

Juliane Steffens

Erneuerbare Energien im europäischen Binnenmarkt für Elektrizität

Zugleich eine Abgrenzung von Warenverkehrs- und Beihilfenrecht



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 24

Juliane Steffens

Erneuerbare Energien im europäischen Binnenmarkt für Elektrizität

Zugleich eine Abgrenzung von Warenverkehrs- und
Beihilfenrecht



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, FU, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4661-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8888-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

für Mama, Papa und Alexander

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten ausgewählte Literatur und Rechtsprechung bis Mai 2018 berücksichtigt werden.

Herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Franz Jürgen Säcker, der es wie kein zweiter versteht, ein besonderes Klima für wissenschaftliche Diskussionen und geistigen Austausch zu schaffen. Ihm danke ich für das mir entgegengebrachte Vertrauen, seine Förderung und die immerzu freudige Bereitschaft zum Gespräch.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht der FU Berlin und am Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin e.V. Für die freudenvolle Zeit fruchtbarer Diskussionen möchte ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls und Instituts danken – allen voran Dr. Kim Sophie Mengerling.

Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sei Prof. Dr. Thorsten Siegel und für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Kartell- und Regulierungsrecht“ ihren Herausgebern gedankt. Herzlicher Dank gilt auch der Gesellschaft für Energiewissenschaft und Energiepolitik e. V., die dieser Arbeit den GEE Preis des Energieforums Berlin 2017 verliehen hat, sowie dem Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort für die Übernahme der Druckkosten.

Der immerzu liebevolle Rückhalt von Adrian hat es ermöglicht, dass ich diese Arbeit mit Freude und Energie bewältigen konnte. Auch Doro danke ich für ihre Ermutigung und Förderung. Schließlich danke ich von ganzem Herzen meinen Eltern, Monika und Achim Schmitz, und meinem Bruder, Alexander Schmitz, für ihre stete und bedingungslose Unterstützung. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Berlin, im Juli 2018

Juliane Steffens

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der Abkürzungen	25
§ 1 Einleitung	31
A. Die Förderung erneuerbarer Energien als Priorität der europäischen Energiepolitik	31
B. Erneuerbare-Energien-Förderung zwischen unverfälschtem Wettbewerb und Klimaschutz als Zielvorgaben des primären Unionsrechts	32
C. Zielsetzung und weiteres Vorgehen	39
§ 2 Methodische Vorüberlegungen	41
A. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und konkretisierende Auslegung als maßgebliche Instrumente zur Zielkonfliktauflösung	41
B. Die Auslegungsmethoden des EuGH	46
C. Methodischer Stellenwert und Merkmale des Case Law	56
D. Zwischenergebnis: konkretisierte Zielkonflikte durch Auslegung und Fallanalyse auflösen	63
§ 3 Gründe des Staates, umweltschützend einzugreifen	65
A. Ökonomische Rechtfertigung umweltschützender Eingriffe in den Wettbewerbsprozess	65
B. Instrumente zur Erreichung des Eingriffszieles	77
C. Rechtliche Umsetzung der Internalisierung: Aussageschwäche der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht	82
D. Zwischenfazit	88
§ 4 Komplementärer Schutz von Binnenmarkt und freiem Wettbewerb durch freien Warenverkehr und Beihilfenkontrolle	90
A. Zielprämissen des Binnenmarktes	90
B. Zielrichtung des Warenverkehrsrechts	91

Inhaltsübersicht

C. Zielrichtung des Beihilfenrechts	94
D. Zwischenfazit	98
§ 5 Mengenmäßige und fiskalische Handelshemmnisse	100
A. Mengenmäßige Handelshemmnisse: Art. 34 AEUV	100
B. Fiskalische Handelshemmnisse: Art. 30 und 110 AEUV	143
C. Alternativität fiskalischer und nicht-fiskalischer Handelshemmnisse	160
D. Vergleichendes Zwischenfazit	166
§ 6 Prozedurale Verschränkung bei beihilfenfinanzierenden Abgaben	169
A. Beihilferechtliche Ex-ante-Kontrolle für fest verbundene Bestandteile einer Beihilfe	169
B. Zwischenfazit	175
§ 7 Vereinbarkeitsmaßstäbe für Systeme zur Förderung erneuerbarer Energien	177
A. Beihilferechtliche Vereinbarkeitsmaßstäbe	177
B. Vereinbarkeitsmaßstäbe von Art. 34 AEUV	205
C. Die strikten Verbote der Art. 30 und 110 AEUV	226
D. Zwischenfazit	243
§ 8 Beihilfeeigenschaft und fiskalische Handelshemmnisse: die Staatlichkeit	245
A. Die Staatlichkeit der Mittel: ein erster Überblick	246
B. Typologie der Staatlichkeit: Staatlichkeit im engeren Sinn und Zurechenbarkeit	254
C. Zusammenfassend: Folgerungen für die staatliche Kontrolle von Beihilfen	320
D. Zwischenfazit zur tatbestandlichen Verschränkung von Warenverkehrs- und Beihilfenrecht: Kontrolle als übergreifendes Kriterium der Staatlichkeit	334

§ 9	Beihilfeeigenschaft und mengenmäßige Handelshemmnisse: die Selektivität	336
A.	Rechtsprechungsanalyse	339
B.	Reichweite der Spezialität von Art. 107 Abs. 1 AEUV gegenüber Art. 34 AEUV	357
C.	Aus der grundsätzlichen Spezialität von Art. 107 gegenüber Art. 34 AEUV folgende Überlegungen für die Rechtfertigungsebene	393
D.	Zwischenfazit	403
§ 10	Erneuerbare Energien als Herausforderung an den europäischen Rechtsrahmen	405
A.	Evolution der Finanzierungsmechanismen in der Kommissionsrechtsprechung: von Mindestpreisen zu Abgaben	405
B.	Verschiebung des rechtlichen Rahmens: von der Warenverkehrsfreiheit zum Beihilfenrecht	423
C.	Ausnahmen für die stromkostenintensive Industrie: von der Härtefallregelung zur Abgabenbefreiung	447
D.	Zwischenfazit: Funktionssicherung der Beihilfenkontrolle durch „dogmatische Koevolution“	462
§ 11	Abschluss: Der institutionelle Rahmen für die Förderung erneuerbarer Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt	466
A.	Institutionelle Stärkung der Kommission	467
B.	Die neue Rolle des Beihilfenrechts	474
C.	Das Beihilfenrecht im Binnenmarkt	476
§ 12	Zusammenfassung in Thesen	478
§ 13	Literaturverzeichnis	489

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Abkürzungen	25
§ 1 Einleitung	31
A. Die Förderung erneuerbarer Energien als Priorität der europäischen Energiepolitik	31
B. Erneuerbare-Energien-Förderung zwischen unverfälschtem Wettbewerb und Klimaschutz als Zielvorgaben des primären Unionsrechts	32
C. Zielsetzung und weiteres Vorgehen	39
§ 2 Methodische Vorüberlegungen	41
A. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und konkretisierende Auslegung als maßgebliche Instrumente zur Zielkonfliktauflösung	41
1. Dreistufige materielle Prüfung	42
2. „Verhältnismäßige Auslegung“ unbestimmter Rechtsbegriffe?	44
3. Rolle der Interessenabwägung	45
B. Die Auslegungsmethoden des EuGH	46
1. Einordnung des <i>effet utile</i> in die teleologische Interpretation	47
2. Fehleinschätzung der Teleologie durch die Literatur?	48
3. Grundsätzlich enge Auslegung von Ausnahmen	52
4. Konkretisierende Auslegung als Aufgabe	55
C. Methodischer Stellenwert und Merkmale des Case Law	56
1. Hybride Bindung in der Rechtsprechung des EuGH	58
2. Keine expliziten Maßstäbe für <i>overruling</i> und <i>distinguishing</i>	61
D. Zwischenergebnis: konkretisierte Zielkonflikte durch Auslegung und Fallanalyse auflösen	63

§ 3 Gründe des Staates, umweltschützend einzugreifen	65
A. Ökonomische Rechtfertigung umweltschützender Eingriffe in den Wettbewerbsprozess	65
1. Verteilungsoptimierung: Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit	65
2. Besondere Eigenschaften des Umweltgutes Luft	67
3. Negative Umwelteffekte	68
4. Marktversagen als Eingriffsrechtfertigung	71
5. Exkurs: der Folgeeinwand der Bewertung von Umweltgütern	73
B. Instrumente zur Erreichung des Eingriffszieles	77
1. Verhandlungslösung und Pigou-Steuer	78
2. Marktorientierte Ansätze	79
3. Beihilfen als Internalisierungsinstrumente	80
C. Rechtliche Umsetzung der Internalisierung: Aussageschwäche der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht	82
1. Ausgangspunkt: das Privatrechtsargument im Beihilfenrecht und Warenverkehr	82
2. Kontrahierungszwang als privatrechtliches Steuerungsmittel	83
3. Steuerungselemente im EEG	86
D. Zwischenfazit	88
§ 4 Komplementärer Schutz von Binnenmarkt und freiem Wettbewerb durch freien Warenverkehr und Beihilfenkontrolle	90
A. Zielprämissen des Binnenmarktes	90
B. Zielrichtung des Warenverkehrsrechts	91
C. Zielrichtung des Beihilfenrechts	94
1. Ausgangspunkt: Beihilfenrecht zwischen Staats- und Marktversagen	94
2. Beihilfenrecht als Binnenmarktschutz	96
3. Beihilfenrecht als Wettbewerbsschutz	97
4. Beihilfenrecht als Motor positiver Integration	97
D. Zwischenfazit	98

