitig die Voraussetzungen an einen grundgesetzkonformen Ausgleichsmechanismus beschrieben. Möchte der Gesetzgeber eine Laufzeitverlängerung beschließen, dann ist dies verfassungsrechtlich nur zulässig, soweit er diese Vorgaben beachtet. Ein angemessenes Verhältnis zwischen den Belastungen der anderen Kraftwerksbetreiber und den mit einer Laufzeitverlängerung verfolgten Klimaschutzziele dürfte nur dann anzunehmen sein, wenn sich die Belastungen der anderen Kraftwerksbetreiber möglichst gering sind.

Wie dargelegt, ist davon auszugehen, dass eine Laufzeitverlängerung die anderen fossilen Kraftwerksbetreiber in ihren Rechtspositionen erheblich beeinträchtigt. Es ist damit zu rechnen, dass einige von ihnen gravierende Wettbewerbsnachteile, Einbußen und Investitionsverluste erleiden würden. Sie wären die Marktbeteiligten, welche durch eine Laufzeitverlängerung ein Sonderopfer zu erbringen hätten. Gleichzeitig erhielten die vier KKW-Betreiber, die ohnehin gesichert dastehen, einen Sondervorteil. Ohne Ausgleichregelungen für die anderen Kraftwerksbetreiber dürfte man eine Laufzeitverlängerung deswegen nur schwerlich als angemessen im Sinne der Verhältnismäßigkeit ansehen können.

22. BGH, Beschl. v. 11.11.2008, BGHZ 178, 285 = ZNER 2008, 357.

23. Laut Koalitionsvertrag beruht die Laufzeitverlängerung auf dem Gedanken, dass Kernkraftwerke als „Brückentechnologie“ länger am Netz bleiben müssen, bis diese durch erneuerbaren Energien verlässlich ersetzt werden können. Sie würde also voraussichtlich, wenn auch auf angreifbare Weise, Klimaschutzziele verfolgen.

24. BVerfGE 86, 28/37; BVerwGE 71, 183 (191); BSGE 87, 95/97; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 1b 25. Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 19 u. Art. 14 Rn. 35 ff.; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 149.

26. BVerfGE 76, 256 (359); 80 109 (120); vgl. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 80 ff.

27. BVerfGE 76 1 (151); 100, 313 (375); Vgl. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 86.

IV. Wettbewerbschutz im Europarecht

Die wettbewerbswidrigen Effekte einer Laufzeitverlängerung ohne Ausgleichsmechanismus verstoßen nicht nur gegen mitgliedstaatliches Verfassungsrecht, sondern auch gegen Vorgaben des seit dem 01.12.2009 geltenden Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Ein zentrales Anliegen des Gemeinschaftsrechts ist der Schutz des freien Wettbewerbs. Die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln schützen den Binnenmarkt vor Verfälschungen.²⁸ Zu diesem Zweck unterwirft der AEUV unternehmerische Tätigkeiten einer kartellrechtlichen Kontrolle (Art. 101, 102 AEUV), die Mitgliedstaaten der Bindung an die sogenannten Grundfreiheiten (Art. 34, 45, 49 und 63 AEUV) und den Beihilfevorschriften (Art. 107ff. AEUV).

Das Gemeinschaftsrecht kennt daneben aber insbesondere auch eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 1 AEUV. Diese sind auch mit Blick auf eine Laufzeitverlängerung von entscheidender Bedeutung.

1. Der Schutz vor staatlichen Wettbewerbsverfälschungen

Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV ist es den Mitgliedstaaten verboten, in Bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, zu verhindern, dass Mitgliedstaaten zu Gunsten dieser Unternehmen eine Wettbewerbsverfälschung bewirken. Diese sogenannten privilegierten Unternehmen sollen nicht für mittelbare Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten instrumentalisiert werden.²⁹

Unter ausschließlichen und besonderen Rechte i. S. v. Art. 106 Abs. 1 AEUV sind Rechte zu verstehen, die bestimmte Unternehmen gegenüber anderen in eine Sonderstellung versetzen und gleichzeitig in eine Abhängigkeit zur öffentlichen Hand bringen, die dieser eine Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit ermöglicht, die im Verhältnis zu den übrigen Unternehmen nicht besteht.³⁰ Ausschließliche Rechte vermitteln dabei dem Unternehmen eine exklusive Rechtsstellung, d. h. ausschließlich ihnen ist die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit oder Erbringung einer Dienstleistung vorbehalten.³¹ Besondere Rechte haben dagegen keinen ausschließlichen Charakter, sondern räumen ihrem Inhaber Bedingungen ein, die ihn gegenüber seinen Wettbewerbern spürbar bevorzugen.³²

