

Rechtliche Stellungnahme

Marktprämie und
Herkunftsnachweise
im Regierungsentwurf
für das
EEG 2012

erstellt für die

LichtBlick AG

Dr. Bernd Beckmann
Rechtsanwalt

Raue LLP
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
Telefon: +49 30 818550-330
Telefax: +49 30 818550-100

A. Sachverhalt	3
B. Prüfungsfrage.....	4
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	4
D. Rechtliche Prüfung	5
I. Die Regelungen zur Marktprämie im EEG 2012-E	5
1. Marktprämie als ein Modell der EE-Vermarktung.....	5
2. Marktprämie und Herkunftsnachweise.....	6
3. Marktprämie und Doppelvermarktungsverbot	6
4. Marktprämie und Stromkennzeichnung	7
5. Relevante Verordnungsermächtigungen	7
6. Zusammenfassende Analyse der Regelungen	9
II. Zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für das gewählte Modell	9
1. EE-Richtlinie.....	9
a) Offenheit der EE-RL für nationale Fördermodelle	9
b) Regelungen zur Herkunftsnachweisen	10
c) Zwingende Vorgaben für Herkunftsnachweisverbot?	12
2. Primärrecht.....	14
3. Zwischenergebnis	15
III. Zwingende Vorgaben des deutschen Rechts für das gewählte Modell	16
1. Unterschiede zur Einspeisevergütung	17
2. Gemeinsamkeiten mit anderen Direktvermarktungsmodellen	17
3. Zwischenergebnis	18
IV. Ergebnis	18

A. Sachverhalt

Am 6. Juni 2011 wurde der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in den Deutschen Bundestag eingebracht. Zentraler Teil dieses Gesetzes ist ein Entwurf für die Neufassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes zum 1. Januar 2012 („**EEG 2012-E**“).

Eine zentrale Neuerung zum jetzigen EEG ist hierbei die Einführung des sogenannten Marktprämienmodells (§ 33 b Nr. 1 i. V. m. § 33 g EEG 2012-E). Nach diesem Modell können Anlagenbetreiber den von ihnen generierten Strom direkt am Markt veräußern, anstatt die gesetzliche Einspeisevergütung in Anspruch zu nehmen. Sie erhalten aber zusätzlich eine sogenannte Marktprämie, damit sie ihre Anlage (weiterhin) wirtschaftlich betreiben können. Mit dem Marktprämienmodell soll die Marktintegration erneuerbarer Energien („**EE**“) gefördert werden.

Der EEG 2012-E enthält weitere Regelungen, die das Marktprämienmodell betreffen und für dessen wirtschaftliche Nutzbarkeit entscheidend sind: § 55 schließt eine Ausstellung von sog. Herkunftsnachweisen für nach dem Marktprämienmodell geförderten Strom aus. Eine Ausstellung und Weitergabe von Herkunftsnachweisen für diese Strommengen wird gem. § 56 EEG 2012-E als Verstoß gegen das Doppelvermarktungsverbot eingestuft.

Verschiedene Vermarkter von Strom aus erneuerbaren Energien („**EE-Vermarkter**“) sondieren gegenwärtig die Möglichkeiten der Nutzung des Marktprämienmodells ab 2012. Die EE-Vermarkter wollen Anlagenbetreibern den Strom aus deren Anlagen vollständig abnehmen und direkt vergüten. Auf der Vertriebsseite soll dieser Strom als Grünstrom vermarktet werden. Die EE-Vermarkter benötigen nach eingehender Analyse von auf dem Marktprämienmodell beruhenden Geschäftsmodellen die Herkunftsnachweise. Diese sind eine entscheidende Voraussetzung dafür, dass Kunden den an sie gelieferten Strom als Grünstrom akzeptieren.

Nach der gegenwärtigen Fassung des EEG 2012-E ist dies nicht möglich. Aus Sicht der EE-Vermarkter bedeutet dies, dass das Marktprämienmodell für sie nicht wirtschaftlich gegenüber ihren Kunden (Grünstromabnehmer) nutzbar ist.

B.
Prüfungsfrage

Ist das Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit einer Marktprämie geförderten Strom aufgrund rechtlicher Vorgaben zwingend?