§ 5	Mengenmäßige und fiskalische Handelshemmnisse	100
A.	Mengenmäßige Handelshemmnisse: Art. 34 AEUV	100
1.	Die Staatlichkeit von Handelsbehinderungen	100
a)	Verantwortlichkeit des Staates: Kriterien in der Literatur	101
b)	Keine unbeschene Übertragung des Unternehmensbegriffs	103
c)	Unmittelbare staatliche Maßnahmen	105
d)	Zurechnung privater Maßnahmen zum Staat	105
(1)	Buy Irish-Kampagne als Ausgangspunkt: administrative Kontrolle, Initiierung	106
(2)	Vorausschau auf das Beihilfenrecht	109
(3)	Zurechnung aufgrund gesetzlicher Errichtung und Finanzierung	110
(a)	CMA-Gütezeichen	112
(b)	Hennen Olive	113
(4)	Zurechnung aufgrund gesetzlicher Errichtung und Normsetzungsbefugnissen	114
(a)	Broekmeulen	114
(b)	Royal Pharmaceutical Society und Hünernmund	115
(5)	Organisationsrechtliche Kontrolle in Foster/British Gas	117
(6)	Zwischenergebnis	117
e)	Pflicht zum grenzüberschreitenden Schutz	118
f)	Garantenstellung des Mitgliedstaates	120
g)	Unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?	121
2.	Zwischenergebnis	125
3.	Eingrenzungen des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 34 AEUV	126
a)	Ausnahme von Verkaufsmodalitäten	126
b)	Ausnahme von mittelbaren und unspezifischen Handelsbeeinträchtigung (Kausalitätstest)	127
c)	Ausscheiden nicht spürbarer Handelsbeeinträchtigungen	132
d)	Ausklammerung privatrechtlicher Regelungen?	133
4.	Staatliche „Preisinterventionen“ als Maßnahmen gleicher Wirkung	134
a)	Festlegung von Preisen oder Gewinnmargen	135
b)	Vom Wettbewerbsrecht erfasste staatliche Preisfestsetzungen	138

c) Beihilferechtliche Relevanz mitgliedstaatlicher Preisinterventionen	140
d) Zwischenergebnis	142
B. Fiskalische Handelshemmnisse: Art. 30 und 110 AEUV	143
1. Unionsrechtlicher Abgabebegriff in Art. 30 und 110 AEUV	144
a) Staatlicher Ursprung von Abgaben	146
b) Einseitigkeit der Auferlegung	150
c) Ohne Gegenleistung	151
d) Weiter Warenbezug	152
2. Das Zollverbot aus Art. 30 AEUV	153
3. Das Verbot steuerlicher Diskriminierung und Protektion aus Art. 110 AEUV	155
a) Das Diskriminierungsverbot (Abs. 1)	156
b) Das Protektionismusverbot (Abs. 2)	157
4. Alternativität von Art. 30 und 110 AEUV	157
a) Verschiedene Besteuerungsobjekte und -grundlagen	158
b) Auswirkungen der Aufkommensverwendung	158
C. Alternativität fiskalischer und nicht-fiskalischer Handelshemmnisse	160
1. Geldleistung als Abgrenzung zwischen Art. 30/110 und Art. 34 AEUV	161
2. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf außerordentlich hohe Abgaben?	164
D. Vergleichendes Zwischenfazit	166
§ 6 Prozedurale Verschränkung bei beihilfenfinanzierenden Abgaben	169
A. Beihilferechtliche Ex-ante-Kontrolle für fest verbundene Bestandteile einer Beihilfe	169
1. Prüfungsmonopol der Kommission für Beihilfen (Art. 108 Abs. 2, 3 AEUV)	169
2. Prozedurale Konzentrationswirkung bei untrennbar verbundenen Bestandteilen	170
3. Keine materielle Konzentrationswirkung bezüglich der Abgabenerhebung	172
4. Ausschließlich binnenmarktorientierte Konzentrationswirkung	174

B. Zwischenfazit	175
§ 7 Vereinbarkeitsmaßstäbe für Systeme zur Förderung erneuerbarer Energien	177
A. Beihilferechtliche Vereinbarkeitsmaßstäbe	177
1. Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV: Konkretisierung durch Leitlinien	177
2. Unter die Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 fallende Beihilfen	182
3. Ökonomisch informierte Verhältnismäßigkeitsprüfung	183
4. Geeignetheit von Betriebsbeihilfen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien	186
5. Anreizwirkung	188
6. Erforderlichkeit von Betriebsbeihilfen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien	189
a) Umweltbeihilfen als „Paradebeispiel“ für Marktversagensbehebung	189
b) Marktversagenslücke für Betriebsbeihilfen im Instrumentenmix	190
7. Angemessenheit von Betriebsbeihilfen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien: der Abwägungstest	194
a) Positive Auswirkungen von Betriebsbeihilfen zugunsten „grüner Stromproduktion“	194
b) Negative Auswirkungen von Betriebsbeihilfen zugunsten „grüner Stromproduktion“	194
(1) Ineffizienzen des Eingriffsinstruments	195
(2) Diskriminierungen und Marktabschottungen	198
(3) Wettbewerbsschädigende Auswirkungen auf benachbarte Märkte	199
c) Beihilfefähige Kosten und Beihilfenintensität	201
d) Die Bewertung verschiedener Instrumente in den Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen	203
8. Zwischenfazit	205
B. Vereinbarkeitsmaßstäbe von Art. 34 AEUV	205
1. Rechtfertigung durch Art. 36 AEUV und zwingende Erfordernisse	205

2. Auf dem Weg zum einheitlichen Rechtfertigungsgrund für direkte und indirekte Diskriminierungen?	209
a) Wallonische Abfälle und PreussenElektra	209
b) Fortsetzung in Essent Belgium I und Ålands Vindkraft	215
c) Übergreifender Trend?	218
3. Rechtfertigung mit wirtschaftlichen Erwägungen?	219
a) Grundposition: keine Rechtfertigung mit wirtschaftlichen Erwägungen	219
b) Abweichungen von der Grundposition	220
c) Fortführung der Abweichung in den EE-Fällen	224
4. Zwischenfazit	226
C. Die strikten Verbote der Art. 30 und 110 AEUV	226
1. „Ausnahmen“ von Art. 30 AEUV?	226
a) Unionsrechtlich vorgeschriebene Abgaben	228
b) Inländische Abgabensysteme	228
c) Rechtsfolgen beim Vorliegen zollgleicher Abgaben	229
2. Anwendung von Art. 36 AEUV auf das Verbot zollgleicher Abgaben?	229
3. Maßstäbe für die Zulässigkeit inländischer Abgaben nach Art. 110 AEUV	232
a) Herkunftsneutrale Ungleichbehandlungen	232
b) Rechtsfolgen bei unzulässigen inländischen Steuern oder Abgabensystemen	236
c) Parallelen zur beihilferechtlichen Selektivität	240
4. Anwendung von Art. 36 AEUV auf Art. 110 AEUV?	240
D. Zwischenfazit	243
§ 8 Beihilfeeigenschaft und fiskalische Handelshemmnisse: die Staatlichkeit	245
A. Die Staatlichkeit der Mittel: ein erster Überblick	246
1. Äußerungen der Gerichte: Staatlichkeit als „moving target“	246
2. Bisherige Systematisierungsversuche der Staatlichkeitsprüfung in der Literatur	248
3. Systematischer Zugriff auf die Staatlichkeit anhand des Kontrollkriteriums	253

B. Typologie der Staatlichkeit: Staatlichkeit im engeren Sinn und Zurechenbarkeit	254
1. Fallgruppe 1: unmittelbare Verfügung über Haushaltsmittel oder dem Staat zustehende Gelder	258
2. Fallgruppe 2: kein Anwendungsbereich	263
3. Fallgruppe 3: Staatliche Stellen verfügen über das Vermögen öffentlicher Unternehmen.	263
4. Fallgruppe 4: Öffentliche Unternehmen begünstigen Dritte aus ihrem Vermögen.	264
5. Fallgruppe 5: Der Staat lässt Private über Abgabemittel verfügen.	271
a) Die ersten Fälle parafiskalischer Abgaben	272
b) Erste Zurechnung von Mitteln und Gewährungsentscheidung nach gesetzlicher Regelungsintensität	278
c) Ablehnung der Kontrolle bei organisationsrechtlicher Zurechnung	280
d) Dauerhaft erfolgreiche Mittel- und Gewährungszurechnung bei hoher gesetzlicher Regelungsintensität	284
(1) Staatlichkeit der Mittel: die Abgabeneigenschaft	285
(2) Zurechnung der Mittel und der Gewährungsentscheidung anhand eines einheitlichen Kontrollkriteriums	287
(3) Gesetzliche Gewährungszurechnung	288
e) Zwischenergebnis	294
f) Beihilfenqualität des EEG	294
g) Grenzen der Gewährungszurechnung bei geringer Regelungsintensität	302
h) Zwischenergebnis	307
6. Fallgruppe 6: Der Staat lässt Dritte über private Mittel verfügen.	309
7. Ergebnis: organisationsrechtliche versus gesetzliche Zurechnung	313
a) Kontrollanforderungen an Einzelbeihilfen: organisationsrechtliche Zurechnung (Fallgruppen 3 und 4)	316
b) Kontrollanforderungen an Beihilfenregelungen (Fallgruppen 5 und 6)	317