Den Verbundunternehmen E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall kommt auf dem Stromerzeugungsmarkt eine Sonderstellung zu. Nur sie haben nach der gegenwärtigen Rechtslage die Möglichkeit, die Kernenergie zur Stromerzeugung zu nutzen. Mit der Atomgesetznovelle 2002 ist ausschließlich ihnen der Betrieb von Kernkraftwerken eingeräumt worden, indem der Neubau weiterer Kernkraftwerke verboten worden ist, vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 AtG. Dadurch stehen die vier Verbundunternehmen in einer Abhängigkeit zum Staat. Ihm obliegt es, dass „Ob“ und „Wie“ ihrer präferentiellen Stellung zu bestimmen. Vom Grundsatz her kann er die ausschließliche Nutzung der Kernenergie jederzeit beenden, inhaltlich bestimmen oder verlängern. Die Geschäftstätigkeit der vier Unternehmen untersteht somit im Bereich der Nutzung der Atomenergie einem erheblichen staatlichen Einfluss. Die Berechtigung der vier Verbundunternehmen zur Nutzung der Kernenergie ist deswegen zumindest als besonderes Recht im Sinne von Art. 106 Abs. 1 AEUV zu werten.

2. Die missbrauchsgeneigte Lage durch eine Laufzeitverlängerung

Dabei gilt es zu beachten, dass ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV nicht erst dann vorliegt, wenn ein Unternehmen mit ausschließlichen Rechten seine wettbewerbsdominante Stellung auch tatsächlich missbraucht.³³ Hierzu hat der EuGH in seinem Urteil

„Hafen von Genua“ ausgeführt, dass ein Verstoß gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV bereits dann vorliegt, wenn durch die staatliche Maßnahme eine Lage geschaffen wird, durch die das privilegierte Unternehmen einen Missbrauch begehen könnte (sogenannte „missbrauchsgeneigte Lage“).³⁴ Im Rahmen von Art. 106 Abs. 1 AEUV sei es nämlich die Pflicht des Mitgliedstaates, die sachgemäße Ausübung einer unternehmerischen Sonderposition zu gewährleisten.³⁵ Den Mitgliedsstaat treffe eine Aufsichtspflicht gegenüber den privilegierten Unternehmen. Er habe dafür Sorge zu tragen, dass die privilegierten Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung nicht missbrauchen.³⁶

Eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken würde eine missbrauchsgeneigte Lage im Sinne von Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV schaffen. Den vier großen Stromerzeugungsunternehmen kommt auf dem hier sachlich relevanten Markt der Stromerzeugung bereits jetzt eine marktbeherrschende Stellung zu. E.ON und RWE bilden nach Auffassung des Bundeskartellamts ein marktbeherrschendes Duopol; bestätigt durch den BGH.³⁷ Auch die Stellungnahmen der Monopolkommission gehen in die gleiche Richtung.³⁸

Wie einleitend unter Punkt A aufgezeigt verfestigt eine Laufzeitverlängerung die oligopolistische Struktur auf dem Erzeugermarkt. Insgesamt ist mit einem Marktverschluss auf dem Stromerzeugungsmarkt vor allem zu Lasten der anderen fossilen Kraftwerksbetreiber zu rechnen. Die Verfestigung eines bestehenden Oligopols erleichtert missbräuchliches Verhalten und verbessert die Chancen hierzu gegenüber der aktuellen Gesetzeslage. Insoweit würde eine

28. So noch explizit Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV; zur Bedeutung des Wettbewerbs in der Gemeinschaftsordnung vgl. auch *Immenga/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Einleitung, Rn. 8 ff.

29. Vgl. *Voet van Vormizeele*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV, Rn. 6; *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B., Rn. 1 ff.

30. *Voet van Vormizeele*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV m.w.N.

31. EuGH *Sacchi*, Slg. 1991, 409, Rn. 14; *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, 803, Rn. 50; *Hafen von Genua*, Slg. 1991, 5889, Rn. 13; vgl. auch: *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B. Rn. 44 m.w.N.