C.
Zusammenfassung der Ergebnisse

- Das im EEG 2012-E geregelte Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit dem Marktprämienmodell geförderten Strom ist rechtlich nicht zwingend.
- Das Gemeinschaftsrecht enthält keine Vorgaben, die dieses Verbot zwingend erforderlich machen:
 - Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG verbietet an keiner Stelle die Ausstellung von Herkunftsnachweisen für anderweitig, z.B. mit einer Marktprämie, geförderten Strom.
 - Auch aus dem europäischen Primärrecht, namentlich der Warenverkehrsfreiheit aus Art. 34 AEUV, ergibt sich keine Notwendigkeit für ein Verbot von derartigen Herkunftsnachweisen.
- Der im Grundgesetz verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG legt es nahe, das Marktprämienmodell den anderen Modellen der Direktvermarktung nach § 33 b EEG 2012-E gleichzustellen und Herkunftsnachweise zu erlauben, weil es diesen strukturell weit ähnlicher ist als der gesetzlichen Einspeisevergütung. Jedenfalls aber folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG in keiner Weise, dass die Ausstellung von Herkunftsnachweisen verboten werden muss.
- Die im EEG 2012-E geregelten Verordnungsermächtigungen zeigen, dass sich der Gesetzgeber darüber im Klaren war, dass eine Ausstellung von Herkunftsnachweisen für durch die Marktprämie geförderten Strom rechtlich zulässig ist.
- Im Ergebnis handelt es sich bei dem im EEG 2012-E geregelten Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen um eine politische, keine rechtlich zwingend vorgegebene Entscheidung.
- Es kann problemlos ein Regelungsmodell geschaffen werden, bei dem im Einklang mit höherrangigem Recht die Verwendung von Herkunftsnachweisen für mit einer Marktprämie geförderten Strom ermöglicht wird. Der Gefahr einer unerwünschten

Doppelausweisung oder Doppelförderung kann durch entsprechende rechtliche Flankierungen wirkungsvoll begegnet werden; beispielsweise kann die Verwendbarkeit der ausgestellten Herkunftsnachweise beschränkt werden.

D. Rechtliche Prüfung

Zu prüfen ist, ob das Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen von unter dem Marktprämienmodell vermarkteten Strom rechtlich zwingend ist.

Hierzu werden zuerst die über den EEG 2012-E verteilten relevanten Regelungen dargestellt (sub I.). Sodann wird geprüft, inwiefern zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts (sub II.) oder des (höherrangigen) deutschen Rechts (sub III.) die gewählte Ausgestaltung des EEG 2012-E zwingend erforderlich machen.

I. Die Regelungen zur Marktprämie im EEG 2012-E

Neben den Kernregelungen der Marktprämie im neu gefassten Teil 3 a des EEG 2012-E (insbesondere § 33 b Nr. 1 i. V. m. § 33 g EEG 2012-E) enthält der EEG 2012-E eine Reihe von Regelungen, welche die Kennzeichnung und Verrechnung der mit der Marktprämie geförderten Strommengen umfasst. Diese stehen „in enger Wechselwirkung“ mit den Regelungen in Teil 3 a

(vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, zu Nummer 19 (Teil 3a EEG), S. 155).

1. Marktprämie als ein Modell der EE-Vermarktung

Der EEG 2012-E enthält vier verschiedene Modelle zur Vermarktung von EE-Strom. Entweder kann gemäß § 16 EEG 2012-E die gesetzliche Einspeisevergütung für den eingespeisten Strom in Anspruch genommen werden. Alternativ kommt eine sog. Direktvermarktung nach Teil 3 a des EEG 2012-E in Betracht. § 33 b EEG 2012-E regelt drei alternative Formen der Direktvermarktung:

- Direktvermarktung zum Zwecke der Inanspruchnahme der Marktprämie nach § 33 g,

- Direktvermarktung zum Zwecke der Verringerung der Umlage durch ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen nach § 39 (sog. Ökostromprivileg, bislang in ähnlicher Form geregelt in § 37 Abs. 1 S. 2 EEG),
- sonstige Direktvermarktung.

2. Marktprämie und Herkunftsnachweise

In die erst jüngst durch das Europarechtsanpassungsgesetz Erneuerbare Energien (sog. EEG 2011) modifizierte Regelung zu Herkunftsnachweisen für Strom in § 55 in Abs. 1 soll nach dem jetzigen Satz 1

„Anlagenbetreiberinnen und -betreiber können sich für Strom aus Erneuerbaren Energien (...) einen Herkunftsnachweis ausstellen lassen.“

folgender Satz angefügt werden:

„Satz 1 gilt nur für Strom, der nach § 33 b Nummer 2 oder Nummer 3 direkt vermarktet wird.“

Für mit einer Marktprämie geförderten Strom darf also kein Herkunftsnachweis ausgestellt werden.