C. Zusammenfassend: Folgerungen für die staatliche Kontrolle von Beihilfen	320
1. Kontrolle als zentrales Staatlichkeitskriterium bestätigt	320
a) „Staatliche Initiative“	320
b) Kausalitätstest	322
2. Indizien zur Annahme staatlicher Kontrolle	323
a) Initiative	323
b) Ziel einer Maßnahme	324
c) Gesetzliche Grundlage/Einführung durch Gesetz	324
d) (Verwendungs-)Zweckbestimmung	325
e) Mittelherkunft und Haushaltsbelastung	326
f) Öffentliche Rechtsform	326
g) Private Rechtsform	327
h) Gesetzliche Aufsicht	328
i) Personelle Verflechtungen	328
j) Beweislast	329
k) Abschließend: Anforderungen an autonomes Handeln	330
3. Die Entwicklung der Interpretationsformeln durch den EuGH	330
D. Zwischenfazit zur tatbestandlichen Verschränkung von Warenverkehrs- und Beihilfenrecht: Kontrolle als übergreifendes Kriterium der Staatlichkeit	334
§ 9 Beihilfeeigenschaft und mengenmäßige Handelshemmnisse: die Selektivität	336
A. Rechtsprechungsanalyse	339
1. Das erste Vorlageverfahren: Iannelli & Volpi und die Spezialität	340
a) Rechtsfolgenorientierte und institutionell begründete Spezialität	341
b) Einführung des Trennbarkeitsgrundsatzes	343
2. Die Vertragsverletzungsverfahren der 80er Jahre: Argumentation des einheitlichen Schutzzwecks	345
a) Vertragsverletzungsverfahren ohne eingeleitete Beihilfeprüfung	345
b) Vertragsverletzungsverfahren bei eingeleiteter Beihilfeprüfung	348
3. Die späteren Vorlageverfahren – eine Konsolidierung?	350

4. Offensichtlichkeit des Beihilfecharakters	353
5. Zusammenfassung und Bewertung: prozessuale Pragmatik	355
B. Reichweite der Spezialität von Art. 107 Abs. 1 AEUV gegenüber Art. 34 AEUV	357
1. Selektivität und Diskriminierung	358
2. Ungleichbehandlung als Vergleichspunkt	364
3. Ungleichbehandlungen innerhalb der Selektivität	365
a) Geografische Selektivität: geografische Ungleichbehandlung	366
b) Materielle Selektivität: Verbot zielfremder Ungleichbehandlungen	368
(1) Flexibles Differenzierungsverbot	368
(2) Strukturelle Ähnlichkeit zu Diskriminierungsverboten	369
(3) Der geografische Referenzrahmen und die Grenzen der Selektivität im Vergleich zu Art. 34 AEUV	375
4. Verbot mengenmäßiger Beschränkung als Verbot herkunftsbezogener Ungleichbehandlung und Beschränkung	378
5. Zusammenfassender Vergleich: teilweise Überlappung der Ungleichbehandlungen	380
a) Verbotene Anknüpfungs- und Begründungsmerkmale	380
b) Schutz der Subventionsmobilität und Beschaffungsfreiheit	383
c) Abgabenfinanzierte Beihilfen	383
d) „Beihilfeninhärente“ und darüber hinausgehende Wirkungen	384
e) Folgen für die geografische Beschränkung von EE-Fördersystemen	386
f) Die Rolle des Trennbarkeitstest bei mengenmäßigen Beschränkungen	388
g) Prozessuale Konsequenzen	391
C. Aus der grundsätzlichen Spezialität von Art. 107 gegenüber Art. 34 AEUV folgende Überlegungen für die Rechtfertigungsebene	393
1. Teilkonzentration der materiellen Maßstäbe	395
2. Kein <i>more economic approach</i> der Beurteilung von Warenverkehrsbeeinträchtigungen	396
3. Funktionsäquivalenz der verschiedenen Maßstäbe	399

4. Keine Notwendigkeit der Übertragung von Rechtfertigungsgründen: Die Fehlentwicklung Van Tiggele und PreussenElektra	400
5. Übertragung von warenverkehrsrechtlichen Rechtfertigungsgründen auf das Beihilfenrecht?	401
D. Zwischenfazit	403
§ 10 Erneuerbare Energien als Herausforderung an den europäischen Rechtsrahmen	405
A. Evolution der Finanzierungsmechanismen in der Kommissionsrechtsprechung: von Mindestpreisen zu Abgaben	405
1. PreussenElektra (StrEG) und die frühe Kommissionspraxis	405
2. Essent Network, ÖSG und EEG 2012: Der gerichtlich bestätigte Wandel zur Beihilfenqualität mitgliedstaatlicher Fördersysteme	410
3. Vent de Colère und die Verdrängung von PreussenElektra	411
4. Ausschreibungssysteme als Paradigmenwechsel?	412
5. Die Staatlichkeit von Zertifikatprogrammen und Kommission/Niederlande (NOx)	414
a) Zuteilung von Zertifikaten	414
b) Geldbußen und Ausweichzahlungen	419
c) Herantasten der Kommission	420
6. Zwischenfazit: Beihilfeeigenschaft von Einspeisetarifen, Prämien, Quotenmodellen und Ausschreibungen	422
B. Verschiebung des rechtlichen Rahmens: von der Warenverkehrsfreiheit zum Beihilfenrecht	423
1. Von der allgemeinen zu den speziellen Warenverkehrsfreiheiten	423
a) Die „sonstigen Vertragsvorschriften“	423
b) Bewertung: Kompetenzüberschreitung der Kommission?	427
c) Verbleibender zukünftiger Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit	429
d) Die Implikationen von Ålands Vindkraft und Essent Belgium I für die beihilferechtliche Bewertung	429

2. Verhältnismäßigkeitsprüfung der Förderung erneuerbarer Energien: von Art. 34 AEUV zu Art. 107 Abs. 3 AEUV	431
a) Kontrollrücknahme im Warenverkehrsrecht Ålands und Essent	431
b) Grenzen durch Essent Belgium II?	435
c) Rechtfertigendes Sekundärrecht?	438
d) Globale Prüfung und keine einheitlichen Finanzierungslevel	442
C. Ausnahmen für die stromkostenintensive Industrie: von der Härtefallregelung zur Abgabenbefreiung	447
1. Ursprung in wirtschaftspolitischer Notwendigkeit	447
2. Belastungsbefreiung erfüllt den Beihilfetatbestand	448
a) Wirtschaftlicher Vorteil und Selektivität	450
b) Staatlichkeit der Befreiungen	451
3. Keine Anwendbarkeit von Art. 34 AEUV	455
4. Vereinbarkeit der Privilegierungen unter der Voraussetzung mittelbaren Umweltschutzes	457
a) De facto Effizienzregulierung?	459
b) Kommissionspraxis unter den Umweltschutz- und Energiebeihilfeleitlinien 2014-2020	460
5. Zwischenfazit zu Förderbeitragsbefreiungen	461
D. Zwischenfazit: Funktionssicherung der Beihilfenkontrolle durch „dogmatische Koevolution“	462
§ 11 Abschluss: Der institutionelle Rahmen für die Förderung erneuerbarer Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt	466
A. Institutionelle Stärkung der Kommission	467
1. Leitlinien der Kommission	467
2. Politisch induzierte Unwucht in der Erneuerbare-Energien-Gesetzgebung	471
B. Die neue Rolle des Beihilfenrechts	474
C. Das Beihilfenrecht im Binnenmarkt	476
§ 12 Zusammenfassung in Thesen	478
§ 13 Literaturverzeichnis	489

Verzeichnis der Abkürzungen

A.C.	Appeal Cases
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326/47
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung = Verordnung Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2014 L 187/1
Am. J. Agr. Econ.	American Journal of Agricultural Economics
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Antitrust Law J.	Antitrust Law Journal
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
B.C. Envtl. Aff. L. Rev.	Boston College environmental affairs law review
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal. Law Rev.	California Law Review
Clev. St. L. Rev.	Cleveland State Law Review

Verzeichnis der Abkürzungen

CMLRev	Common Market Law Review
cnpe	Conferences on New Political Economy
CO ₂	Kohlenstoffdioxid
Comp. Eur. Polit.	Comparative European Politics
Contemp. Readings L. & Soc. Just.	Contemporary Readings in Law and Social Justice
Cornell Law Rev.	Cornell Law Review
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DICE	Düsseldorf Institute for Competition Economics
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Ebda.	Ebenda
EC Tax Rev.	EC Tax Review
ECLI	European Case Law Identifier
ECLR	European Competition Law Review
EE	Erneuerbare Energien
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EELR	European Environmental Law Review
EE-Richtlinie	s. RL 2009/28/EG
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ENLR	European Networks Law and Regulation Quarterly
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity (bis 2009 UCTE)
Environ Resource Econ	Environmental and Resource Economics
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
ER	EnergieRecht
EStAL	European State Aid Law Quarterly
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

EuR	Europarecht
EuR-Bei	Europarecht Beiheft
EurCompJ	European Competition Journal
EurPL	European Public Law
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2012 C 326/13
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWERK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
Fordh. Int. Law J.	Fordham International Law Journal
Fraunhofer ISI	Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung
GA	Generalanwalt
GAin	Generalanwältin
GemAV	Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen für Windenergieanlagen an Land und Solaranlagen (Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen)
GLJ	German Law Journal
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2007 C 303/1
GYIL	German Yearbook for International Law
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HELJ	Harvard Environmental Law Journal
i.V.m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IEEE Commun. Surv. Tutorials	Institute of Electrical and Electronics Engineers Communications Surveys & Tutorials
Int. Comm. Law Rev.	International Community Law Review
IStR	Internationales Steuerrecht
J. Empirical Legal Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Legal Analysis	Journal of Legal Analysis