32. *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B. Rn. 45 m.w.N.; *Voet van Vormizeele*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV Rn. 23 ff. m.w.N. Der EuGH differenziert nicht zwischen den beiden Tatbestandsmerkmalen, vgl. EuGH *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, 8089 Rn. 24.

33. *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B. Rn. 34; *Voet van Vormizeele*, in: *Schwarze, EU-Kommentar*, 2. Aufl. 2009, Art. 86 EGV Rn. 7.

34. In die gleiche Richtung geht auch die *effet-utile* Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 3 Abs. 1 lit. g., 81, 82 i.V.m. 10. Abs. 2 EGV (Art. 106 Abs. 1 EUV ist insoweit *lex specialis* zu dieser Rechtsprechung, vgl. auch *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B. Rn. 30). Nach dieser ständigen Rechtsprechung dürfen die Mitgliedsstaaten grundsätzlich keine Maßnahmen – und zwar auch nicht gegenüber nicht privilegierten Unternehmen – treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit (*effet-utile*) der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten (EuGH, *INNO/ATAB*, Slg. 1995, 2909, Rn. 20; *Centro Servizio Spediporto*, Slg. 2003, 8055, Rn. 45; *Mauri*, Slg. 2005, 1278, Rn. 29; vgl. auch *Mestmäcker/Schweitzer*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, B. Rn. 31 m.w.N.). Eine Maßnahme eines Mitgliedsstaates verstößt aber erst dann gegen die Wettbewerbsregeln, wenn sie ein Verhalten von einem Unternehmen zum Gegenstand hat, das seinerseits mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar ist. Die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten ist in diesem Fall dem unternehmerischen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln akzessorisch.

35. EuGH *Hafen von Genua*, Slg. 1991, 5889, Rn. 17; fortführend in *Corsica Ferres*, Slg. 1994, 1783, Rn. 43; *Albany*, Slg. 1999, 5757, Rn. 93.

36. Vgl. *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2007, Art. 31, 86 EGV, C., Rn. 81.

37. vgl. Fußnote 22

38. Monopolkommission, Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung (2007), Rz. 162.

Atomgesetznovelle ein missbräuchliches Verhalten der vier Verbundunternehmen sogar fördern.

V. Zwischenergebnis

Eine Laufzeitverlängerung ohne geeignete Ausgleichsmechanismen würde damit im Ergebnis nicht nur den Vorgaben des Grundgesetzes, sondern auch den europarechtlichen Wettbewerbsvorschriften widersprechen. Dies folgt aus Art. 106 Abs. 1 AEUV. Die Bundesrepublik hat den vier KKW-Betreibern mittels des Neubauverbots für Kernkraftwerke in § 7 Abs. 1 S. 2 AtG eine präferentielle Marktstellung eingeräumt. Hierdurch wird ein Näheverhältnis begründet. Mit diesem Näheverhältnis ist es unvereinbar, dass der Staat diese bereits begünstigten Unternehmen erneut und einseitig zu Lasten anderer Wettbewerber fördert. Eine missbrauchsgeneigte Stellung der vier Verbundunternehmen darf nicht gefördert werden. Genau dies würde eine Laufzeitverlängerung ohne geeignete Ausgleichsmechanismen aber bedeuten, schließlich verhindert sie eine Marktöffnung in knapp einem Viertel des Stromerzeugungsmarktes.

Ein Gesetz zur Laufzeitverlängerung muss daher, um verfassungsgemäß und europarechtskonform ausgestaltet zu sein, Ausgleichsregelungen für die anderen Kraftwerksbetreiber enthalten. Nur Ausgleichsregelungen, welche den Wettbewerbsnachteil der anderen Kraftwerksbetreiber vollständig ausgleichen, können die möglichen Grundrechtseingriffe und den Verstoß gegen die wettbewerblichen Vorschriften des Europarechts vermeiden.

C. Geeignete Ausgleichsmechanismen

Eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken wäre nur verfassungsrechtlich zulässig und europarechtskonform, wenn die wettbewerbsfeindlichen Wirkungen einer reinen Laufzeitverlängerung aufgefangen werden.

Maßstab ist dabei die aktuelle Gesetzeslage, nach der die Kernkraftwerke bis Mitte der zwanziger Jahre vom Netz gehen, also nach und nach knapp ein Viertel der Stromerzeugungsmarktes für den Wettbewerb geöffnet wird.