3. Marktprämie und Doppelvermarktungsverbot

In der Regelung zum Doppelvermarktungsverbot in § 56 EEG 2012-E wird Absatz 2 wie folgt gefasst:

„Anlagenbetreiberinnen oder Anlagenbetreiber, die eine Vergütung nach § 16 für Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas in Anspruch nehmen oder diesen Strom in den Formen nach § 33 b Nr. 1 direkt vermarkten, dürfen Herkunftsnachweise oder sonstige Nachweise, die die Herkunft des Stroms belegen, für diesen Strom nicht weitergeben. Gibt eine Anlagenbetreiberin oder ein Anlagenbetreiber einen Herkunftsnachweis oder sonstigen Nachweis, der die Herkunft des Stroms belegt, für Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Grubengas weiter, darf für diesen Strom weder eine Vergütung nach § 16 noch eine Marktprämie nach § 23 g in Anspruch genommen werden.“

Damit wird die Weitergabe von Herkunftsnachweisen für mit einer Marktprämie geförderten Strom als verbotene Doppelvermarktung eingestuft.

4. Marktprämie und Stromkennzeichnung

§ 54 EEG 2012-E enthält Regelungen zur Stromkennzeichnung gemäß § 42 EnWG. Gegenüber Letztverbrauchern ist danach die Strommenge auszuweisen, die durch das EEG gefördert wurde. Maßgeblicher Faktor in der Berechnung ist der EEG-Quotient. Hierfür findet sich folgende Regelung in § 54 Abs. 3 EEG 2012-E:

„Der EEG-Quotient ist das Verhältnis der Summe der Strommenge, für die in dem vergangenen Kalenderjahr eine Vergütung nach § 16 in Anspruch genommen wurde, und der Strommenge, die in der Form des § 33 b Nummer 1 direkt vermarktet wurde, zu den gesamten durch die Übertragungsnetzbetreiber erhaltenen Einnahmen aus der EEG-Umlage für die von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen im vergangenen Kalenderjahr gelieferten Strommengen an Letztverbraucherinnen und Letztverbraucher (...).“

Durch die Marktprämie geförderter Strom wird also im Rahmen der Stromkennzeichnung wie die Strommengen behandelt, für die eine volle gesetzliche Vergütung bezahlt wurde.

5. Relevante Verordnungsermächtigungen

§ 64 d EEG 2012-E enthält eine Verordnungsermächtigung zu Herkunftsnachweisen. Darin sind u. a. folgende Regelungen enthalten:

„Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates

1. die Anforderungen zu regeln an

- a) die Ausstellung, Übertragung und Entwertung von Herkunftsnachweisen nach § 55 Abs. 1,*
- b) die Anerkennung, Übertragung und Entwertung von Herkunftsnachweisen, die vor Inbetriebnahme des Herkunftsnachweisregisters ausgestellt worden sind, sowie*
- c) die Anerkennung von Herkunftsnachweisen nach § 55 Abs. 2;*

hierbei kann auch geregelt werden, dass abweichend von § 55 Abs. 1 Satz 2 Herkunftsnachweise auch für Strom ausgestellt werden dürfen, der nach § 16 vergütet oder in der Form nach § 33 b Nummer 1 direkt vermarktet wird,

oder Herkunftsnachweise nicht für Strom ausgestellt werden dürfen, der in der Form nach § 33 b Nr. 2 direkt vermarktet wird,

(2. – 5.)

6. abweichend von § 54 im Rahmen der Stromkennzeichnung die Ausweisung von Strom zu regeln, für den eine Vergütung nach § 16 in Anspruch genommen oder der in der Form des § 33 b Nr. 1 direkt vermarktet wird; hierbei kann insbesondere abweichend von § 55 Abs. 1 auch die Ausstellung von Herkunftsnachweisen für diesen Strom an die Übertragungsnetzbetreiber geregelt werden,

(7.)“

In § 64 f EEG 2012-E sind schließlich weitere Verordnungsermächtigungen enthalten:

„(1. – 5.)

6. zur weiteren Verbesserung der Integration des Stroms aus Erneuerbaren Energien insbesondere:

a) finanzielle Anreize (...) für eine bedarfsgerechte Einspeisung von Strom, der nach § 16 vergütet oder nach § 33 a direkt vermarktet wird,

b) die Anspruchsvoraussetzung, Ausgestaltung und Abrechnungsmodalitäten bei finanziellen Anreizen nach Buchstabe a); hierbei kann auch geregelt werden,

aa) (...)

bb) (...)

cc) wie der Strom zu kennzeichnen ist, insbesondere inwieweit hierbei Herkunftsnachweise verwendet werden können,

dd) (...)

(7.)“.

Der Ordnungsgeber kann also die genannten gesetzlichen Regelungen zu Herkunftsnachweisen und Doppelvermarktungsverbot durch eine entsprechende Verordnung abändern. Herkunftsnachweise könnten dann auch für mit der Marktprämie geförderten Strom ausgestellt und ggfs. weitergegeben werden.