Verzeichnis der Abkürzungen

JEEPL	Journal for European Environmental & Planning Law
JZ	JuristenZeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench Division
kW	Kilowatt
kWh	Kilowattstunde
KWKG	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz
Leg. Iss. Econ. In.	Legal Issues of Economic Integration
lit.	litera
LQR	Law Quarterly Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.z.w.N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mitig. Adapt. Strat. Glob. Change	Mitigation and Adaptation Strategies for Global Change
MW	Megawatt
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖSG	Österreichisches Ökostromgesetz
Penn St. Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
PV	Photovoltaik
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
REE	Recht der Erneuerbaren Energien
REL P	Journal of Renewable Energy Law and Policy
RELPR	Renewable Energy Law and Policy Review
RES	Renewable Energy Sources

Verzeichnis der Abkürzungen

Rev. Eur. Admin. Law	Review of European Administrative Law
RL 2001/77/EG	Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 2001 L 283/33
RL 2003/54/EG	Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. 2003 L 176/37
RL 2009/28/EG	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, ABl. 2009 L 140/16
RL 96/92/EG	Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 L 27/20
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite/siehe
s.a.	siehe auch
Sing. J. Legal Stud.	Singapur Journal of Legal Studies
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SSRN Journal	Social Science Research Network Electronic Journal
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chic. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.a.	unter anderem
U.S.	United States Reports
UCTE	Union for the Coordination of the Transmission of Electricity
UEBLL	Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. 2014 C 200/1
UKHL	United Kingdom House of Lords
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UTR	Jahrbuch für Umwelt- und Technikrecht
VersW	Versorgungswirtschaft

Verzeichnis der Abkürzungen

VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVdStR	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WLR	The Weekly Law Reports
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
Z Energiewirtsch	Zeitschrift für Energiewirtschaft
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Im Übrigen wird verwiesen auf Kirchner (Hrsg.) Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 8. Aufl. De Gruyter 2015.

§ 1 Einleitung

A. Die Förderung erneuerbarer Energien als Priorität der europäischen Energiepolitik

Der Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien ist ein vorrangiges Ziel der Europäischen Union. Auf der Grundlage von Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV verfolgt die Union unter anderem das Ziel der „Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen.“ Aber bereits vor Aufnahme der Energiekompetenz in den AEUV mit dem Vertrag von Lissabon hat die Union auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenz mit der Richtlinie 2001/77/EG den Mitgliedstaaten zum ersten Mal Richtziele für erneuerbare Energien im Stromsektor vorgegeben. Die heute geltende Richtlinie 2009/28/EG machte diese Ziele zu verbindlichen Vorgaben (Art. 3 i.V.m. Anhang I).

Bis zum Jahr 2020 hat sich die Union das Ziel gesetzt, die Treibhausgasemissionen im Vergleich zu 1990 um 20 % zu senken, den Anteil erneuerbarer Energien am Bruttostromverbrauch auf 20 % zu steigern und die Energieeffizienz im Vergleich zum Basisjahr 1990 um 20 % zu verbessern.¹ Auch für die Jahre nach 2020 hat die Union ihre ehrgeizigen Ziele bekräftigt: In ihrem jüngsten Mitteilungspaket „Saubere Energie für alle Europäer“ kündigt die Kommission an, dass Europa eine „globale Führungsrolle“ im Bereich der erneuerbaren Energien einnehmen soll.² Im Jahr 2030 soll der Anteil erneuerbarer Energien am Endverbrauch³ in der

1 Europäische Kommission, Mitteilung v. 3.3.2010, COM(2010) 2020 final, S. 15 – Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth.

2 Europäische Kommission, Mitteilung v. 30.11.2016, COM(2016) 860 final, S. 8 ff. – Saubere Energie für alle Europäer.

3 Diese Kenngröße umfasst die drei Sektoren Elektrizität, Wärme und Kälte sowie Verkehr.

Union mindestens 27 % betragen.⁴ 2012 waren es bereits 13 %⁵ (29 % in der Elektrizitätsproduktion⁶), doch hat die Kommission auf Anraten des Rates und des Parlaments nunmehr neue, ehrgeizigere Vorschriften ausgearbeitet, weil das Ziel von 27 % andernfalls voraussichtlich nicht erreicht werden würde.⁷ Bereits heute werden 20 % des EU-Haushalts für Klimaschutzmaßnahmen bereitgestellt.⁸

B. Erneuerbare-Energien-Förderung zwischen unverfälschtem Wettbewerb und Klimaschutz als Zielvorgaben des primären Unionsrechts

Die Förderung erneuerbarer Energien steht im Spannungsfeld zwischen dem Unionsziel, einen unverfälschten Wettbewerb zu garantieren und das Klima effektiv zu schützen. Auf der einen Seite errichtet die Union nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 EUV einen Binnenmarkt. Nach dem Protokoll Nr. 27 zu den Verträgen erfasst dieser auch ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt (Grundsatz des unverfälschten Wettbewerbs). Art. 26 AEUV konkretisiert sodann die Forderung nach der Errichtung und dem Schutz eines Binnenmarkts (Abs. 1) und definiert ihn als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“ (Abs. 2). Die primärrechtlichen Ausformungen des Binnenmarktes sind die Grundfreiheiten; sie setzen ihn zusammen mit den Wettbewerbs- und Beihilferegeln in den Art. 101 ff. AEUV (s. Art. 3

4 Dieses gesamteuropäische Ziel wird in Zukunft nicht mehr über verbindliche nationale Ziele erreicht. Stattdessen soll die Governance-Verordnung die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten, die diese in integrierten Energie- und Klimaplänen festhalten, aufeinander abstimmen: Europäische Kommission, Mitteilung v. 30.11.2016, COM(2016) 860 final, S. 8 – Saubere Energie für alle Europäer.

5 Europäische Kommission, Mitteilung v. 22.1.2014, COM(2014) 15 final, S. 5 – Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020-2030.

6 Europäische Kommission, Mitteilung v. 30.11.2016, COM(2016) 860 final, S. 9 – Saubere Energie für alle Europäer.

7 Europäische Kommission, Mitteilung v. 23.2.2017, COM(2016) 767 final, S. 3 u. 11 – Vorschlag für eine Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung).

8 Europäische Kommission, Mitteilung v. 30.11.2016, COM(2016) 860 final, S. 4 – Maßnahmen zur Beschleunigung der Umstellung auf saubere Energie (Anhang 2 zu "Saubere Energie für alle Europäer").

Abs. 1 lit. b und Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV) um. Seit Art. 4 EGKS-Vertrag⁹ hat sich diese grundlegende Architektur nicht verändert.

Auf der anderen Seite verpflichtet Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV die Union auf ein hohes Maß an Umweltschutz und die Verbesserung der Umweltqualität. Nach der Querschnittsklausel¹⁰ in Art. 11 AEUV haben die Organe der Union die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einzubeziehen.¹¹ Art. 191 Abs. 1 Spstr. 4 AEUV hat mit dem Vertrag von Lissabon auch die Bekämpfung des Klimawandels als besonderes Ziel des Umweltschutzes aufgenommen.¹² Der durch die Union nach den Art. 191-193 AEUV voranzu-

9 „Als unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl werden innerhalb der Gemeinschaft gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags aufgehoben und untersagt:

a) Ein- und Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung sowie mengenmäßige Beschränkungen des Warenverkehrs;

b) Maßnahmen oder Praktiken, die eine Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Käufern oder Verbrauchern herbeiführen, insbesondere hinsichtlich der Preis- und Lieferbedingungen und der Beförderungstarife sowie Maßnahmen oder Praktiken, die den Käufer an der freien Wahl seines Lieferanten hindern;

c) von den Staaten bewilligte Subventionen oder Beihilfen oder von ihnen auferlegte Sonderlasten, in welcher Form dies auch immer geschieht;

d) einschränkende Praktiken, die auf eine Aufteilung oder Ausbeutung der Märkte abzielen.“

10 *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag 2014, S. 313 schlägt hingegen die Terminologie der „zielverpflichtenden Gemeinwohlklausel“ vor.

11 Was dies heißen soll und wie diese Klausel operationalisierbar gemacht werden kann, ist umstritten: Siehe dazu *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat 2001, S. 139 f. zur Auslegung grundgesetzlicher Verfassungsziele im Lichte des unionsrechtlichen Umweltschutzzieles; *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag 2014; *Breuer*, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele 2012; *Krämer*, Giving a voice to the environment by challenging the practice of integrating environmental requirements into other EU policies, in: Kingston (Hrsg.), *European perspectives on environmental law and governance* 2013, S. 83 ff.

12 Die Förderung einer emissionsarmen Energieproduktion ist ein spezielles Instrument neben zahlreichen anderen innerhalb der Union, z.B. dem Emissionshandel (dazu *Greb*, Der Emissionshandel ab 2013 2011) oder dem Energieeffizienzrecht (dazu *Jesse*, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung 2014; *Ludwigs*, Die Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, in:

treibende Umweltschutz hat zahlreiche Facetten,¹³ von denen der Klimaschutz und im Speziellen die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien Gegenstand dieser Arbeit ist.

Um dem grundsätzlichen Zielkonflikt zwischen Binnenmarktverwirklichung und effektivem Umweltschutz zu begegnen, sind zahlreiche Versuche unternommen worden, diese Unionsziele in eine abstrakte Ordnung zu bringen.¹⁴ In ihrer stärksten Formulierung fordern Befürworter einer uneingeschränkten Geltung des unionalen Wettbewerbsprinzips, von Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot dürfe nicht „im Dienste anderer Vertragsziele“ abgewichen werden.¹⁵ Generell formulierte und deshalb nachrangige Ziele ermächtigten „die Gemeinschaft [...] nicht zu Maßnahmen, die das vorrangige Ziel [der Marktintegration] nicht mehr fördern, sondern seine Verwirklichung stören oder geradezu vereiteln“.¹⁶ Umwelt-

Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft 2015*, Kap. 16; *Ludwigs*, Das deutsche und europäische Energieeffizienzrecht – Ein Rechtsgebiet im Werden?, in: Brinktrine/Ludwigs/Seidel (Hrsg.), *Energieumweltrecht in Zeiten von Europäisierung und Energiewende 2014*, S. 175 ff.).