Die Bundesregierung plant die Einführung einer auf sechs Jahre befristeten Kernbrennstoffsteuer und will ergänzend mit den KKW-Betreibern einen freiwilligen Förderbetrag in ein neues Sondervermögen des Bundes („nachhaltige Energieversorgung“) vertraglich regeln. Mit Blick auf die vorliegend zu untersuchende Frage geeigneter Ausgleichsmechanismen soll jedoch nicht nur diese Variante einer Gewinnabschöpfung untersucht und bewertet werden. Nachfolgend ist zwischen zwei Arten von Ausgleichsmechanismen zu unterscheiden sein: (1) einer reinen Gewinnabschöpfung im Sinne einer Kernbrennstoffsteuer oder eine Einzahlung in einen Fonds sowie (2) strukturellen Markteingriffen.

Dabei ist zu berücksichtigen, inwieweit diese geeignet sind, neben der Vermeidung bzw. Abschöpfung der Zusatzgewinne für die vier Verbundunternehmen die spiegelbildlichen Risiken und Verluste der anderen Kraftwerksbetreiber auszugleichen.

I. Gewinnabschöpfung

1. Steuer

Die Einführung einer Kernbrennstoffsteuer wurde bereits in einem Papier des Bundesumweltministeriums vom Juli 2009 vorgeschlagen.³⁹ Wesentliches Merkmal für die Ausgestaltung einer Kernbrennstoffsteuer ist die Frage, auf welcher Grundlage und wofür eine Steuer zu entrichten ist. In Frage kommen (1) eine Steuer auf Kernbrennstoffe, (2) eine Steuer auf die installierte thermische Leistung von Atomkraftwerken⁴⁰ sowie (3) eine Steuer pro Kilowattstunde erzeugtem Atomstrom⁴¹.

Wird eine Steuer auf Kernbrennstoffe erhoben, so handelt es sich um die Besteuerung von Primärenergie. In Anlehnung an den bereits angeführten Vorschlag des Bundesumweltministeriums vom Juli 2009 könnte die Besteuerung nach folgenden Grundsätzen er-

folgen:⁴² Die Steuerschuld setzt ein, wenn Uran 235 oder Plutonium 239 in einem Atomkraftwerk zur Erzeugung von Strom eingesetzt wird. Entscheidend ist der Moment, in dem ein Brennstab in den Reaktorkern eingebracht wird.

Der Gesetzgeber könnte die Einführung einer Kernbrennstoffsteuer lediglich auf die Zusatzmengen einer Laufzeitverlängerung beziehen und auf diesem Wege abschöpfend wirken. Dieses Vorgehen hätte den großen Nachteil, dass in den nächsten Jahren fast kein erhöhtes Steueraufkommen zu verzeichnen wäre. Die Steuerschuld bestünde nur bezüglich Zusatzmengen und diese fallen erst an, wenn nach dem aktuellen Ausstiegsszenario mit Reststrommengen ein Kraftwerk stillgelegt werden müsste.

Es wären also insbesondere auf absehbare Zeit keine oder nur sehr geringe Mittel für die von der Bundesregierung als Ziel genannte Förderung von erneuerbarer Energien und Speichertechnologien vorhanden. Sollte die Einführung einer Kernbrennstoffsteuer ernsthaft erwogen werden, dann wäre es deswegen sinnvoll, die Besteuerung mit sofortiger Wirkung auf jeglichen Atomstrom einsetzen zu lassen und nicht auf Zusatzmengen zu begrenzen.

Bei der Umsetzung einer Kernbrennstoffsteuer ist aber zu beachten, dass Steuern grundsätzlich nicht zweckgebunden erhoben werden dürfen. Steuern sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen, sondern von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen auferlegt werden.⁴³ Sie finanzieren allgemeine Staatsaufgaben⁴⁴ und fließen in den allgemeinen Haushalt⁴⁵. Eine Zweckbindung des weit überwiegenden Teils der Steuern wäre unzulässig, da der Bundestag als Haushaltsgesetzgeber nach Art. 110 Abs. 2 GG über die Verwendung der eingenommenen Mittel entscheidet.⁴⁶ Steuern gehen also im allgemeinen Haushalt auf. Eine Bindung an eine konkrete Verwendung, wie etwa die Förderung erneuerbarer Energien oder eine Ausgleichszahlung an geschädigte Unternehmen, lässt sich hiermit nicht vereinbaren.

