

Herausgeber: Dr. Bernhard Dombek, Rechtsanwalt und Notar, ehem. Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin | Dr. Frank Engelmann, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Brandenburg | Sabine Fuhrmann, Rechtsanwältin, Präsidentin der Rechtsanwaltskammer Sachsen | Stefan Graßhoff, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Mecklenburg-Vorpommern | Jan Helge Kestel, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Thüringen | Dr. Dr. Bernhard Klose, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dresden, Chemnitz | Dr. Joachim Kronisch, Präsident des Verwaltungsgerichts, Schwerin | Guido Kutscher, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Sachsen-Anhalt | Dr. Marcus Mollnau, Rechtsanwalt, Präsident der Rechtsanwaltskammer Berlin | Prof. Dr. Gerhard Ring, TU Bergakademie Freiberg | Prof. Dr. Johannes Weberling, Rechtsanwalt, Berlin

Redaktion: RA Prof. Dr. Johannes Weberling (V.i.S.d.P.), RA Carsten Herlitz, RA Dr. Malte Nieschalk, RAin Dr. Katrin Raabe, Susanne Weberling M.A.

Redaktionsanschrift: Redaktion Neue Justiz (NJ), Rechtsanwälte Dr. Johannes Weberling, Franzensbader Straße 21, D-14193 Berlin, E-Mail: redaktion-neue-justiz@weberling.de

Internet: www.neue-justiz.de

Ökonomische und rechtliche Grundlagen einer Übergewinnsteuer

Julia Möller-Klapperich LL.M. / Christian Rasquin LL.M., Freiberg*

Mit dem Strommarktgesetz¹ wurde im Jahr 2016 die freie Preisbildung auf dem Strommarkt in § 1 a EnWG verankert. Infolge umfangreicher Konsultationsprozesse² hatte die Bundesregierung die freie Preisbildung nach wettbewerblichen Grundsätzen als einen wichtigen Steuerungsmechanismus angesehen, um die notwendige Synchronisierung von Stromerzeugung und Stromverbrauch³ beim Einsatz volatiler erneuerbarer Energiequellen zu gewährleisten.⁴ Preissteigerungen in Spitzenlastzeiten sollten den mit intelligenten Zählern ausgestatteten Verbrauchern Anreize zur Einsparung geben, während die im Vergleich zu Kohlekraftwerken CO₂-arme Verstromung von Erdgas die Versorgungssicherheit gewährleisten sollte, bis die Weiterentwicklung von Speichermitteln, wie Wasserstoff, einen vollständigen Übergang zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen ermöglichen würde.⁵ Diese Politik hat im Ergebnis zu einer Abhängigkeit des Strommarktes von der Verstromung von Erdgas geführt, welche wiederum die derzeit hohen Strompreise bedingt. Vermehrt werden deshalb Forderungen laut, den Strompreis vom Gaspreis zu entkoppeln, den Strompreis zu deckeln bzw. Übergewinne der Stromproduzenten abzuschöpfen. Der Beitrag beleuchtet die ökonomischen und rechtlichen Grundlagen solcher Forderungen.

I. Ökonomische Grundlagen

Der Strommarkt ist nicht erst seit dem Überfall Russlands auf die Ukraine in Unruhe. So hat sich der Großhandelspreis

für Strom innerhalb eines Jahres auf über 450 EUR je MWh⁶ verfünffacht und damit bislang ungekannte Höhen erreicht. Einige Marktakteure profitieren dabei von den stark gestiegenen Strompreisen und können so unerwartet deutlich höhere Gewinnmargen realisieren. Diese gehen auf das Design des Strommarktes zurück.

1. Spotmarkt und Terminmarkt

Besonderheit des Strommarktes ist, dass Angebot und Nachfrage sich sekundlich ausgleichen müssen, um Blackouts zu

* Die Autorin Möller-Klapperich ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg. Der Autor Rasquin ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Volkswirtschaftslehre an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg.

1 Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes v. 26. Juli 2016 (BGBl. I S. 1786).

2 siehe BMWi, Weißbuch – Ein Strommarkt für die Energiewende, Juli 2015 (abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=33; zuletzt abgerufen am 16. September 2022).

3 Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, § 1 a EnWG, Rn. 1.

4 BT-Drs. 18/7317, S. 76.

5 BMWi, Dialogprozess Gas 2030, Oktober 2019, S. 19 (abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/dialogprozess-gas-2030-erste-bilanz.pdf?__blob=publicationFile&v=4; zuletzt abgerufen am 16. September 2022), S. 19; BMWi, Weißbuch (Fn. 2), S. 36.

6 SMARD Strommarktdaten (abrufbar unter <https://www.smard.de/home/marktdaten>; zuletzt abgerufen am 16. September 2022).

verhindern. Der Preis verändert sich dabei ständig und es gibt große Schwankungen innerhalb eines Tages.⁷ Nur ein kleiner Anteil des produzierten Stromes wird tagesaktuell am Spotmarkt gehandelt.⁸ da viele Abnehmer (Industriekunden, Stadtwerke, sonstige Stromversorger, etc.) den Strom bereits Monate und Jahre im Vorhinein am Terminmarkt⁹ erwerben, um sich gegen Preisanstiege abzusichern.¹⁰ Die weit überwiegende Strommenge (>85%) wurde in den vergangenen beiden Jahren am Terminmarkt gehandelt,¹¹ sodass die gegenwärtigen Preisanstiege am Spotmarkt nur einen kleinen Teil des Handelsvolumens betreffen. Die Entwicklung des Strompreises am Spotmarkt ist jedoch ein wichtiger Indikator für die generelle Knappheit von Strom und somit auch bedeutsam für die Preise an den Terminmärkten, die aktuell ebenfalls stark angestiegen sind.¹² Alle Stromabnehmer, die nicht über längerfristige Verträge versorgt werden, müssen ihre Strommengen am Spotmarkt zu den dortigen Konditionen kaufen. Dies sind beispielsweise Industriekunden, Stadtwerke oder andere Gewerbetreibende deren Vertragsverhältnisse gekündigt oder deren Anbieter insolvent geworden sind.