6. Zusammenfassende Analyse der Regelungen

Nach den dargestellten Regelungen können Anlagenbetreiber, die das Marktprämienmodell nutzen, jedenfalls vor Erlass einer entsprechenden Verordnung keine Herkunftsnachweise für den von ihnen direkt vermarkteten Strom erhalten. Sie können dementsprechend diese Herkunftsnachweise auch nicht an Abnehmer dieses Stromes (die EE-Vermarkter) weitergeben.

Das Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen und der Doppelvermarktung betrifft nur diese Form der Direktvermarktung (nicht aber die Vermarktung zum Zwecke der Verringerung der EEG-Umlage und die sonstige Direktvermarktung).

In den dargestellten Regelungen kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Inanspruchnahme der Marktprämie strukturell der Inanspruchnahme der vollen Einspeisevergütung gleichstellt.

II.

Zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für das gewählte Modell

Fraglich ist, ob sich die gewählte Ausgestaltung des Marktprämienmodells zwingend aus Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergibt. Der Gesetzesbegründung zu § 54 EEG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit der Marktprämie geförderten Strom für aus „europarechtlichen Gründen problematisch“ hält, ohne dies weiter zu erläutern

(vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, zu Nr. 33 (§ 54 EEG), S. 174).

1. EE-Richtlinie

Das zentrale gemeinschaftsrechtliche Regelwerk im Bereich erneuerbare Energien ist die Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG („**EE-Richtlinie**“). Zu prüfen ist, ob sich aus der EE-Richtlinie zwingende Vorgaben bezüglich der Nichtausstellung von Herkunftsnachweisen ergeben.

a) Offenheit der EE-RL für nationale Fördermodelle

Die EE-Richtlinie sieht entgegen der allgemeinen Tendenz zur Vereinheitlichung im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vor, dass in den Mitgliedstaaten

unterschiedliche Förderinstrumente für erneuerbare Energien implementiert werden können. Erwägungsgrund 25 führt hierzu Folgendes aus:

„Die Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Potentiale im Bereich der erneuerbaren Energien und wenden auf nationaler Ebene unterschiedliche Regelungen zur Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen an. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten wendet Förderregelungen an, bei denen Vorteile ausschließlich für in ihrem Hoheitsgebiet erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gewährt werden. Damit nationale Förderregelungen ungestört funktionieren können, müssen die Mitgliedstaaten deren Wirkung und Kosten entsprechend ihrem jeweiligen Potential kontrollieren können. Ein wichtiger Faktor bei der Verwirklichung des Ziels dieser Richtlinie besteht darin, das ungestörte Funktionieren der nationalen Förderregelungen, wie nach der Richtlinie 2001/77/EG, zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt und die Mitgliedstaaten wirksame nationale Maßnahmen im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele konzipieren können. Diese Richtlinie zielt darauf, die grenzüberschreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen. (...) Um die Wirksamkeit der beiden Maßnahmen zur Zielerfüllung, also der nationalen Förderregelungen und der Mechanismen der Zusammenarbeit, zu gewährleisten, ist es unbedingt notwendig, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ihre nationalen Förderregelungen für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gelten (...).“

Damit ist in für das Gemeinschaftsrecht ungewöhnlicher Weise klargestellt, dass die EE-Richtlinie im Grundsatz nicht nur keine zwingenden detaillierten Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung von EE-Fördermodellen machen will. Vielmehr wird sogar deutlich gemacht, dass der nationale Gesetzgeber weitreichende Freiheit genießt, eigenständige Fördermodelle zu entwickeln

(siehe auch Lehnert/Vollprecht, ZUR 2009, 307, 311).

b) Regelungen zur Herkunftsnachweisen

Im Hinblick auf Herkunftsnachweise enthält die EE-Richtlinie relativ detaillierte Regelungen. So heißt es hierzu im Erwägungsgrund 52:

„Herkunftsnachweise, die für die Zwecke dieser Richtlinie ausgestellt werden, dienen ausschließlich dazu, einem Endkunden gegenüber nachzuweisen, dass ein bestimmter Anteil oder eine bestimmte Menge an Energie aus erneuerbaren Quellen erzeugt wurde. Ein Herkunftsnachweis kann, unabhängig von der Energie, auf die er sich bezieht, von einem Inhaber auf einen anderen übertragen werden. Um sicher zu stellen, dass eine aus erneuerbaren Energiequellen erzeugte Elektrizitätseinheit einem Verbraucher gegenüber nur einmal ausgewiesen werden kann, sollte jedoch eine Doppelzählung und doppelte Ausweisung von Herkunftsnachweisen vermieden werden. Energie aus erneuerbaren Quellen, deren begleitender Herkunftsnachweis vom Produzenten separat verkauft wurde, sollte gegenüber dem Endkunden nicht als aus erneuerbaren Quellen erzeugte Energie ausgewiesen oder verkauft werden. Es ist wichtig, dass zwischen grünen Zertifikaten, die für Fördersysteme benutzt werden, und Herkunftsnachweisen unterschieden wird.“