Diese mangelnde Zweckbindung könnte zwar im Wege einer politischen Absichtserklärung dahingehend umgangen werden, dass sich die Bundesregierung politisch darauf festlegt, einen der Höhe der Kernbrennstoffsteuer entsprechenden Betrag aus dem allgemeinen Haushalt für bestimmte Zwecke, wie die vorgenannten, auszugeben.⁴⁷ Dies wäre jedoch keine rechtlich verbindliche Verpflichtung. Es ist deswegen davon auszugehen, dass eine solche rechtlich

39. BMU, Beschleunigter Atomausstieg – Hintergrundinformationen vom 10.07.2009. Wie das Datum verdeutlicht, ist das Papier noch zu Zeiten der Koalition aus CDU, CSU und SPD vorgelegt worden..

40. In Anlehnung an die Ausgestaltung der Atomsteuer in Schweden ließe sich die Steuerschuld aber auch nach der installierten thermischen Leistung der Kernkraftwerke bestimmen. Die Stromerzeugung ist nämlich (abgesehen von Stillstandszeiten) grundsätzlich proportional zur installierten Leistung. Bei längeren Stillstandszeiten könnten (wie in Schweden) die Betreiber einen Erlass oder eine Erstattung der Steuer erhalten

41. Die dritte Variante wäre, die Steuer in Abhängigkeit von im Kernkraftwerk erzeugten Strommengen zu erheben. Konkret könnte die Atomstrommenge nach demselben Verfahren ermittelt werden wie die Reststrommenge, d. h. im Kern wird die Nettostromerzeugung zugrunde gelegt. Die genaue Ermittlung wird durch Sachverständige und Wirtschaftsprüfer testiert. Da die Gewinne aus den Stromerlösen zudem grundsätzlich bezogen auf die Einspeisung in das öffentliche Netz anfallen, würde diese Bemessungsgrundlage eine direkte Proportionalität zwischen Steuerschuld und Gewinn herstellen.

42. So auch: BMU, Beschleunigter Atomausstieg – Hintergrundinformationen vom 10.07.2009, S. 14 f.

43. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 105 Rn. 3.

44. BVerfGE 98, 106, 118.

45. BVerfGE 91, 186, 201.

46. BVerfGE 82, 156, 180f.; 93, 319, 348; 110, 274, 294 f.

47. In diese Richtung ließe sich der Koalitionsvertrag auslegen: Koalitionsvertrag, S. 21.

unverbindliche Koppelung nicht dauerhaft von Bestand sein wird.⁴⁸ Die Mittel des allgemeinen Haushalts, die nicht zweckgebunden sind, unterliegen teilweise heftigen Verteilungskämpfen zwischen den verschiedenen Ministerien.

2. Fondsmodell

Neben der Frage, wie die Zusatzgewinne der vier Verbundunternehmen abgeschöpft werden sollten, ist deswegen vor allem die Frage ihrer Verwendung entscheidend.

Im Koalitionsvertrag heißt es hierzu,

„In einer möglichst schnell zu erzielenden Vereinbarung mit den Betreibern werden zu den Voraussetzungen einer Laufzeitverlängerung nähere Regelungen getroffen (u. a. Betriebszeiten der Kraftwerke, Sicherheitsniveau, Höhe und Zeitpunkt eines Vorteilsausgleichs, Mittelverwendung zur Erforschung vor allem von erneuerbaren Energien, insb. von Speichertechnologien).“ (Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, S. 21)

Nach diesem Modell würden Bundesregierung und Verbundunternehmen eine Vereinbarung dahingehend schließen, dass die Verbundunternehmen dann eine Summe in bestimmter Höhe an den Bundeshaushalt oder einen gesonderten Fonds zahlt, soweit der Bundesgesetzgeber eine Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken beschließt.

Dabei gilt es zu beachten, dass die Verbundunternehmen selbst oder mit ihnen verbundene Unternehmen eine Vielzahl von Großprojekten im Bereich der Erneuerbaren Energien durchführen. Sollte also undifferenziert gefördert werden, dann würden gerade diejenigen Unternehmen einen Großteil des Geldes erhalten, deren Gewinne eigentlich abgeschöpft und an Dritte verteilt werden sollten.

Es widerspräche jedoch dem Gedanken einer Abschöpfung von Zusatzgewinnen, wenn der Gesetzgeber die Verbundunternehmen in einem ersten Schritt zu Ausgleichszahlungen verpflichtet, nur um dann in einem zweiten Schritt diese Gelder an sie auszuzahlen.