- 13 Zur Bandbreite europarechtlicher Umweltschutzmaßnahmen siehe nur *Meßerschmidt*, *Europäisches Umweltrecht 2011*, § 1 Rn. 22 ff.; *Epiney*, *Umweltrecht der Europäischen Union 2013*, S. 257 ff.; Zur Entwicklung des Querschnittszieles aus Art. 11 AEUV *Andrée*, *Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag 2014*, S. 29 ff.
- 14 *Basedow*, *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling 1995*, S. 49 ff.; *Arnauld*, *EuR 2003*, 191 ff.; *Birk*, *Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht 2000*; *Calliess*, *Kollektive Ziele und Prinzipien im Verfassungsrecht der EU - Bestandsaufnahme, Wirkungen und Perspektiven*, in: Hiebaum/Koller (Hrsg.), *Politische Ziele und juristische Argumentation 2003*, S. 85 ff.; *Basedow*, *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling 1995*, S. 49 ff.; *Hoffmann-Becking*, *Normaufbau und Methode 1973*; *Ludwigs*, *Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag 2004*, S. 182 f.: „prima-facie Vorrang“, der jedoch im Einzelfall anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu überprüfen sei. Wenn auch beschreibend und nicht als Forderung formuliert bei *Müller*, *Neujustierung des europäischen Umweltenergierechts im Bereich Erneuerbarer Energien? – Zur Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen*, in: Cremer/Pielow (Hrsg.), *Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht 2009*, S. 142, 170: „dass der Binnenmarkt im Zuge der Abwägung vollständig hinter den Umweltschutz zurücktreten kann.“
- 15 *Basedow*, *Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft*, in: Due (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling 1995*, S. 49, 68.
- 16 Ebd.

schutzmaßnahmen dürften danach überhaupt nicht zu Rückschritten bei der Marktintegration führen.¹⁷ Auch die Verschiebung von Art. 3 Abs. 1 lit. g EG (Nizza), der die Herstellung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs forderte, in das Protokoll Nr. 27 zum AEUV kann aus Sicht der „Marktbefürworter“ die historische Legitimation des Binnenmarktzieles kaum schwächen.¹⁸ Vereinzelt Stimmen befürchteten zwar, die Wettbewerbsregeln büßten ihre primärrechtliche Bedeutung ein.¹⁹ Doch hat der EuGH „dem Verstecken“²⁰ des Wettbewerbsziels bisher keine Bedeutung beigemessen.²¹

17 Ebd.

18 Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEU, Art. 3 EUV, Rn. 26; Maher, Competition Policy, in: Jones/Menon/Weatherill (Hrsg.), The Oxford Handbook of the European Union 2012, S. 441, 444: „These political tinkering with the Treaties can be contrasted with the absence of any change in the provisions governing private market behavior since 1958.“

19 Riley, The EU Reform Treaty & the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law. CEPS Policy Brief No. 142, 2007; Egan, Single Market, in: Jones/Menon/Weatherill (Hrsg.), The Oxford Handbook of the European Union 2012, S. 406, 407: „the single market has become somewhat neglected in recent years as attention has been given to other new areas of cooperation and integration“; Mestmäcker, Rom oder Maastricht, in: Mestmäcker (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft 1993, S. 618, 624; Basedow, EuZW 2008, 225 ff.; Müller-Graff, EuR 1997, 433, 440 ff.; Reich, EuZW 1991, 203; Petersmann, EuZW 1993, 593, 594; Möschel, EG-Industriepolitik nach Maastricht, in: Bruchhausen/Hefermehl/Hommelhoff/Messer (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag 1992, S. 707, 710, der vor der Unterwanderung wettbewerblicher Grundsätze warnt.

20 Barents, Constitutional Horse Trading: Some Comments on the Protocol on the Internal Market and Competition, in: Slot/Bulterman (Hrsg.), Views of European law from the mountain 2009, S. 123, 125: „The requirement of undistorted competition has to be 'hidden' from the uninformed reader.“ (Herv. i. Org.).

21 EuGH, Urteil v. 17.11.2011, C-496/09, ECLI:EU:C:2011:740, Rn. 60 – Kommission/Italien; EuGH, Urteil v. 17.2.2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 20 – TeliaSonera Sverige. Folglich bewerten die meisten Stimmen die Auslagerung des unverfälschten Wettbewerbs als bloß symbolischen oder kosmetischen Akt: Kingston, Greening EU Competition Law and Policy 2012, S. 101 Maher, Competition Policy, in: Jones/Menon/Weatherill (Hrsg.), The Oxford Handbook of the European Union 2012, S. 441, 443; Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEU, Art. 3 EUV, Rn. 26. So auch der damalige Generaldirektor des juristischen Dienstes, Michel Petite, dessen Stellungnahme aus der Financial Times vom 27.6.2007 bei Riley, The EU Reform Treaty & the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law. CEPS Policy Brief No. 142, 2007, S. 2 abgedruckt ist; Barents, Constitutional Horse Trading: Some Comments on the Protocol on the Internal Market and

Auf der anderen Seite haben Befürworter eines stärkeren Umweltschutzes bereits seit der Aufnahme der Querschnittsklausel (Art. 130r Abs. 2 Satz 2 EWG-Vertrag)²² und eines eigenen Umwelttitels²³ ins Primärrecht der damaligen Gemeinschaften durch die Einheitliche Europäische Akte 1987²⁴ eine stärkere und systematische Berücksichtigung umweltschützender Aspekte gefordert.²⁵ Sie fordern zum Teil einen grundsätzlichen²⁶ oder wenigstens doch „vorläufigen uneingeschränkten Vorrang“ oder eine „relative Priorität“ des Umweltziels.²⁷ *Calliess* betont beispielsweise den Verpflichtungsgehalt und die Justiziabilität der Querschnittsklausel: So sollen „zu berücksichtigende“ Umweltbelange nicht „weggewogen“ werden dürfen“, sondern den Maßnahmeninhalt „erkennbar mitgeprägt“ haben.²⁸ Dagegen wollen *Epiney* und *Möllers* – wie *Birk* im Übrigen für das

Competition, in: Slot/Bulterman (Hrsg.), *Views of European law from the mountain 2009*, S. 123, 125; *Kotzur*, Die Soziale Marktwirtschaft nach dem Reformvertrag, in: Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon 2008*, S. 197, 198; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen 2008, S. 322.

22 Art. 130r Abs. 2 S. 3 EGV (Maastricht) und Art. 6 EGV (Amsterdam).

23 Art. 103r-t EGV (Maastricht); später Art. 174-176 EG (Amsterdam); heute Art. 191-193 AEUV.

24 Dazu *Green Cowles*, *The Single European Act*, in: Jones/Menon/Weatherill (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the European Union 2012*, S. 107.

25 *Kahl*, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht 1993*, S. 173; *Allwardt*, *Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006*, S. 280, der den Umweltschutz als Wettbewerbsparameter sieht und ihm in Einzelfällen den Vorrang vor der Vereinheitlichung des Binnenmarktes einräumt (S. 323), jedenfalls aber eine Prioritätenverschiebung in Richtung Gemeinwohl erkennen will (S. 248); *Epiney/Möllers*, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz 1992*, S. 124; *Scheuing*, *EuR 1989*, 152, 177; *Weigt*, *Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in der Europäischen Union*, S. 130. Eine ökonomische Erklärung für den Aufstieg des Umweltschutzes liefert *Weizsäcker*, *Swiss Journal of Economics and Statistics 1982*, 325, 341.

26 *Scheuing*, *EuR 1989*, 152, 177.

27 *Weigt*, *Die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in der Europäischen Union*, S. 130 hinsichtlich der Förderung erneuerbarer Energien; *Epiney/Möllers*, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz 1992*, S. 124: Der Grundsatz des bestmöglichen Umweltschutzes müsse „eine besondere Rolle“ spielen; im Zweifel sei dem Umweltschutz ein höherer Stellenwert zuzumessen als dem freien Warenverkehr.

28 *Calliess*, *Sinn, Inhalt und Reichweite einer europäischen Kompetenz zur Energiepolitik*, in: Cremer/Pielow (Hrsg.), *Probleme und Perspektiven im Energieumwelt-*

Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs – wenigstens eine Argumentationslastregel²⁹ zugunsten des Umweltpinzips aufstellen.³⁰

Die zunehmende Integration, in deren Folge die Union längst auf mehr als ausschließlich wirtschaftliche Zusammenarbeit abzielt, hat die Funktion von Zielbestimmungen in den europäischen Verträgen jedoch abgeschwächt.³¹ Bereits eine in jedem Einzelfall gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt Zweifel an einer abstrakten Vorrangstellung einzelner Ziele aufkommen.³² Dass Binnenmarkt- und Umweltschutzziel durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in möglichst schonenden

recht 2009, S. 20, 49 f. Kürzlich erneuert von *Kingston*, *Greening EU Competition Law and Policy* 2012, S. 102 ff. Eine einseitige Ausgestaltung erkennbar zu Lasten des Umweltschutzes soll sogar wegen „Verstoßes“ gegen die Querschnittsklausel zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führen: *Calliess*, Sinn, Inhalt und Reichweite einer europäischen Kompetenz zur Energiepolitik, in: *Cremer/Pielow* (Hrsg.), *Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht* 2009, S. 20, 49 f. Etwas vorsichtiger *Schröder*, *Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes*, in: *Rengeling* (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht* 2003, § 9 Rn. 27, der eine einseitige Ausgestaltung oder völlige Ausblendung auch als nicht vertretbares Abwägungsergebnis nennt, allerdings außer dem Bezug auf den Grundsatz praktischer Konkordanz keine Kriterien zur Abwägung nennt. Diese Auffassung fand zumindest in dem erstinstanzlichen Urteil EuG, Urteil v. 10.4.2008, T-233/04, ECLI:EU:T:2008:102, Rn. 99 – *Niederlande/Kommission (NO_x-Emissionshandel)* Wiederhall, bevor es allerdings aus anderen Gründen aufgehoben wurde (EuGH, Urteil v. 8.9.2011, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551 – *Kommission/Niederlande (NO_x)*).