2. Die Strompreisbildung am Spotmarkt

Der Strompreis wird durch Angebot und Nachfrage bestimmt. In der kurzen Frist am Spotmarkt ist die Nachfrage nach Strom relativ unelastisch. Sie geht also auch bei einem starken Preisanstieg nur in geringem Maße zurück, weil der Strom benötigt wird, um beispielsweise Produktion, Computernetze oder Kühlketten aufrecht zu erhalten oder bestehende Stromlieferverpflichtungen zu erfüllen. Höhere Strompreise werden dabei hingenommen und schmälern die Marge.

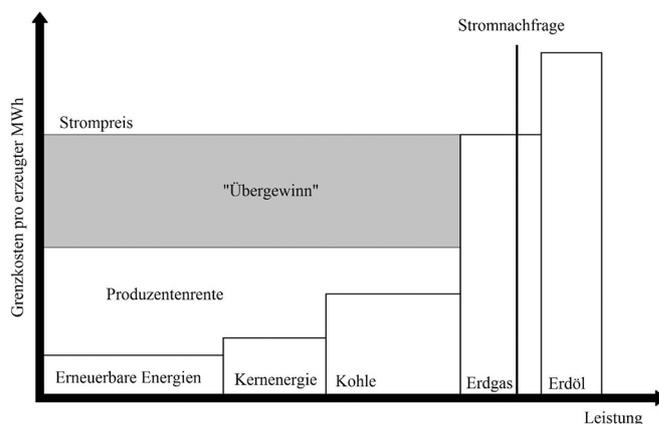
Die unelastische Nachfrage bedeutet jedoch, dass der Strompreis maßgeblich durch das Angebot bestimmt wird.¹³ Das Angebot am Strommarkt folgt der sog. „Merit-Order“, welche die Einsatzreihenfolge der Stromkraftwerke festlegt.¹⁴ Dabei wird ansteigend nach den Grenzkosten, also den beim Betrieb der Anlage entstehenden Kosten,¹⁵ der jeweiligen Produzenten geordnet. Ein Kraftwerk geht nur dann in den Betrieb, wenn dessen Grenzkosten unter dem aktuellen Spotpreis liegen. Die Veräußerungsdifferenz zwischen Grenzkosten und Spotpreis ist dann der Gewinn.¹⁶ Demnach kommen zunächst erneuerbare Energien, dann Kernenergie, Braun- und Steinkohle zum Einsatz.¹⁷ Sodann folgen Biogasanlagen und erdgasbetriebene Kraftwerke. Am Ende steht der Einsatz von Erdöl.

Der Strompreis am Spotmarkt richtet sich nach den Grenzkosten des letzten zugeschalteten, also teuersten Kraftwerks. Aufgrund des Rückgangs des Stromproduktionspotentials durch den Rückbau von Atom- und Kohlekraftwerken ohne einen kompensierenden Ausbau der erneuerbaren Energien ist die Verstromung von Erdgas, welche als Ausgleich für Spitzenlastzeiten gedacht war, zum Normalfall geworden.¹⁸

3. Die Entstehung von „Übergewinnen“

Muss zur Deckung des kurzfristigen Energiebedarfs dauerhaft auf die Verstromung von Erdgas zurückgegriffen werden, ist der Strompreis am Spotmarkt unmittelbar vom Gaspreis abhängig. Steigt dieser aufgrund des aktuellen geopolitischen Geschehens stark an, kommt es somit ebenfalls zu einem starken Anstieg des Strompreises. Wenn nun bspw. ein Windkraftanbieter trotz deutlich niedrigerer Grenzkos-

ten seinen Strom zum selben Preis wie ein Gaskraftwerkbetreiber veräußern kann, wirkt sich dies ebenfalls erheblich auf seinen Gewinn aus.



Dass Unternehmen Gewinne realisieren dürfen, ist der Normalfall in einer Marktwirtschaft. Auf diese Weise haben Produzenten einen Anreiz in kostengünstige Produktionstechnologien zu investieren. Zudem werden angebotserweiternde Marktzutritte lukrativer. Die erheblichen Zufallsgewinne¹⁹ haben jedoch eine politische Diskussion über eine Abschöpfung zugunsten der Stromverbraucher entfacht.