3. Bewertung einer reinen Erlösabschöpfung

Sowohl eine Kernbrennstoffsteuer als auch eine Fondslösung begegnen der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine Laufzeitverlängerung in keiner Weise. Während der Mittelzufluss beim Staat für andere Kraftwerksbetreiber keinen Ausgleich für den erlittenen Wettbewerbnachteil bietet, verbleibt den Kernkraftwerksbetreibern in jedem Fall ein Mehrwert gegenüber dem Status Quo.

Mit Blick auf den Wettbewerbsgedanken wäre wenig gewonnen. Die Verbundunternehmen bzw. konzernverbundene Unternehmen würden ihre Marktmacht auf dem Erzeugungsmarkt behalten und ihre Zusatzgewinne (tatsächlich) nur zu einem Teil verlieren. Sie würden nachhaltig besser gestellt.

II. Strukturelle Markteingriffe

Als Ausgleich für die Laufzeitverlängerung könnten die Verbundunternehmen verpflichtet werden, Kraftwerkskapazitäten im Wege einer Versteigerung an Wettbewerber abzugeben oder gar ganze Kraftwerke vom Markt zu nehmen.

1. Auktionierung von Erzeugungskapazitäten

Mit Blick auf die Beseitigung von Wettbewerbnachteilen anderer Kraftwerksbetreiber wird diskutiert, dass die KKW-Betreiber Kraftwerkskapazitäten auktionieren müssen.⁴⁹

Die KKW-Betreiber müssten das wirtschaftliche Äquivalent ihrer Zusatzgewinne im Wege der Auktionierung von Erzeugungskapazitäten an dritte Erzeuger am Markt abgeben. Dabei veräußern die KKW-Betreiber nicht zwingend die Kernkraftwerke selbst, aber deren Erzeugungskapazitäten.

Im Idealfall würde auf diese Weise eine Verfestigung des Oligopols auf dem Erzeugungsmarkt verhindert. Die Verbundunternehmen erhalten seitens der Bundesregierung nur dann die Zusage einer Laufzeitverlängerung, wenn sie eigene Kraftwerkskapazitäten an Wettbewerber veräußern.

Die Auktionierung von Erzeugerkapazitäten begegnet jedoch einem schwerwiegenden Einwand: Die Erwerber wären bereit, für die Kapazitäten einen Preis knapp unter dem Marktpreis für Strom zu zahlen. Die Marge bis zu diesem Veräußerungserlös verbliebe also bei den Verbundunternehmen. Ihre wirtschaftliche Einbuße wäre ausgesprochen gering und würde wegen der Zusatzgewinne einer Laufzeitverlängerung nicht ins Gewicht fallen.

Zudem verhindert die Marge der Verbundunternehmen bei einer Versteigerung, dass die Erwerber der Kapazitäten in Wettbewerb treten. Die Erzeugungskapazitäten der Erwerber sind von vorneherein mit einem wirtschaftlichen Malus (Preisaufschlag) versehen.

Es macht für die Verbundunternehmen also (fast) keinen Unterschied, ob sie den Strom aus den zu versteigernden Erzeugungskapazitäten selbst vermarkten oder nicht. Der wirtschaftliche Gewinn verbleibt in jedem Fall weit überwiegend bei ihnen.

Der Effekt einer Auktionierung von Erzeugungskapazitäten wäre damit ein weitgehend formaler. Als Modell zum Ausgleich für die Zusatzgewinne einer Laufzeitverlängerung eignet es sich nur dann, wenn die Versteigerung im Rahmen eines Verfahrens erfolgt, bei dem die Margen aus der Stromerzeugung nicht bei den vier Verbundunternehmen verbleiben.

2. Stilllegung von Kraftwerken (Opt-In-Modell)

Im Vergleich zu vorstehender Auktionierung ginge das folgende Modell in eine andere Richtung: Die KKW-Betreiber müssten sich im Rahmen eines Atomkonsenses verpflichten, immer dann, wenn die Laufzeitverlängerung tatsächlich wirksam wird,⁵⁰ (Braun-)Kohlekraftwerke mit gleicher Leistungskapazität stillzulegen (Opt-In-Modell).

Im deutschen Kraftwerkspark gibt es insbesondere ausreichend veraltete und bereits komplett refinanzierte Braunkohlekraftwerke mit entsprechenden Leistungskapazitäten, die als Kompensation zum Weiterbetrieb der Kernkraftwerke heraus stillgelegt werden könnten. Soweit der individuelle Betreiber eines Kernkraftwerkes nicht über ausreichende Kapazitäten verfügt, kann er diese von einem anderen erwerben.