29 *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation* 2012, S. 242 ff. u. 335 ff.

30 *Epiney/Möllers*, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz* 1992, S. 124.

31 *Bogdandy*, *ELJ* 2010, 95, 99; *Larik*, *ICLQ* 2014, 935, 946 ff. *Nettesheim* ist zuzustimmen, wenn er beobachtet, dass es „zu den kennzeichnenden Eigenarten des EU-Rechts [gehört], dass die programmatische Beredsamkeit der Verträge und ihre normative Bedeutung weit auseinander fallen.“, *Nettesheim*, *Kompetenzen*, in: *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* 2009, S. 389, 422. Dies schließt *Nettesheim* zufolge jedoch nicht aus, „dass sich im Kreis rechtswissenschaftlicher Interpreten mancher bereit findet, schöne Formulierungen in angeblich hartes Recht umzuschreiben.“ *Nettesheim* stellt sogar in Bezug auf Kompetenznormen fest, dass „Bemühungen um eine stärkere Konturierung der inhaltsausrichtenden Gehalte einer Kompetenznorm [nicht mehr] zeitgemäß“ sind: *Nettesheim*, *Kompetenzen*, in: *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht* 2009, S. 389, 422.

32 *Epiney/Möllers*, *Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz* 1992, S. 124; *Birk*, *Das Prinzip des unverfälschten Wettbewerbs und seine Bedeutung im europäischen Gemeinschaftsrecht* 2000, S. 60; *Müller*, *Wettbewerb und Unionsverfassung* 2013, S. 171; *Frenz*, *EuR-Bei* 2009, 232, 246 f.; *Andrée*, *Zielverpflich-*

Ausgleich zu bringen sind, eint zudem nahezu alle Diskutanten.³³ Auch der EuGH hat bereits in seiner frühen Rechtsprechung die Unionsorgane verpflichtet, verschiedene Ziele auszugleichen, anstatt sie isoliert zu verfolgen.³⁴

Hier soll deshalb untersucht werden, welche Gewichtung der beiden Ziele die Verträge in konkreten, die genannten Ziele ausgestaltenden Folgenormen erlauben.³⁵ Eine gründliche Analyse der in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen in den maßgeblichen Bereichen des europäischen Primärrechts soll ein solides Fundament für den rechtssicheren weiteren Ausbau erneuerbarer Energien bilden.

-
- tende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag 2014, S. 159, die auch einen relativen Vorrang der Querschnittsziele in der Abwägung ablehnt; deutlich auch *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 431.
- 33 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Terhechte*, Recht der EU, 53. EL. Mai 2014, Art. 3 EUV, Rn. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht 2004, § 4 Rn. 135; *Ludwigs*, ZG 2010, 226, 224; *Reimer*, EuR 2003, 992, 1005, der von „Koordination“ und „Relativierung“ konfligierender Ziele mittels praktischer Konkordanz spricht; *Calliess*, Sinn, Inhalt und Reichweite einer europäischen Kompetenz zur Energiepolitik, in: Cremer/Pielow (Hrsg.), Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht 2009, S. 20, 49 f.; *Ehricke*, Europäische Regulierung der Energieinfrastruktur im Kontext von Liberalisierung und Klimaschutz am Beispiel des Vorschlags für eine Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht 2009, S. 97, 114; *Calliess*, Kollektive Ziele und Prinzipien im Verfassungsrecht der EU - Bestandsaufnahme, Wirkungen und Perspektiven, in: Hiebaum/Köller (Hrsg.), Politische Ziele und juristische Argumentation 2003, S. 85, 93; *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union 2013, Kap. 5 Rn. 33; *Allwardt*, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 254; *Ruffert*, Vorgaben des Europarechts und nationale Gestaltungsspielräume, in: Marburger (Hrsg.), Energieversorgung und Umweltschutz 2010, S. 13, 16; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht 2011, S. 3: „Zielausgleich i. S. praktischer Konkordanz“; *Andrée*, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag 2014, S. 164: „praktische Konkordanz anzustreben“.
- 34 EuGH, Urteil v. 6.12.1984, 59/83, 4058, ECLI:EU:C:1984:380, Rn. 16 – *Biovilac/EWG*.
- 35 So auch *Schröder*, Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht 2003, § 9 Rn. 14.

C. Zielsetzung und weiteres Vorgehen

Die primärrechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung der Fördersysteme für erneuerbare Energien sind das Warenverkehrsrecht und das Beihilfenrecht. Auf ihrem Zusammenspiel, ihrer dogmatischen Verzahnung, liegt deshalb der Schwerpunkt dieser Arbeit. Sie versteht sich als konkreter, an der Rechtsprechung des EuGH orientierter Versuch der Zielkonfliktauflösung zwischen effektivem Klimaschutz und unverfälschtem Wettbewerb am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien in Europa, der zugleich einen Beitrag zur Abgrenzung des Rechts des freien Warenverkehrs und dem Beihilfenrecht leistet.

Den Grundstein für die Rechtsprechungsanalysen im Hauptteil legen zunächst methodische Vorbemerkungen zur Rechtsprechungstätigkeit des EuGH und dem zur Zielkonfliktauflösung zentralen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 2). Um den Zielkonflikt zwischen Wettbewerb und Umweltschutz bereits auf theoretischer Ebene zu entschärfen, kann die ökonomische Theorie des Marktversagens Gründe für staatliche Marktinterventionen im Interesse des Umwelt- und Klimaschutzes liefern (§ 3).

Auch wenn das System aus Warenverkehrs- und Beihilfenrecht den freien Handel und unverfälschten Wettbewerb innerhalb der Union umfassend sicherstellen soll, ist die Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheiten untereinander und in ihrer Kombination mit dem Beihilfenrecht bisher noch nicht ausführlich untersucht. Diese konzeptionelle Lücke schließt diese Arbeit. Der Hauptteil der Arbeit beginnt deshalb damit, auf der Grundlage der Schutzrichtungen des Warenverkehrs- und Beihilfenrechts die tatbestandliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten auszuleuchten, insbesondere die im Vertrag angelegte Dichotomie zwischen fiskalischen und mengenmäßigen Handelsbeeinträchtigungen. Die Folgerungen der Abgrenzung zwischen fiskalischen und mengenmäßigen Behinderungen unterstreichen die nächsten beiden Schritte, nämlich der Blick auf die prozessualen Folgen und institutionellen Kompetenzverschiebungen, die die Alternativität von fiskalischen und mengenmäßigen Beschränkungen mit sich bringt (§ 6). Ergebnisse auf der Rechtsfolgenseite werden die Bedeutung der Abgrenzung fiskalischer und mengenmäßiger Handelsbeeinträchtigungen unterstreichen (§ 7).

Das Beihilfenrecht wird sich sodann an unterschiedlichen Stellen mit Art. 34 AEUV auf der einen und Art. 30 und 110 AEUV auf der anderen Seite überschneiden: Während der Beihilfegriff mit den fiskalischen Beeinträchtigungen über das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit ver-

§ 1 Einleitung

schränkt ist (§ 8), bildet die Selektivität das Scharnier zu mengenmäßigen Herkunftsbeschränkungen (§ 9). Diese Analysen der tatbestandlichen Verschänkungen ermöglichen es, ein übergreifendes Bild davon zu entwickeln, wie Fördersysteme für erneuerbare Energien die Dogmatik des Beihilfen- und Warenverkehrsrechts an deren jeweilige Grenzen gebracht und weiterentwickelt haben, um darauf aufbauend rechtliche Maßstäbe für die zukünftige Bewertung von Fördersystemen für erneuerbare Energien zu entwickeln (§ 10). Eine Betrachtung der institutionellen und kompetenzrechtlichen Folgen der bis dahin gewonnenen Ergebnisse schließt die Arbeit ab (§ 11).

§ 2 Methodische Vorüberlegungen

A. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und konkretisierende Auslegung als maßgebliche Instrumente zur Zielkonfliktauflösung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die maßgebliche Handlungsnorm zur Bewältigung von Zielkonflikten.³⁶ Er unterwirft Abwägungsvorgänge bestimmten Begründungsschritten und stellt damit Verfahrensrationalität sicher. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz³⁷ bindet er umfassend³⁸ und verpflichtet als Kompetenzausübungsschranke nicht nur Unionsorgane³⁹ auf das zur Erreichung der Vertragsziele erforderliche Maß.⁴⁰ Auch handels- oder wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind am

36 Hofmann, Abwägung im Recht 2007, S. 506.

37 EuGH, Urteil v. 15.5.1986, 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, Rn. 38 – Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary; EuGH, Urteil v. 15.4.1997, C-27/95, ECLI:EU:C:1997:188, Rn. 21 f. – Woodspring District Council/Bakers of Nailsea.

38 Er inkorporiert auch Gedanken der reasonableness oder einer rule of reason: *Tesauro*, Reasonableness in the European Court of Justice Case-Law, in: Rosas (Hrsg.), *The Court of Justice and the construction of Europe 2013*, S. 307, 317.