4. Möglichkeiten und Folgen der Abschöpfung

Grundsätzlich werden Unternehmensgewinne bereits über die Gewerbe- und Körperschaftssteuer besteuert. Sobald natürliche Personen involviert sind, werden noch Einkommens- bzw. Kapitalertragssteuer fällig. Unternehmensgewinne sind somit schon vielfach besteuert. Eine mögliche Übergewinnsteuer müsste also derart ausgestaltet sein, dass sie nur die Marktteilnehmer trifft, die tatsächlich auch von erheblichen Übergewinnen profitieren.²⁰ Dazu müsste ein hypothetischer Nor-

7 Ebd., Fn. 6.
 8 Genau gesagt gibt es für Strom zwei Spotmärkte: Den Intraday-Markt und den Day-Ahead-Markt, vgl. Löschelel ua., *Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2020, S. 341 ff.
 9 Über die Strombörse oder bilateral "over the counter" (OTC).
 10 Der Erwerb von Stromkontingenten für die Zukunft sichert Stromerzeugern zudem feste Abnehmer zu, was wiederum Investitionsanreize schafft.
 11 Das Verhältnis unterliegt fortwährenden Schwankungen. 2020 und 2021, vgl. statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/12486/umfrage/entwicklung-der-eex-handelsvolumina/>; zuletzt abgerufen am 16. September 2022).
 12 Vgl. den Verlauf des EEX Base CAL 2023.
 13 Im Preis-Mengen-Diagramm drückt sich dies durch eine vertikale Nachfragekurve aus.
 14 Löschelel (Fn. 8), S. 335 ff.
 15 Nicht dazu zählen Fixkosten, bspw. Kapitalkosten für den Bau der Kraftwerke, die unabhängig vom Output anfallen.
 16 Hiervon müssen mittelfristig auch die Fixkosten gedeckt werden.
 17 Vgl. Löschelel (Fn. 8), S. 336; Die Bewertung würde anders ausfallen, wenn man die Kosten für die Bereithaltung von Ausgleichenergie den Grenzkosten der Erneuerbaren zurechnen würde.
 18 So wurde in den vergangenen 14 Tagen rund um die Uhr Erdgas verstromt, vgl. SMARD Strommarktdaten (Fn. 6).
 19 Der Terminus „Übergewinne“ suggeriert, dass Gewinne über einem natürlichen, gerechtfertigten Niveau liegen, was ein der Marktwirtschaft fremdes normatives Element enthält. Teilweise wird daher auch von Zufallsgewinnen gesprochen.
 20 Hat ein Energieerzeuger etwa alle Strommengen bereits am Terminmarkt zu Vorkrisenpreisen veräußert, fallen bei ihm keine erhöhten Gewinne an.

malgewinn definiert werden, der sich beispielsweise am Vorjahresgewinn oder an der durchschnittlichen Verzinsung des eingesetzten Kapitals orientiert. Beide Möglichkeiten bergen jedoch Nachteile. Zum einen müssen zur Bestimmung des Übergewinns alle Kostenpositionen umfassend erfasst werden.²¹ Zum anderen ist ein vermeintlicher Normalgewinn stark von der Referenzperiode abhängig.²² In der Praxis ist eine sachgerechte und trennscharfe Abgrenzung von Übergewinnen deshalb häufig kaum möglich,²³ sodass eine Abschöpfung zu willkürlichen Belastungen führen kann.

Temporäre Übergewinne dienen den Unternehmen außerdem zum Ausgleich von Verlusten.²⁴ Dies gilt umso mehr, da Unternehmen fortwährend von (positiven oder negativen) Sonderkonjunkturen betroffen sind. Würde der Staat vermeintliche Übergewinne stets abschöpfen, bliebe keine Kompensation für ein konjunkturelles Tief. Das politökonomische Risiko der Erhebung einer Übergewinnsteuer auch in zukünftigen Krisen kann außerdem investitionshemmend wirken,²⁵ da dadurch der Anreiz zu Produktionsausweitungen und zu Marktzutritten geschmälert wird.²⁶

Wird ein Übergewinn nicht für vergangene Perioden, sondern mit Wirkung für die Zukunft abgeschöpft, können Unternehmen außerdem durch Veränderung von Beteiligungsverhältnissen, Finanz- und Produktionsstrukturen versuchen, den Übergewinn zu vermeiden.²⁷ Weiterhin besteht die Gefahr, dass die Unternehmen mit Ausweichreaktionen von kostenminimierendem Verhalten abweichen und es zu Wohlfahrtsverlusten kommt.²⁸

Diese generellen Vorbehalte gelten für die aktuelle Situation am Strommarkt jedoch nur bedingt. Anhand der Spotpreise lässt sich vergleichsweise einfach bestimmen, welche Einnahmen von Energieerzeugern aufgrund der gegenwärtig erhöhten Verstromung von Erdgas realisiert werden. Wohlfahrtschmälerndes Ausweichverhalten wird ebenso nicht zu erwarten sein, sofern bestehende Kraftwerksbetreiber noch einen positiven Gewinn erwirtschaften. Zudem ist unwahrscheinlich, dass durch eine moderate Abschöpfung wünschenswerte Investitionen in den Ausbau der Energieerzeugung unterbleiben. Es sind eher politische Unsicherheit, mangelnde Planungs- und Investitionssicherheit, langwierige Planungsverfahren und Verhinderungsplanungen, die den Ausbau behindern.

5. Alternativen

Alternativen zur Übergewinnsteuer sind Markteingriffe, die verhindern, dass Übergewinne entstehen. Eine Möglichkeit wären bspw. Ex-ante-Preisobergrenzen. Aus ökonomischer Sicht sind solche Eingriffe jedoch in jedem Fall zu vermeiden, da der Preismechanismus außer Kraft gesetzt wird, die Nachfrage nach knappem Strom nicht in einem effizienten Maß zurückgeht und es zu einer Überschussnachfrage kommt, die nicht bedient werden kann. Vorzugswürdig wäre der Ausbau der Energieproduktion. Dies würde dafür sorgen, dass der Energiebedarf hauptsächlich durch herkömmliche Energieerzeuger gedeckt werden könnte und die Verstromung von Erdgas wieder zum Ausnahmefall wird. Dadurch würde auch der Strompreis am Spotmarkt sinken und Übergewinne würden nicht entstehen. Dies ist kurzfristig jedoch kaum möglich.