Dieser Ansatz greift die Wettbewerbssituation im deutschen Erzeugungsmarkt auf: Im Bereich der wirtschaftlich besonders attraktiven Grundlastkraftwerke (Kernenergie/Braunkohle), die infolge niedrigerer Grenzkosten hinsichtlich ihrer Vollbenutzungsstunden deutlich risikoärmer planbar und damit ertragreicher sind als die Stromerzeugung aus Steinkohle, Gas und Öl, ist der Marktzugang für neue Marktteilnehmer faktisch verschlossen. Die Verbundunternehmen können in diesem Bereich ihre historisch in einem wettbewerbsaversen Umfeld gewonnene Stellung nutzen und ihre Position damit auch für zukünftige Entwicklungen absichern.

Eine Laufzeitverlängerung ohne wettbewerbsorientierten Ausgleichsmechanismus schafft deswegen dauerhaft Markt- und Risikostrukturen, die es neuen Marktakteuren kaum möglich machen, sich in den theoretisch frei zugänglichen Markt Bereichen zu engagieren. Zusätzlich dazu werden von neuen Marktteilnehmern getätigte Investitionen im Erzeugungsbereich entwertet.

48. Als Beispiel für diese Problematik mag die politische Koppelung der Stromsteuererträge und die entsprechende Senkung der Rentenbeiträge dienen.

49. „Kartellwächter gegen längere AKW-Laufzeiten“, Handelsblatt vom 11.10.2009.

50. Gemeint ist hiermit der Ablauf der Reststrommengen pro Kernkraftwerk nach dem aktuellen Atomgesetz.

Die Verpflichtung der KKW-Betreiber aber, in gleichem Maße, in dem eine Laufzeitverlängerung für ein Kernkraftwerk wirksam wird, ein entsprechendes (Braun-)Kohlekraftwerk stillzulegen (Opt-In-Modell), würde den Erzeugungsmarkt tatsächlich für Marktteilnehmer öffnen, die sich aus Unternehmen jenseits des Erzeugeroligopols rekrutieren. Eine Laufzeitverlängerung hätte in diesem Fall keine wettbewerbsschädliche Wirkung.

J. Ergebnis

Eine Laufzeitverlängerung ohne Ausgleichsmechanismus begünstigt die vier großen Verbundunternehmen und verfestigt ihr Oligopol auf dem deutschen Stromerzeugungsmarkt. Bei einer Laufzeitverlängerung für den Betrieb von Kernkraftwerken bliebe der kumulierte Marktanteil von E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall im deutschen Stromerzeugungsmarkt von heute ca. 80 % dauerhaft bestehen und stiege ggf. sogar zukünftig noch an. Investitionen in moderne hocheffiziente Kraftwerke durch eine Vielzahl von unabhängigen Unternehmen im Bereich der Erzeugung werden im Fall einer Laufzeitverlängerung massiv verzögert oder ganz verhindert. Oligopolistische Marktstrukturen werden zementiert und ein wirksamer Wettbewerb mit der Folge wettbewerbsgerechter Preise dauerhaft verhindert.

Die von der Bundesregierung angedachte Laufzeitverlängerung um bis zu 14 Jahren führt zu Zusatzgewinnen bei den vier Kernkraftwerksbetreibern in Höhe von 80 bis 100 Mrd. Euro. Zusatzgewinne, die selbst bei einer teilweisen Abschöpfung durch den Staat bei diesen vier Konzernen verbleiben, können von diesen dann zum Ausbau ihrer Marktposition im Bereich der konventionellen und auch der erneuerbaren Erzeugung eingesetzt werden. Auch dies verhindert einen wirksamen Wettbewerb im Bereich der Erzeugung in Zukunft.

Die Auswirkungen einer Laufzeitverlängerung stehen damit in evidentem Widerspruch zu den Zielen der deutschen Energiepolitik (Wettbewerb, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit) und widersprechen auch den Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts. Die Laufzeitverlängerung ist ein investitionsfeindliches Signal an den Markt und führt zu einem Investitionsstau im Erzeugungssektor.