Artikel 15 Abs. 2 EE-Richtlinie regelt weiter Folgendes:

„Zu diesem Zweck sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass auf Anfrage eines Produzenten von Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen ein Herkunftsnachweis ausgestellt wird. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass Herkunftsnachweise auf Antrag der Produzenten von aus erneuerbaren Energiequellen erzeugter Wärme oder Kälte ausgestellt werden. Eine solche Regelung kann von einer Mindestkapazität abhängig gemacht werden. Ein Herkunftsnachweis gilt standardmäßig für ein MWh. Für jede Einheit erzeugte Energie wird nicht mehr als ein Herkunftsnachweis ausgestellt.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass dieselbe Einheit von Energie aus erneuerbaren Quellen nur einmal berücksichtigt wird.

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass einem Produzenten, der für dieselbe aus erneuerbaren Quellen erzeugte Energie einen Herkunftsnachweis erhält, keine Unterstützung gewährt wird. (...).“

Artikel 15 Abs. 3 bis 12 EE-Richtlinie regeln im Detail, wie die Herkunftsnachweise ausgestaltet werden sollen und welche Anforderungen an ihre Verwendbarkeit gestellt werden können.

c) Zwingende Vorgaben für Herkunftsnachweisverbot?

Artikel 15 EE-Richtlinie sind keine Vorgaben dahingehend zu entnehmen, dass eine Nichtausstellung von Herkunftsnachweisen für durch das Marktprämienmodell geförderten Strom in irgendeiner Weise zwingend ist. Im Einzelnen:

aa) Vorgaben zur Ausstellung von Herkunftsnachweisen

Nach Artikel 15 Abs. 2 Unterabsatz 1 EE-Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass auf Anfrage eines EE-Stromproduzenten ein Herkunftsnachweis ausgestellt wird. Eine Ausnahme ist hierzu nicht vorgesehen. Artikel 15 Abs. 2 Unterabsatz 3 EE-Richtlinie fordert lediglich, dass dieselbe Einheit von Energie nur einmal berücksichtigt wird, für sie also nur einmal ein Herkunftsnachweis ausgestellt wird. Klarzustellen ist, dass dieses Verbot der „Doppelausstellung“ etwas anderes ist als das in § 56 EEG 2012-E geregelte Verbot der Doppelvermarktung: Letzteres geht wesentlich weiter, die EE-Richtlinie hingegen untersagt an dieser Stelle (nur) die doppelte Ausstellung eines Herkunftsnachweises für eine Stromeinheit bzw. die Doppelzählung eines solchen Nachweises (vgl. auch Erwägungsgrund 52). Beides droht hier nicht.

Die EE-Richtlinie fordert also im Grundsatz die ausnahmslose Ausstellung von Herkunftsnachweise, bei gleichzeitiger Sicherstellung, dass es nicht zu einer mehrfachen Ausstellung von Herkunftsnachweisen für die gleiche Stromeinheit kommt. Mithin hätte der Gesetzgeber an sich gerade regeln müssen, dass Herkunftsnachweise generell erteilt werden (müssen)

(vgl. hierzu auch Boemke, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Auflage, § 55 Rdnr. 33).

Die (gleichzeitige) Förderung der entsprechenden Strommengen ist eine davon zu trennende Frage (hierzu sogleich sub bb.).

Der EEG 2012-E schließt hingegen die Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit der Marktprämie geförderten Strom generell aus. Hieraus ergibt sich die im Rahmen dieser Stellungnahme nicht zu vertiefende Frage, ob der EEG 2012-E in seiner jetzigen Form den Vorgaben der EE-Richtlinie entspricht. Auf der Hand liegt dies nicht.

Fest steht aber jedenfalls, dass das Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit der Marktprämie geförderten Strom keinesfalls zwingend durch die EE-Richtlinie vorgegeben wird.

bb) Herkunftsnachweis und Förderung

Artikel 15 Abs. 2 Unterabsatz 3 regelt, dass die Mitgliedstaaten regeln können, dass einem Produzenten, der für dieselbe aus erneuerbaren Quellen erzeugte Energie einen Herkunftsnachweis erhält, keine Unterstützung gewährt wird.