6. Fazit

Auch wenn die Frage nach dem "gerechten Gewinn" der Marktwirtschaft untypisch ist, kann in Krisenzeiten zur Ver-

meidung einer Erosion der industriellen und gewerblichen Basis einer Volkswirtschaft die vorübergehende Abschöpfung exorbitant hoher Zufallsgewinne im Ausnahmefall geboten sein. Diese Einnahmen dürfen jedoch nicht derart an Energieverbraucher weitergegeben werden, dass der Preismechanismus außer Kraft gesetzt und der Anreiz zu Stromersparungen genommen wird. Eine Möglichkeit wären *Cash-backs*, die sich am Vorjahresverbrauch orientieren und unabhängig vom aktuellen Verbrauch ausbezahlt werden. Insgesamt liegen die Ursachen für die Entstehung der Übergewinne jedoch im mangelnden Ausbau der Stromerzeugung und sollten auch an dieser Stelle geregelt werden.

II. Rechtliche Voraussetzungen für eine "Übergewinnsteuer"

Bereits während des ersten und zweiten Weltkrieges haben unterschiedliche Länder eine Abschöpfung von Krisengewinnen zur Finanzierung des staatlichen Mehrbedarfs eingeführt.²⁹ Auch die aktuelle Situation haben einige Staaten zum Anlass genommen, um beispielsweise im Vergleich zum Durchschnittsgewinn der Vorkrisenjahre erhöhte oder über eine sektoral festgesetzte Rendite hinausgehende Gewinne von Energieunternehmen zu besteuern.³⁰ Die EU hat am 14. September 2022 einen Vorschlag für eine Verordnung zur Abschöpfung von Übergewinnen im Stromsektor vorgelegt. Für den deutschen Gesetzgeber gelten zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben.³¹

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Steuern im Sinne der strengen Vorgaben der Finanzverfassung sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen³² allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.³³ Die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein.³⁴

21 Wissenschaftlicher Beirat des BMF, Gutachten 03/2022, Übergewinnsteuer, v. 25. Juli 2022 (abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/uebergewinnsteuer.pdf?__blob=publicationFile&v=7; zuletzt abgerufen am 16. September 2022), S. 9.

22 Ebd. (Fn. 21).

23 Ebd. (Fn. 21).

24 Ebd. (Fn. 21), S. 11.

25 Ebd. (Fn. 21), S. 15 f.

26 Ebd. (Fn. 21), S. 11 ff.

27 Ebd. (Fn. 21), S. 10.

28 Ebd. (Fn. 21).

29 BMF 2022, (Fn. 21), S. 6; umfassend Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 4 – 3000 – 023/21 – Übergewinnsteuer – historische Hintergründe, aktuelle Diskussion und rechtliche Fragen, v. 31.3.2021 (abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/838958/eea79ffafac735d702c68efccc5c12d40/WD-4-023-21-pdf-data.pdf>; zuletzt abgerufen am 16. September 2022).

30 BMF 2022 (Fn. 21), S. 6 f.

31 WD 2021 (Fn. 29), S. 17 ff.; dahingehend pessimistisch *Stahlschmidt*, STB 2022, Heft 7-8, S. 1.

32 BVerfG, Beschl. v. 13. April 2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249, 2254.

33 Das Grundgesetz setzt den Steuerbegriff implizit voraus, *Kube* in Epping/Hillgruber BeckOK GG, 52. Edition 2022, Art. 105 GG, Rn. 3 f.; *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Auflage 2021, Rn. 2.10.

34 BVerfG, Urt. v. 7. Mai 1998 – 2 BvR 1991/95 u. 2004/95, NJW 1998, 2341; *Kube* in Epping/Hillgruber (Fn. 33), Art. 105 GG, Rn. 6 m. w. N.

a) Gesetzgebungskompetenz

Der Gesetzgeber darf nur Steuern einführen, die sich hinsichtlich der wesensprägenden Merkmale³⁵ einem der Typusbegriffe in Art. 106 GG zuordnen lassen.³⁶ Bei der Besteuerung des Unternehmensgewinns handelt es sich um eine Ausprägung der Einkommens- oder Körperschaftssteuer,³⁷ welche auf Art. 106 Abs. 3 S. 1 i. V. m. 105 Abs. 2 GG gestützt werden kann. Möglich ist eine Ausgestaltung als besondere Tarifbestimmung³⁸ oder als allein dem Bund zufließende Ergänzungsabgabe, ähnlich dem Solidaritätszuschlag.³⁹

b) Materielle Anforderungen an Steuergesetze

Bei Steuern handelt es sich um Eingriffe in das nach Art. 14 GG geschützte Eigentum und andere Grundfreiheiten, welche am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen sind.⁴⁰ Die Höhe der Steuer darf im Einzelfall den wirtschaftlichen Erfolg nicht grundlegend beeinträchtigen oder gar eine wirtschaftliche Betätigung sinnlos machen (Erdrosselungssteuer).⁴¹

Das aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abzuleitende Rückwirkungsverbot setzt außerdem der Einführung der Steuer im laufenden Veranlagungszeitraum Grenzen.⁴² Entscheidend ist insofern eine Interessenabwägung zwischen den mit der Besteuerung verfolgten staatlichen und gemeinwohlorientierten Zwecken und einem Vertrauen der Bürger auf maßvolle Erhöhungen⁴³ der Steuern.⁴⁴