39 Lediglich *Craig*, *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform 2010*, S. 184 ff. will den Anwendungsbereich des Protokolls Nr. 2 auf Verwaltungshandeln der Union beschränken. Im Übrigen besteht Einigkeit in der Literatur, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Unionsorgane und mitgliedstaatliches Handeln gleichermaßen steuert: *Trstenjak/Beysen*, *EuR* 2012, 265, 267; *Koch*, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003*, S. 196 ff.

40 Erstmals implizit EuGH, Urteil v. 17.12.1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 25 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH, Urteil v. 24.10.1973, 5/73, ECLI:EU:C:1973:109, Rn. 19 ff. – Balkan Import Export GmbH/Hauptzollamt Berlin Packhof; EuGH, Urteil v. 27.11.1997, C-369/95, ECLI:EU:C:1997:562, Rn. 49 – Somalfruit und Camar; EuGH, Urteil v. 9.11.1995, C-426/93, ECLI:EU:C:1995:367, Rn. 42 – Deutschland/Rat; EuGH, Urteil v. 26.5.2011, C-165 bis 167/09, ECLI:EU:C:2011:348, Rn. 89 – Stichting Natuur en Milieu u.a.; EuGH, Urteil v. 12.5.2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 61 – Luxemburg/Parlament und Rat; EuGH, Urteil v. 22.12.2010, C-77/09, ECLI:EU:C:2010:803, Rn. 81 – Gowan Comércio Internacional e Serviços; EuGH, Urteil v. 6.12.2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741, Rn. 68 – AB-NA u.a.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.⁴¹ Zuletzt unterliegen ihm die Gerichte selbst zumindest in der Theorie, auch wenn diese Dimension der Bindung bisher weder Relevanz hatte noch in Zukunft Bedeutung gewinnen dürfte.⁴²

1. Dreistufige materielle Prüfung

Im Gegensatz zum deutschen Recht beschränkt sich der EuGH bei der Überprüfung von Unionsmaßnahmen auf eine zweistufige Prüfung, die er in ständiger Rechtsprechung in die Formel gießt, eine Maßnahme (des Unionsrechts) müsse zur Erreichung der mit der betreffenden Regelung verfolgten Ziele geeignet sein und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.⁴³ Dieses Vorgehen steht im Einklang mit Art. 5 Abs. 4 EUV. Oft bezieht der EuGH jedoch auch ausdrücklich die Zweck-Mittel-Relation (Angemessenheit) in seine Prüfung ein und verfolgt dann

41 EuGH, Urteil v. 27.11.1997, C-369/95, ECLI:EU:C:1997:562, Rn. 49 – Somalfruit und Camar; EuGH, Urteil v. 22.10.2014, C-344/13, ECLI:EU:C:2014:2311, Rn. 39 – Blanco und Fabretti: Im Zusammenhang mit einer Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit: „Somit ist eine nationale Regelung nur dann geeignet, die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“ Die gleiche Formel verwendet der Gerichtshof für Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit: EuGH, Urteil v. 30.4.2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, Rn. 43 – Pfleger u.a.; EuGH, Urteil v. 9.9.2010, C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, Rn. 35 – Engelmann.

42 *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265, 267 f.; *Koch*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003, S. 197.

43 EuGH, Urteil v. 8.6.2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 51 – Vodafone u.a.; EuGH, Urteil v. 26.5.2011, C-165 bis 167/09, ECLI:EU:C:2011:348, Rn. 89 – Stichting Natuur en Milieu u.a.; EuGH, Urteil v. 12.5.2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 61 – Luxemburg/Parlament und Rat; EuGH, Urteil v. 6.12.2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, ECLI:EU:C:2005:741, Rn. 68 – ABNA u.a.; EuGH, Urteil v. 22.12.2010, C-77/09, ECLI:EU:C:2010:803, Rn. 81 – Gowan Comércio Internacional e Serviços. Diese Formel gilt auch für Maßnahmen der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik: EuG, Urteil v. 12.3.2014, T-202/12, ECLI:EU:T:2014:113, Rn. 114 – Al Assad/Rat.

eine dreistufige Prüfung.⁴⁴ Die Formel für die Überprüfung mitgliedstaatlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten hat wiederum einen eigenen Klang: Eine nationale Regelung soll „nur dann geeignet sein, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.⁴⁵ Auch in dieser qualifizierten Formel der Geeignetheit sind Elemente einer Angemessenheitsprüfung zu entdecken.⁴⁶

Gegenüber unionalen gesetzgeberischen Maßnahmen nimmt der EuGH hingegen die Kontrolldichte regelmäßig zurück und erklärt nur solche Maßnahmen für unionsrechtswidrig, die offensichtlich ungeeignet sind, das vorgegebene Ziel zu erreichen.⁴⁷ Grundsätzlich überlässt der EuGH dem Gesetzgeber die Letztentscheidungsbefugnis, komplexe Sachverhalte zu bewerten und politische Kompromisse auszuhandeln.⁴⁸

44 EuGH, Urteil v. 11.7.1989, 265/87, ECLI:EU:C:1989:303, Rn. 21 – Schröder/Hauptzollamt Gronau; EuGH, Urteil v. 20.5.2010, C-365/08, ECLI:EU:C:2010:283, Rn. 29 – Agrana Zucker; EuGH, Urteil v. 21.7.2011, C-150/10, ECLI:EU:C:2011:507, Rn. 75 – Beneo-Orafti; EuGH, Urteil v. 21.7.2011, C-15/10, ECLI:EU:C:2011:504, Rn. 124 – Etimine; EuGH, Urteil v. 8.7.2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:419, Rn. 45 – Afton Chemical; EuGH, Urteil v. 8.6.2010, C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 53 – Vodafone u.a.; EuGH, Urteil v. 12.5.2011, C-176/09, ECLI:EU:C:2011:290, Rn. 63 – Luxemburg/Parlament und Rat; Auch die Generalanwältinnen Trstenjak und Kokott sprechen sich für einen dreistufigen Aufbau aus: GAin Kokott, Schlussanträge v. 6.5.2010, C-343/09, ECLI:EU:C:2010:258, Rn. 55 ff. – Afton Chemical; GA Trstenjak, Schlussanträge v. 21.1.2010, C-365/08, ECLI:EU:C:2010:283, Rn. 59 ff. – Agrana Zucker; Trstenjak/Beysen, ELR 2013, 293, 271 f.; Trstenjak/Beysen, EuR 2012, 265, 270.

45 EuGH, Urteil v. 30.4.2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, Rn. 43 – Pflieger u.a.; EuGH, Urteil v. 8.9.2009, C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519, Rn. 59 ff. – Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International.

46 So zumindest implizit EuGH, Urteil v. 30.4.2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, Rn. 54 – Pflieger u.a. Davon gehen wohl auch *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265, 271 aus.

47 *Koch*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003, S. 382 ff., 527, 531. Eine Ausnahme bildet die Prüfung von Buß- und Zwangsgeldern (S. 529).

48 A.a.O., S. 382 f.

2. „Verhältnismäßige Auslegung“ unbestimmter Rechtsbegriffe?

Vereinzelte spricht die Literatur dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch die Funktion eines Auslegungsgrundsatzes zu.⁴⁹ In den Rechtssachen *Stauder*,⁵⁰ *Corman*⁵¹ und *Schulte und Reinert*⁵² forderte der EuGH z.B. ausdrücklich, die am geringsten belastende Auslegung einer Norm zu bevorzugen, die noch zur Zielerreichung geeignet ist.⁵³ Eine „verhältnismäßige Auslegung“ lässt sich auch in anderen Urteilen vereinzelt beobachten.⁵⁴ Durch diese Praxis scheinen sich die Auslegung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewissermaßen ineinander aufzulösen. Klarheit bereitet ein Blick auf die unterschiedlichen Ansatzpunkte der beiden Maßstäbe: Während Auslegungsmethoden vor allem entscheidungsrelevante Tatsachen formalisieren und in anerkannte Argumentformen gießen, leistet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch noch eine Ergebniskontrolle. Diese „Konkretisierungsfunktion“ erfüllt er bei unbestimmten Rechtsbegriffen,⁵⁵ denen auch nach der Anwendung bekannter Methoden kein eindeu-

49 *Koch*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003, S. 512 ff.; *Búrca*, YEL 1993, 105, 154; *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung 2000, S. 269.

50 EuGH, Urteil v. 12.11.1969, 29/69, 419, ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 4 – *Stauder*/Stadt Ulm.

51 EuGH, Urteil v. 8.10.1986, 143/85, ECLI:EU:C:1986:374, Rn. 14 – *Corman*/OBEA.

52 EuGH, Urteil v. 2.10.1991, C-113/90, ECLI:EU:C:1991:365, Rn. 15 – *Schulte und Reinert*/OBEA u.a.

53 EuGH, Urteil v. 12.11.1969, 29/69, 419, ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 4 – *Stauder*/Stadt Ulm: „In einem Fall wie dem vorliegenden ist der am wenigsten belastenden Auslegung der Vorzug zu geben, wenn sie genügt, um die Ziele zu erreichen, denen die umstrittene Entscheidung dienen soll.“ Es ging darum, ob Art. 4 der Entscheidung Nr. 69/71/EWG der Kommission die Abgabe verbilligter Butter an eine Offenbarung des Namens oder eines anderen (weniger belastenden) Individualisierungsmerkmals knüpfte.