Eine Laufzeitverlängerung ist deswegen energiewirtschaftlich und rechtlich nur dann zulässig, wenn ein Mechanismus gefunden wird, durch den ein Marktverschluss verhindert und der Wettbewerb im Erzeugungsmarkt gestärkt wird. Ein funktionierender Wettbewerb führt über die Modernisierung des Kraftwerksparks durch eine Vielzahl an Investoren zu nachhaltig günstigen Strompreisen. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn Zusatz Erlöse nicht nur abgeschöpft werden, sondern wenn die vier großen Verbundunternehmen im Gegenzug für eine Laufzeitverlängerung verpflichtet werden, in gleichem Umfang, in dem sie Kernkraftwerke länger betreiben dürfen, einen Teil ihrer alten Kohlekapazitäten stillzulegen (Opt-In-Modell).

Ausbau der Windenergie und Laufzeitverlängerung – energiewirtschaftliche und rechtliche Herausforderungen für das zukünftige Marktdesign

*Dr. Martin Altrock, Mag. rer. publ. und
Dipl.-Wirt.-Ing. Nicolai Herrmann**

A. Tatsächliche und rechtliche Problemstellung

I. Ambitioniertes Ausbauziel für Strom aus erneuerbaren Energien

Deutschland hat sich verpflichtet, seine Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2020 gemessen am Basisjahr 1990 um 40 % zu reduzieren. Festgeschrieben wurde dieses Ziel u.a. im Koalitionsvertrag der Bundesregierung, aber auch europäische Vorgaben geben einen ähnlichen Zielkorridor vor.¹ Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Energiesektors und seiner Struktur mit vergleichsweise einfach zu überwachenden Emissionspunktquellen steht insbesondere die Stromerzeugung im Fokus dieser Klimaschutzvorgaben. Die notwendigen Emissionsreduktionen im deutschen Stromsektor sollen vor allem durch einen weiterhin starken Ausbau der erneuerbaren Energien sowie durch eine Laufzeitverlängerung der deutschen Kernkraftwerke erreicht werden.²

Bei Umsetzung dieser Zielvorgaben stellt sich allerdings die Frage, ob die politische Zielsetzung nicht an den energiewirtschaftlichen Realitäten vorbei geht und das Energiesystem technisch und wirtschaftlich, aber auch regulatorisch in einen schwerwiegenden Systemkonflikt hineinführt. Denn einerseits stellt der Ausbau der erneuerbaren Energien wachsende Strommengen aus naturgemäß un stetig einspeisenden Quellen (z.B. Wind und Fotovoltaik) zur Verfügung, die mit Vorrang abzunehmen, zu verteilen und zu verbrauchen sind. Eine Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke führte andererseits zu einem Weiterbetrieb von Kernenergiekapazitäten, die technisch und wirtschaftlich auf den Grundlastbetrieb ausgerichtet sind und daher als eine vergleichsweise unflexible, schwer regelbare Stromerzeugungstechnologie anzusehen ist.

Dass diese von der Bundespolitik angestrebte Konstellation – ein massiver Ausbau der erneuerbaren Stromerzeugung im Zusammenspiel mit einer Verlängerung der Kernenergielaufzeiten als Brückentechnologie³ – den Strommarkt in seiner heutigen Struktur vor große Herausforderungen stellt, wird in diesem Artikel aus energiewirtschaftlicher und regulatorischer Sicht erläutert. Da die Windenergie unter den erneuerbaren Energien sowohl in Bezug auf die

* Dr. jur. Martin Altrock, Mag. rer. publ., Rechtsanwalt und Partner, Becker Büttner Held. Dr. Martin Altrock befasst sich projektleitend insbesondere mit Mandaten aus den Bereichen Erneuerbare Energien (aktuell u.a. Projekt-konzeptionen EEG-Anlagen, Netzanschlussfragen, Vertragsgestaltung, EEG-Belastungsausgleich), Kraftwerksprojektierung und -finanzierung sowie Allgemeines Energierecht. Dipl. Wi.-Ing. Nicolai Herrmann ist Energiewirtschaftlicher Berater bei der enervis energy advisors GmbH mit den Tätigkeits-/Interessenschwerpunkten Marktanalyse Strommarkt, Szenariostudien, Erneuerbare Energien, Stromspeicher.

1 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 2009: „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“, S. 26.

2 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 2009: „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“, S. 27-29.

3 Vgl. dazu den Beitrag von *Waldhoff/von Aswege*, Kernenergie als „Goldene Brücke“, in diesem Heft, S. 328.