Für steuerliche Belastungen gilt zudem der Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Grundsatz der Steuergerechtigkeit oder Lastengleichheit. Die Besteuerung muss sich demnach grundsätzlich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit⁴⁵ ausrichten.⁴⁶ Steuerrechtliche Differenzierungen müssen auf sachlichen Gründen beruhen und ein angemessenes Verhältnis zwischen Ziel und Ausmaß der Ungleichbehandlung widerspiegeln. Die Grenzen der Gesetzgebung reichen von einem einfachen Willkürverbot⁴⁷ bis zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen und ergeben sich aus den im Einzelfall betroffenen Freiheitsrechten.⁴⁸ Für Abweichungen von der mit der Wahl des Steuergegenstandes einmal getroffene Belastungsentscheidung muss ein besonderer sachlicher Grund vorliegen.⁴⁹ Insgesamt kommt dem Gesetzgeber allerdings ein großer Spielraum für Ungleichbehandlungen zu.⁵⁰ Ein sachlicher Grund kann auch in einem am Gemeinwohl orientierten Lenkungsziel liegen,⁵¹ soweit die Steuer zur Förderung dieses Ziels geeignet ist.⁵²

c) Fazit

Während das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Rückwirkungsverbot der Einführung einer Steuer auf unerwartete Gewinne tendenziell nicht im Weg stehen, ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die in der Besteuerung verankerte Ungleichbehandlung bei gleicher Leistungsfähigkeit umstritten. Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages sieht als sachlichen Grund die Notwendigkeit eines krisenbedingten Belastungsausgleichs.⁵³ Dabei handelt es sich nicht um einen Lenkungsziel, da die Beförderung eines bestimmten Verhaltens der Bürger nicht intendiert ist.⁵⁴ Es könnte sich allerdings um einen fiskalischen Zweck handeln, soweit der Finanzbedarf des Gemeinwesens durch die Entlastung der Bürger in der Krise erhöht ist. Die Erhebung von Steuern, deren Aufkommen einem konkreten Nutzungszweck zufließt, ist im Grundsatz begrenzt zulässig.⁵⁵ Offen bleibt jedoch, ob ein solcher fiskalischer Zweck die Un-

gleichbehandlung im Rahmen der mit der Einkommens- bzw. Körperschaftssteuer bereits getroffenen Belastungsentscheidung rechtfertigen kann. Auch ein pauschales Abstellen auf Gerechtigkeitserwägungen schafft hier keine Abhilfe.⁵⁶

2. Europarechtliche Vorgaben

Die EU-Kommission hat im Zuge ihres "REPowerEU"-Plans unverbindliche⁵⁷ Leitlinien für eine Besteuerung übermäßiger Gewinne vorgelegt.⁵⁸ Diese schreiben vor, dass die Umverteilung befristet und anknüpfend an eine Krisensituation sowie von transparenten Festlegungskriterien und Berechnungsmethoden getragen sein muss. Der Preismechanismus und die langfristigen strukturellen Preisentwicklungen sollen nicht beeinträchtigt werden. Alle Erzeugungsarten sind gleichermaßen zu besteuern. Die Verteilung der Einnahmen soll an Haushalte oder im Rahmen nicht selektiver Maßnahmen an alle Endverbraucher erfolgen. Für Befreiungen von Gewinnsteuern gelten grundsätzlich die Regeln des Beihilferechts.⁵⁹ Am 14. September 2022 hat die EU-Kommission außerdem einen Entwurf für eine auf die Notfallkompetenz in Art. 122 AEUV gestützte Verordnung⁶⁰ veröffentlicht, welche u. a. einen Ex-Post-Preisdeckel für elektrische Energie vorsieht.

35 WD 2021 (Fn. 29), S. 18.

36 BVerfG, Beschl. v. 13. April 2017 – 2 BvL 6/13 – NJW 2017, 2249; *Leisner-Egenseperger*, NJW 2019, 2218, 2220 f.; *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1509, 1511 f.; *Seiler* in *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Art. 106 GG, Rn. 77 f.

37 WD 2021 (Fn. 29), S. 18.

38 WD 2021, (Fn. 29), S. 18 f.

39 Dafür: *Stahlschmidt*, STB 2022, Heft 7-8, S. 1; differenzierend WD 2021, (Fn. 29), S. 18 ff.

40 *Kube* in *Epping/Hillgruber* (Fn. 33), Art. 105 GG, Rn. 7.

41 Vgl. BVerfG Beschl. v. 18. Januar 2006 – 2 BvR 2194/99, NJW 2006, 1191, Rn. 38 ff.; WD 2021, (Fn. 29), S. 23.

42 BVerfG, Beschl. v. 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07, NJW 2013, 145.

43 BVerfG, Urt. v. 19. Dezember 1961 – 2 BvR 1/60 – BeckRS 1961, 30421728; Beschl. v. 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07, NJW 2013, 145, Rn. 58 ff.; WD 2021, (Fn. 29), S. 22 f.

44 BVerfG, Beschl. v. 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07, NJW 2013, 145, Rn. 58 ff.; WD 2021, (Fn. 29), S. 22 f.