Die Regelung ermöglicht den Mitgliedstaaten also grundsätzlich, im Rahmen ihrer Förderinstrumente einen EE-Stromproduzenten dann nicht zu fördern, wenn dieser einen Herkunftsnachweis erhalten hat. Der Regelung fehlt von vornherein der zwingende Charakter, es handelt sich um eine Kann-Vorschrift. Hiermit ist eine Möglichkeit geregelt, ohne dass dies zwingend wäre.

Eine Argumentation dahingehend, dass sich aufgrund dieser Regelung nach der Gewährung einer Marktprämie die Ausstellung eines Herkunftsnachweises generell verbiete, ist deshalb nicht zutreffend.

cc) Keine zwingenden Vorgaben für gewähltes Regelungsmodell

Die EE-Richtlinie enthält keine zwingenden Vorgaben dahingehend, dass eine Ausstellung von Herkunftsnachweisen für durch eine Marktprämie geförderten Strom nicht möglich wäre.

Offenbar hat auch der Gesetzgeber selbst die Gewährung von Herkunftsnachweisen für mit der Marktprämie geförderten Strom für rechtlich möglich gehalten. Zumindest hat er ausdrücklich Verordnungsermächtigungen in § 64 d und f EEG 2012-E vorgesehen, die eine entsprechende Regelung ermöglichen. Es ist kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber eine detaillierte und eindeutige Ermächtigungsgrundlage für eine aus seiner Sicht gemeinschaftsrechtswidrige Regelung vorsieht.

Darüber hinaus sei angemerkt, dass auch das vom für die Novellierung des EEG federführenden Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit beauftragte Gutachten zur Vorbereitung des Erfahrungsberichts EEG 2011 zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer alternativen Regelung (Ausstellung von Herkunftsnachweisen für Marktprämien-Strom) nicht indiziert ist

(vgl. die Ausführungen zur „Grünstromvermarktung“ des mit einer Marktprämie geförderten Stromes in der vorläufige Fassung des Endberichts zum Vorhaben „Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Vorhaben IV.: Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG“, Ziff. 7.4.2.3, S. 286 f., im Internet abrufbar unter http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_eb_2011_recht.pdf).

Die Vereinbarkeit einer alternativen Regelung mit der EE-Richtlinie könnte nur umfassend geprüft werden, wenn die konkrete Ausgestaltung dieser Regelung, insbesondere auch die konkreten Verwendungsmöglichkeiten der Herkunftsnachweise, feststünden. Es ist aber offensichtlich, dass das im EEG 2012-E gewählte Regelungsmodell nicht alternativlos ist. Ein mit der EE-Richtlinie vereinbares Fördermodell, das die Zahlung einer Marktprämie mit der Ausstellung von Herkunftsnachweisen kombiniert, ist durchaus denkbar. Mit geeigneten normativen Flankierungen kann dabei auch eine unerwünschte Doppel- oder Überförderung und Doppelausweisung der betreffenden Strommengen verhindert werden. Beispielsweise kann die Verwendbarkeit der ausgestellten Herkunftsnachweise eingeschränkt werden.

2. Primärrecht

Zu prüfen ist ferner, ob das Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen aufgrund der allgemeinen Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts zwingend ist. In Betracht kämen insoweit Vorgaben aus der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV.

Eine umfassende Prüfung einer potentiellen Betroffenheit der Warenverkehrsfreiheit könnte nur anhand eines vollständig entwickelten alternativen Regelungsmodells vorgenommen werden. Dennoch lässt sich aber generell sagen, dass die Gewährung einer Marktprämie bei gleichzeitiger Ausstellung eines Herkunftsnachweises bei richtiger Ausgestaltung jedenfalls nicht zwingend zu einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV führen würde:

Die (teilweise oben zitierten) Regelungen aus der EE-Richtlinie bestätigen, dass grundsätzlich nationale, auf das Gebiet eines Mitgliedstaates begrenzte Förderschemata vom europäischen Normgeber als gemeinschaftsrechtlich unproblematisch angesehen werden

(vgl. auch Lehnert/Vollprecht, ZUR 2009, 307, 311 f.).

Anerkanntermaßen verstößt die Förderung von (nur) inländischen Stromerzeugungsanlagen durch die Einspeisevergütungen des EEG nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit

(siehe nur Klinski, EEG im Binnenmarkt, Zur Vereinbarkeit des Erneuerbare Energien Gesetzes (EEG) mit den aktuellen Bestimmungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt und mit der Warenverkehrsfreiheit (Gutachten), S. 21 ff. m.w.N.; Lehnert/Vollprecht, ZUR 2009, 307, 312; sowie die vorläufige Fassung des Endberichts zum Vorhaben „Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Vorhaben IV.: Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG“, Ziff. 7.4.2.3, S. 286).

Es spricht einiges dafür, dass die Förderung von eingespeistem Strom durch die Marktprämie nicht anders zu behandeln ist als eine Förderung durch die gesetzliche Einspeisevergütung.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum die Ausstellung von Herkunftsnachweisen hieran grundsätzlich etwas ändern könnte. Bei der Ausgestaltung eines solchen Modells wäre sicherlich (ggfs. unter Einbezug energiewirtschaftlicher Analysen) darauf zu achten, dass es zu keinen unzulässigen Marktverzerrungen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen auf dem Grünstrommarkt kommt. Dies erscheint aber bei entsprechender Ausgestaltung ohne Weiteres erreichbar

(siehe wiederum die vorläufige Fassung des Endberichts zum Vorhaben „Vorbereitung und Begleitung der Erstellung des Erfahrungsberichtes 2011 gemäß § 65 EEG im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Vorhaben IV.: Instrumentelle und rechtliche Weiterentwicklung im EEG“, Ziff. 7.4.2.3, S. 287).

Im Ergebnis besteht auch aufgrund der Warenverkehrsfreiheit keine zwingende Vorgabe, dass mit der Marktprämie geförderter Strom nicht gleichzeitig mit Herkunftsnachweisen ausgestattet werden darf.

3. Zwischenergebnis

Aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben sich keine zwingenden Vorgaben hinsichtlich eines Verbots der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für durch das Marktprämienmodell geförderten Strom.

III.

Zwingende Vorgaben des deutschen Rechts für das gewählte Modell

Fraglich ist, ob sich aus dem deutschen Recht zwingende Vorgaben bezüglich der Nichtausstellung von Herkunftsnachweisen für mit der Marktprämie geförderten Strom ableiten lassen. Da das EEG 2012 Gesetzesrang hat, kommt insofern nur eine zwingende Vorgabe aus dem höherrangigen Verfassungsrecht in Frage.

In Betracht kämen hier Ausgestaltungsvorgaben für die Förderschemata des EEG aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Hiernach darf Gleiches nicht willkürlich ungleich und Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden

(BVerfGE 4, 144, 155; Heun, in: Dreier, GG, 2. Auflage, Art. 3 Rdnr. 19; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Auflage, Art. 3 Rdnr. 10).

Der Gesetzgeber hat aber gerade bei komplexen Sachverhalten – wie hier – durchaus große Freiheiten, die ihre Grenzen in einem Willkürverbot finden: Es muss sich für die Differenzierung bzw. Gleichbehandlung ein angemessener sachlicher Grund finden lassen

(BVerfGE 91, 118, 123; 83, 1, 23; Heun, in: Dreier, GG, 2. Auflage, Art. 3 Rdnr. 19).

Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung des EEG 2012-E offenbar die Wertung getroffen, dass aufgrund struktureller Ähnlichkeiten zwischen gesetzlicher Einspeisevergütung und Marktprämienmodell deren weitgehende Gleichbehandlung bzw. eine Ungleichbehandlung des Marktprämienmodells gegenüber den anderen beiden Modellen der Direktvermarktung gerechtfertigt sind.

Man mag hier in der Tat strukturelle Ähnlichkeiten erkennen, weil nach beiden Fördermodellen der Anlagenbetreiber gewisse über die EEG-Umlage finanzierte Förderungen erhält. Im Rahmen dieser Stellungnahme muss nicht geklärt werden, ob diese Ähnlichkeiten eine Gleichbehandlung rechtfertigen. Zu fragen ist vielmehr, ob auch ein Regelungsmodell, bei dem trotz Marktprämie auch Herkunftsnachweise gewährt würden, im Hinblick auf die verschiedenen betroffenen Rechtssubjekte (Anlagenbetreiber, Stromabnehmer, Endabnehmer) mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar wäre.

Dies wäre dann der Fall, wenn ein solches Modell keine willkürliche Gleichbehandlung mit den anderen Modellen der Direktvermarktung bzw. keine willkürliche Ungleichbehandlung mit der gesetzlichen Einspeisevergütung begründen würde. Es spricht alles dafür, dass kein Willkürfall vorläge:

1. Unterschiede zur Einspeisevergütung

Die Strommengen, für die eine Vergütung gemäß § 16 EEG 2012-E in Anspruch genommen wird, werden im Ergebnis durch die Übertragungsnetzbetreiber („ÜNB“) abgenommen und veräußert. In der Folge kommt es zu einer rein finanziellen Weiterwälzung der EEG-Kosten an die Endkunden. Der Gesetzgeber hat es aufgrund der mit der Veräußerung der Strommengen durch die ÜNB verbundenen Umwandlung der Strommengen in Graustrom für angebracht gehalten, für diese Strommengen keine Herkunftsnachweise vorzusehen

(Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, zu Nr. 33 (§ 54 EEG), S. 173).