45 WD 2021, (Fn. 29), S. 25.

46 BVerfG, Beschl. v. 7. November 2006 – 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235, Rn. 95.

47 BVerfG, Beschl. v. 15. Januar 2008 – 1 BvL 2/40, DStRE 2008, 1003, Rn. 80 f.

48 BVerfG, Urt. v. 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31, Rn. 122.

49 BVerfG, Urt. v. 17. Dezember 2014 – 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31, Rn. 123; Beschl. v. 7. November 2006 – 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235, Rn. 97.

50 WD 2021 (Fn. 29), S. 27 f.

51 BVerfG, Beschl. v. 7. November 2006 – 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235, Rn. 98 ff.

52 BVerfG, Beschl. v. 4. Februar 2009 – 1 BvL 8/05, NVwZ 2009, 968, 975.

53 WD 2021 (Fn. 29), S. 28.

54 Vgl. ähnlich *Lemke*, Übergewinnsteuer durch die Hintertür auf Verfassungsblog v. 9. September 2022 (abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/übergewinnsteuer-durch-die-hintertur/>; zuletzt abgerufen am 16. September 2022).

55 *Kube* in *Epping/Hillgruber* (Fn. 33), Art. 105 GG, Rn. 5; eher großzügig BVerfG, Beschl. v. 7. November 1995 – 2 BvR 413/88 ua, NVwZ 1996, 469, 472; Urt. v. 20. April 2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, NVwZ 2004, 846, 848.

56 Vgl. BMF 2022 (Fn. 21), S. 7; *Lemke*, Verfassungsblog (Fn. 54).

57 *Ruffert*, in *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 97 ff.

58 EU-KOM, Mitteilung – REPowerEU, Anhang 2 – Leitlinien für die Anwendung steuerlicher Maßnahmen auf übermäßige Gewinne v. 8.3.2022, COM(2022) 108 final.

59 Ebd. (Fn. 58), S. 1 f.

60 EU-KOM, Proposal for a Council Regulation on an electricity emergency tool and a solidarity contribution of the fossil sector, COM(2022) 475.

Damit die investitionstragenden Erwartungen, welche die Marktteilnehmer ohne die machtpolitische Ausnutzung der Gasabhängigkeit durch Russland vernünftigerweise hatten, erfüllt oder sogar übertroffen werden können, ist der Höchstpreis mit einem deutlichen Abstand zu den durch den Markt erzielten Spitzenpreisen der Vorkrisenzeit gewählt.⁶¹ Die Regulierung soll für alle Erzeugungsarten mit unter dem Höchstwert liegenden Grenzkosten und unabhängig von der Art des Vertragsverhältnisses gelten.⁶² Ausnahmen sind für Kleinanlagen, die Stromerzeugung aus Biogas und Demonstrator-Anlagen vorgesehen.⁶³ Bei der Umsetzung kommt den Mitgliedsstaaten in Anerkennung der national unterschiedlichen Organisation der Energiemärkte ein Spielraum zu.⁶⁴ Die Einnahmen oberhalb des Preisdeckels sollen abgeschöpft und gem. der im Oktober 2021 veröffentlichten "Toolbox" der Kommission für Gegenmaßnahmen und Hilfeleistungen bei steigenden Energiepreisen⁶⁵ und im Einklang mit dem REPowerEU-Plan an Verbraucher verteilt werden.⁶⁶

III. Einordnung der sog. "EEG-Umlage-revers"

Am 3. September 2022 hat die Regierung ein Maßnahmenpapier vorgelegt, welches auch die Abschöpfung von einen Referenzpreis übersteigenden "Zufallsgewinnen" von Energieunternehmen am Strommarkt durch die Verteilernetzbetreiber und ihre Umverteilung auf dem "Zahlungsweg der EEG-Umlage" beinhaltet.⁶⁷ Aus den Einnahmen der Erlösobergrenze soll eine Strompreisbremse für den Basisverbrauch und ein Versorgungstarif für KMU finanziert werden.⁶⁸ In der (Online-)Literatur wird die sog. "EEG-Umlage-revers" bereits kontrovers diskutiert.⁶⁹

1. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die Anwendbarkeit der oben geschilderten Regelung zur Finanzverfassung setzt voraus, dass es sich bei der von der Regierung vorgeschlagenen Maßnahme um eine Abgabe im verfassungsrechtlichen Sinne und nicht nur um eine "Preisregelung" handelt. Entscheidend ist insofern, ob eine Aufkommenswirkung zugunsten des Staates vorliegt.⁷⁰ Für die EEG-Umlage hatte der BGH dies verneint, weil die Einnahmen aus der Umlage zu keinem Zeitpunkt einer öffentlich verwalteten Institution zugeflossen sind, sondern ausschließlich über privatrechtliche Vertragsverhältnisse abgewickelt wurden.⁷¹ Auch einer analogen Anwendung erteilte der BGH eine Absage, da der Zweck der Ausgestaltung der Finanzverfassung nur dann berührt sei, wenn eine Abgabe der Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben diene.⁷² In der Literatur ist diese Argumentation, welche für die neue Umlage ebenso herangezogen werden kann, kritisiert worden, da der Umlagemechanismus hoheitlich auferlegt und beaufsichtigt⁷³ ist und ökonomisch betrachtet die gleiche Wirkung wie eine staatliche Subvention entfaltet.⁷⁴ Ein solches materielles Verständnis würde jedoch die gesetzgeberischen Möglichkeiten unverhältnismäßig einschränken, da bei extensiver Auslegung die gesamte staatliche Wirtschaftssteuerung in den Anwendungsbereich der Finanzverfassung fallen könnte.⁷⁵ Nach zutreffender Ansicht des BGH liegt deshalb in der "Auferlegung privatrechtlicher Geldleistungspflichten" nicht allein deshalb ein "Formenmissbrauch zur Umgehung verfassungsrechtlicher Anforderungen", weil mit der Verpflichtung ein öffentliches Interesse verfolgt wird.⁷⁶

Für die Anwendung des Gleichheitssatzes gelten deshalb nicht die strengen steuerrechtlichen Anforderungen, so dass für die Ungleichbehandlung und den in der Maßnahme liegenden Grundrechtseingriff der krisenbedingte Belastungsausgleich als Grund anzuerkennen sein wird.