Die mit der Marktprämie geförderten Strommengen werden aber gerade direkt vermarktet und nicht zentral durch die ÜNB über die Strombörse veräußert. Sie verlieren mithin auch nach der Logik des Gesetzgebers nicht (zwingend) ihre Grünstromeigenschaft. Dies begründet einen maßgeblichen strukturellen Unterschied zum mit der Einspeisevergütung geförderten Strom.

Obendrein findet bei der Einspeisevergütung eine „Vollsubventionierung“ des Stroms statt. Beim Marktprämienmodell erwirtschaftet der Anlagenbetreiber hingegen selbst den Marktpreis und erhält nur einen Zuschuss. Auch dies ist ein wichtiger struktureller Unterschied zwischen beiden Fördermodellen.

2. Gemeinsamkeiten mit anderen Direktvermarktungsmodellen

Betrachtet man die „Verwertungskette“ der eingespeisten Strommengen, überwiegen bei den drei Modellen der Direktvermarktung gemäß § 33 b EEG 2012-E die Gemeinsamkeiten: Beim Marktprämienmodell wie auch bei den anderen beiden Modellen der Direktvermarktung werden die direkt und „ab Anlage“ an konkrete Abnehmer vermarkteten Strommengen nicht Teil des Ausgleichsmechanismus des EEG. Sie werden dementsprechend nicht durch die ÜNB zentral vermarktet, sondern als separate Strommengen am EEG-Umlagemechanismus vorbei veräußert und gehandelt und dabei in den Markt integriert.

Insofern liegt es nahe, den durch das Marktprämienmodell geförderten Strom für mit den anderen Direktvermarktungsmodellen vergleichbar zu halten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass durch die Auszahlung der Marktprämie durchaus eine Form der staatlichen Förderung stattfindet. Dies ist auch beim Ökostromprivileg durch die (teilweise) Umlagebefreiung der Fall. Allein die Tatsache, dass hier die Förderung auf anderer Ebene erfolgt (keine direkte Zahlung an die Anlagenbetreiber), begründet keinen maßgeblichen strukturellen Unterschied, der eine abweichende Behandlung rechtlich zwingend macht.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt liegt es aufgrund der großen strukturellen Nähe des Marktprämienmodells zu den anderen Formen der Direktvermarktung und den durchaus deutlichen Unterschieden zum Einspeisevergütungsmodell aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG nahe, das Marktprämienmodell mit den anderen Modellen der Direktvermarktung gleich zu behandeln. Jedenfalls wäre dies nicht willkürlich.

Keinesfalls aber lässt sich aus Art. 3 Abs. 1 GG eine zwingende Vorgabe dahingehend ableiten, dass eine Ausstellung von Herkunftsnachweisen für mit dem Marktprämienmodell geförderten Strom rechtlich unzulässig wäre.

Auch hier gilt im Übrigen wiederum das Argument, dass die Regelung einer entsprechenden Verordnungsermächtigung in § 64 d EEG zeigt, dass der Gesetzgeber dies genauso gesehen hat. Wiederum ist nicht vorstellbar, dass bewusst eine Verordnungsermächtigung geregelt wird, deren Umsetzung zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würde.

IV. Ergebnis

Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Ausgestaltung der Regelungen zu den Herkunftsnachweisen weitgehende Freiheiten. Er kann durchaus auch ein Modell wählen, in dem für den mit einer Marktprämie geförderten Strom Herkunftsnachweise ausgestellt werden.

Das im EEG 2012-E geregelte Verbot der Ausstellung von Herkunftsnachweisen für aufgrund des Marktprämienmodells geförderten Strom folgt keinen zwingenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts oder des deutschen Rechts.

Dem vom Gesetzgeber im EEG 2012-E gewählten Modell liegt mithin keine (zwingende) rechtliche Vorgabe, sondern eine politische Entscheidung zugrunde. Die Entwicklung eines alternativen Regelungsmodells ist rechtlich möglich. Dabei kann beispielsweise die Verwendbarkeit der ausgestellten Herkunftsnachweise begrenzt werden.

Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit gesehen und bereits eine Verordnungsermächtigung für eine Alternativregelung vorgesehen.

* * *