2. EU-rechtliche Bewertung

Eine beihilfenrechtliche Bewertung wird aufgrund der fehlenden Aufkommenswirkung, wie im Falle der EEG-Förderung,⁷⁷ erwartbar zugunsten der Maßnahme ausfallen. Die Gestaltung müsste allerdings im Detail noch an die neuen Vorgaben der kommenden EU-Regelung für eine Übergewinnsteuer angepasst werden. Dazu gehört beispielsweise die Ausweitung auf alle Vertragsverhältnisse und die Normierung der Ausnahmen sowie die Anpassung der Höhe an europäische Vorgaben.

Problematisch könnte sich die Verteilung an die Verbraucher gestalten. Eine Gutschrift einer Basismenge für Haushalte und die Einführung eines Versorgungstarifs für KMU beeinträchtigen die Preisbildung und schaffen einen Anreiz zur Ausschöpfung der festgelegten Kontingente, welcher dem Einsparziel zuwiderläuft. Besser wäre die oben vorgeschlagene Ausgestaltung als *Cashback*.

IV. Fazit

Angesichts der gegenwärtigen Marktverwerfungen ist die befristete Einführung einer Belastungsausgleichsumlage für den Stromsektor ökonomisch vertretbar und rechtlich möglich. Die Umlage muss so ausgestaltet sein, dass der Preismechanismus auf dem Strommarkt weiterhin funktioniert und Ein-

61 Ebd. (Fn. 60), S. 5 f.

62 Ebd. (Fn. 60), S. 6 f.

63 Ebd. (Fn. 60), S. 7.

64 Ebd. (Fn. 60), S. 6.

65 EU-KOM, Mitteilung – Steigende Energiepreise – eine "Toolbox" mit Gegenmaßnahmen und Hilfeleistungen v. 13.10.2021, COM(2021) 660 final.

66 EU-KOM, Proposal 2022 (Fn. 60), S. 8.

67 Ergebnis des Koalitionsausschusses v. 3. September 2022 (abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Schlaglichter/Entlastungen/ergebnispapier-des-koalitionsausschusses.pdf?__blob=publicationFile&v=4; zuletzt abgerufen am 16. September 2022), S. 3.

68 Koalitionsausschuss (Fn. 67), S. 4.

69 <https://www.bbh-blog.de/alle-themen/erneuerbare-energien/fragen-ueber-fragen-entlastung-eeg-umlage-revers/> (zuletzt abgerufen am 16. September 2022); <https://www.erneuerbareenergien.de/energiemarkt/energiemaerkte-weltweit/hohe-preise-und-zufallsgewinne-sind-differenzvertraege-die-loesung> (zuletzt abgerufen am 16. September 2022).

70 BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13, NVwZ 2014, 1180, Rn. 14 ff.; BVerfG, Beschl. v. 9. Januar 1996 – 2 BvL 12/95, NJW 1997, 573 (offen gelassen).

71 BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13, NVwZ 2014, 1180, Rn. 16.

72 BGH, NVwZ 2014, 1180, Rn. 18; Beschl. v. 8. April 1987 – 2 BvR 909/81 u.a., NJW 1987, 3115, 3116.

73 *Kerssenbrock*, Anm. zu BGH, Urt. v. 25. Juni 2014 – VIII ZR 169/13, EnWZ 2014, 467, 469 f.

74 *Büdenbender*, NVwZ 2004, 823, 825.

75 *Lemke*, Verfassungsblog (Fn. 54).

76 BGH, Urt. v. 22. Oktober 1996 – KZR 19/95, NJW 1997, 574, 580, unter Berufung auf BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 1987 – 1 BvR 563/85 u.a., NJW 1988, 1899, 1901.

77 EuGH, Urt. v. 28. März 2019 – C-405/16 P, EuZW 2019, 418, Rn. 57 ff.; zusammenfassend *Möller-Klapperich*, Energierecht, 1. Auflage 2021, S. 156.

sparungsanreize erhalten bleiben. Die Einführung der Umlage muss unbedingt von einer Strategie zu einem beschleunigten Ausbau alternativer Energieproduktion begleitet werden, damit die Gasverstromung nicht zum Dauerproblem wird. Ein Vorschlag, der sowohl zu einer Moderation der Strommärkte als auch zu einem beschleunigten Ausbau beitragen

kann, ist die vom DIW vorgeschlagene Einführung von Differenzverträgen in der EE-Förderung.⁷⁸

78 https://www.diw.de/de/diw_01.c.851328.de/erneuerbare_energien__differenzvertraege_ermoeglichen_schnellen__kostenguenstigen__und_risikoarmen_ausbau.html (zuletzt abgerufen am 14. September 2022).

Rechtsentwicklung in Südosteuropa im 1. Halbjahr 2022

Dr. Pavel Usvatov, Bukarest / Dr. Mahir Muharemović, Tuzla*

Die Neue Justiz setzt in Zusammenarbeit mit dem Rechtsstaatsprogramm Südosteuropa der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. (KAS) im Anschluss an den Überblick in der NJ 2022, 145 ff., ihre halbjährliche Berichterstattung über die Entwicklung des Rechts in den Ländern Südosteuropas fort. Nachfolgend werden ausgewählte gesetzliche Neuerungen im Zeitraum 1. Januar bis 1. Juli 2022 aus Albanien, Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Kosovo, Kroatien, Montenegro, Nordmazedonien, Republik Moldau, Rumänien sowie Serbien dargestellt.

ALBANIEN (Aulona Hazbiu, Tirana**)

Das parlamentarische Leben in den letzten sechs Monaten war vor allem durch mehrere Gesetzesinitiativen zur Umsetzung internationaler Vereinbarungen sowie Regulierungen im Bereich des Privatrechts geprägt. Ferner wurde das Vetting-Verfahren bis 2024 verlängert.

Verfassungsänderung zur Verlängerung des Vetting-Verfahrens

Am 10. Februar 2022 beschloss das albanische Parlament die Verlängerung des Mandats der Vetting-Gremien bis Ende 2024. Da das Mandat der Prüfungsgremien¹ in der Verfassung festgelegt ist, war für seine Verlängerung eine Verfassungsänderung notwendig. Das seit fünf Jahren laufende Vetting-Verfahren zur Überprüfung aller Richter und Staatsanwälte im Hinblick auf widerrechtlich erlangtes Vermögen sowie Integrität und Eignung hätte eigentlich Ende Juni 2022 beendet sein sollen. Bisher wurden von den insgesamt 800 Richtern und Staatsanwälten allerdings lediglich 500 überprüft und beschieden.² Das Auslaufen der geltenden Regelung hätte die Auflösung der Prüfungsgremien sowie die Übernahme der noch nicht abgeschlossenen Fälle durch die Ständigen Justizräte (High Judicial Council und High Prosecutorial Council) zur Folge gehabt. Damit drohte eine mögliche Ungleichbehandlung der bereits überprüften Richter und Staatsanwälte und derjenigen, die noch zu überprüfen wären. Es bestanden Zweifel an der Effizienz und Effektivität der Prüfung durch die Justizräte und hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Prozess dann länger dauern könnte. Ferner bestand auch die Gefahr der fehlenden Konsistenz und Konsequenz bei der Interpretation und Entscheidung der Fälle, weil eine „liberalere“ Interpretation hinsichtlich Vermögensfragen im Gegensatz zu der bisherigen sehr strengen Haltung der Prüfungsgremien befürchtet wurde. Die Venedig-Kommission hatte in ihrer Empfehlung vom

14. Dezember 2021³ festgestellt, dass eine Verlängerung des Verfahrens mit den europäischen Standards und früheren Empfehlungen der Venedig-Kommission im Einklang stünde.

Das neue Start-up Gesetz

Das neue Start-up Gesetz⁴ schafft neben einer Definition des Begriffs „Start-up“ (jede in- und ausländische Person, auch ein „digitaler Nomade“, die ein einzigartiges Geschäftsmodell, ein innovatives Produkt, eine innovative Dienstleistung oder Technologie mit dem Potenzial für schnelles Wachstum schaffen will) eine solide gesetzliche Grundlage für solche Unternehmen sowohl auf der institutionellen als auch der regulatorischen Ebene. Es normiert alle Details hinsichtlich des Gründungsverfahrens, der Behördenzuständigkeiten, der finanziellen Unterstützung, der Überwachung des Start-up-Markts und des entsprechenden Start-up-Ökosystems. Durch dieses Gesetz soll ein vorteilhaftes Umfeld für alle Start-ups entstehen, da diese unter anderem die Möglichkeit von Mentoring und finanzielle Unterstützung erhalten sollen. Das Gesetz sieht außerdem die Erstellung eines Zentralregisters zur Erfassung aller Start-ups vor. Damit sollen ein regulatorischer Anreizmechanismus für den Bereich Start-up-Unternehmen geschaffen werden und Jungunternehmer dabei unterstützt werden, in das Wirtschaftsleben einzusteigen und Investitionen zu sichern.

Änderung des Immobilienmakler-Gesetzes

Die neuesten Änderungen des Immobilienmakler-Gesetzes⁵ bringen Regeln für den bisher nicht regulierten Beruf des Immobilienmaklers. Sie dienen unter anderem der Bekämpfung und Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzie-

* Der Autor Dr. Usvatov ist neuer Leiter des Rechtsstaatsprogramms Südosteuropa (RSP SOE) der KAS mit Sitz in Bukarest. Der Autor Dr. Muharemović, LL.M., ist Ass. Prof. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter im RSP SOE.

** Die Autorin ist Volljuristin und Rechtsberaterin in Projekten zur Justiz und Rechtsstaatlichkeit in Albanien sowie Dozentin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tirana.

1 Sog. Reevaluationskommission als erste Instanz sowie die öffentlich bestellten Kommissare, die als Korrektiv im öffentlichen Interesse agieren.

2 Veröffentlicht von der die Reevaluationskommission im Rahmen des Verfassungsänderungsprozesses, 20211018135758img20211018_13550107.pdf (parlament.al).

3 CDL-AD(2021)053 v. 14. Dezember 2021, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2021\)053-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)053-e) (letzter Abruf 14. September 2022).

4 Gesetz Nr. 25/2022 v. 10. März 2022.

5 Gesetz Nr. 9/2022 v. 27. Januar 2022.