54 EuGH, Urteil v. 8.10.1986, 143/85, ECLI:EU:C:1986:374, Rn. 14 – *Corman*/OBEA.

55 *Koch*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003, S. 513: „Konkretisierung ‚offener‘ Rechtsvorschriften“. A.A. *Kutscher*, Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: *Kutscher* (Hrsg.), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen 1985, S. 89, 94. Eine ganz ähnliche Beobachtung bei *Steffens*, *VerwArch* 105 (2014), 313 für die Auslegung des Begriffs der Systemrelevanz.

tiges Anwendungsergebnis entnommen werden kann. Selbst wenn man annähme, er fungierte also als eine Meta-Regel der Auslegung (wie *de Búrca* und *Koch* es zu vertreten scheinen), scheint diese Art der Auslegung jedoch vor allem Subordinationsverhältnisse zu betreffen.⁵⁶ Ein Blick auf die angeführten Urteile bestätigt dies, denn sie entstammten alleamt dem Staat-Bürger-Verhältnis und versuchten, eine möglichst geringe Belastung der Regelungsadressaten sicherzustellen.⁵⁷ Nun eine „verhältnismäßigkeitskonforme Auslegung“ aus der Taufe zu heben, mag zwar auf den notwendigen Zusammenhang einer Ergebniskontrolle und der stets vorangegangenen Auslotung der Interpretationsmöglichkeiten einer Norm hinweisen. Neue Handlungsanweisungen ergeben sich daraus allerdings nicht.⁵⁸

3. Rolle der Interessenabwägung

Die Abwägung widerstreitender Interessen bestimmt die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, wird aber darüber hinaus immer dann bemüht, wenn auf dem Weg zur Entscheidungsfindung keine allgemein anerkannten Vorgehensweisen mehr bereit stehen: Abwägung soll nicht nur bei der Auflösung von Widersprüchen verschiedener Auslegungsmethoden helfen,⁵⁹ sondern ist auch entscheidendes Instrument bei der Anwendung

56 Bereits die Ausdehnung dieser Aussage auf das Verhältnis Union-Mitgliedstaat bereitet Schwierigkeiten, da es keine allgemeingültige Vorrangregel für den Normanwendungskonflikt gibt. Vielmehr gilt neben dem Anwendungsvorrang das Subsidiaritätsprinzip, womit das Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten auf dem Prinzip gegenseitiger Unterstützung und Treue beruht (Art. 4 Abs. 3 EUV).

57 Dies gilt für die in Fn. 50, 51 und 52 genannten Urteile, aber auch für das von *Koch*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften 2003, S. 513 angeführte EuGH, Urteil v. 13.1.2000, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8, Rn. 27 f. – *Esteé Lauder*.

58 Die Verschmelzung von Auslegung und Kontrolle des Auslegungsergebnisses auf seine Verhältnismäßigkeit hin beruht wohl auf einer ausnahmsweise engen textlichen Verknüpfung in den Urteilen EuGH, Urteil v. 12.11.1969, 29/69, 419, ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 4 – *Stauder/Stadt Ulm*; EuGH, Urteil v. 8.10.1986, 143/85, ECLI:EU:C:1986:374, Rn. 14 – *Corman/OBEA*; EuGH, Urteil v. 2.10.1991, C-113/90, ECLI:EU:C:1991:365, Rn. 15 – *Schulte und Reinert/OBEA* u.a.

59 *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften 1997, S. 387 f.

der teleologischen Methode und des *effet utile*.⁶⁰ Dies deckt sich mit der Forderung, Klimaschutz und Wettbewerb müssten in praktische Konkordanz gebracht oder „vollintegrativ“ und „gesamt“ miteinander abgewogen werden. Von besonderer Relevanz kann die Interessen- und Güterabwägung für die Abschätzung negativer Folgen und die Notwendigkeit einer Maßnahme für die mit ihr verfolgten Ziele sein. Ein vorschnelles Bekenntnis zur Güterabwägung verkürzt jedoch den Begründungsweg, indem es relevante Informationen abschneidet – die Auswahl und Ordnung von verfügbaren Argumenten drohen von einem einzigen wertungsmäßigen Zuordnungsvorgang verschattet zu werden.⁶¹ Im deutschen Recht wird diese Gefahr mit zunehmenden Finalnormen, insbesondere im Wirtschaftsverwaltungs- und Regulierungsrecht⁶² verstärkt werden⁶³ – dem europäischen Recht ist sie aufgrund seiner Unbestimmtheit und Teleologie inhärent. Im späteren Verlauf wird sich zeigen, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip innerhalb der Beihilfenprüfung präzise ausgeformt und ökonomisch informiert ist (s.u. § 7 A. 3.) und mittlerweile eher einer ökonomischen Gesamtabwägung gleicht.

B. Die Auslegungsmethoden des EuGH

Der EuGH bedient sich zur Auslegung des Unionsrechts den auch im deutschen Recht bekannten Methoden der grammatischen, teleologischen und systematischen Auslegung.⁶⁴ Der historischen Auslegung unter Einbeziehung des gesetzgeberischen Willens kommt nur bei der Interpretation von Sekundär- und Tertiärrecht Bedeutung zu; für die Auslegung des Pri-

60 *Tomasic*, *Effet utile* 2013, S. 126 f.

61 *Proelß*, *JZ* 2011, 495, 497.

62 *Schober*, *Der Zweck im Verwaltungsrecht* 2007, S. 236 ff., die Leitvorschriften aufgrund ihrer geringen „Zweckdeutlichkeit“ nur für eingeschränkt steuerungsfähig hält und die Hauptfunktion von Leitvorschriften in ihrer Symbolwirkung sieht (S. 240).

63 *Habermas*, *Faktizität und Geltung* 1998, S. 519 ff.

64 Näher *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* 1997; *Dederichs*, *Die Methodik des EuGH* 2004; *Buck*, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft* 1998.

märrechts ist sie nachrangig.⁶⁵ Eine verbindliche Reihenfolge zwischen den einzelnen Methoden besteht nicht.⁶⁶

Auch wenn im deutschen Schrifttum der heuristische Wert der teleologischen Auslegung wegen des ihr inhärenten Zirkelschlusses bezweifelt – teilweise sogar der teleologischen Auslegung der Methodencharakter als solcher abgesprochen wird –⁶⁷ ist wegen der besonderen Natur des europäischen Primärrechts eine nähere Betrachtung dieses Grundsatzes geboten.⁶⁸ Für diese Arbeit ist die Verortung und Charakterisierung der teleologischen Auslegung notwendig, weil bereits der Wortlaut der Warenverkehrsfreiheit und des Beihilfenrechtsverbots jeweils teleologische Elemente enthält („Maßnahmen gleicher Wirkung“, „Beihilfen gleich welcher Art“), die die Rechtsprechung regelmäßig bemüht.

1. Einordnung des *effet utile* in die teleologische Interpretation

Aus den völkerrechtlichen Wurzeln des Primärrechts ergibt sich, dass im Grundsatz derjenigen Auslegung, die dem jeweiligen Vertrag zu möglichst voller Wirksamkeit verhilft, der Vorrang zu geben ist.⁶⁹ Auf diesem Hintergrund ist auch nachvollziehbar, warum manche Autoren den Grundsatz des *effet utile* als eigenständige Auslegungsmethode qualifizieren.⁷⁰ Die Abgrenzung zur teleologischen Auslegung ist graduell.⁷¹ Dass der *effet utile* „als eine gesteigerte, potenzierte Form der Teleologie“ auch die Nor-

65 Siehe dazu die Nachweise bei *Leisner*, EuR 2007, 689 ff., der diese Ansicht zugleich kritisiert.

66 Dies gilt übergreifend für das deutsche und europäische Recht: *Arnold*, *The European Union and its Court of Justice* 2006, S. 616 f.; *Vogel*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* 2001, Bd. 1 S. 400 u. Bd. 2 S. 1283.

67 *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik I* 2013, S. 364: Sinn und Zweck seien keine Methode, sondern Ergebnis. Weiter: „Das Unterstellen einer Ratio, die unter keinem anderen Konkretisierungsgesichtspunkt nachweisbar ist, disqualifiziert sich als normgelöste subjektive ‚Wertung‘ oder ‚Abwägung‘.“ (Herv. i. Orig.).

68 A.a.O., S. 363.

69 *Krieger*, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht* 2000, S. 33; *Krüger*, *Das Prinzip der Effektivität, oder: über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts*, in: *Constantopoulos/Eustathiades/Fragistas* (Hrsg.), *Grundprobleme des internationalen Rechts* 1957, S. 265; *Seyr*, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH* 2008, S. 95 ff.

70 *Seyr*, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH* 2008, S. 275 ff.

71 A.a.O., S. 276.

manwendung erfassen soll,⁷² spricht dafür, ihn als „Spielart der teleologischen Interpretation“ zu begreifen.⁷³

2. Fehleinschätzung der Teleologie durch die Literatur?

Viele kritisieren die auswirkungsorientierte Auslegung europäischen Rechts.⁷⁴ Während zahlreiche Stimmen betonen und nicht selten beklagen, die teleologische Auslegung des EuGH, orientiert an der „praktischen Wirksamkeit“⁷⁵ des Unionsrechts, überwuchere die anderen Interpretationsmethoden,⁷⁶ hat *Dederichs* diese Befürchtung für die Rechtsprechung

72 A.a.O., S. 277.

73 *Tomasic*, Effet utile 2013, S. 140; *Potacs*, EuR 2009, 465, 469; *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften 1997, S. 219; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft 1998, S. 216; *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof 1997, S. 375; für das Unionsprivatrecht auch *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode 2009, S. 289 f.; *Riesenhuber*, Die Auslegung, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre 2015, § 11 Rn. 42a.

74 *Conway*, The limits of legal reasoning and the European Court of Justice 2012, S. 114 ff., der deshalb den Weg zurück zum Wortlaut weist. Kritik üben auch *Dederichs*, Die Methodik des EuGH 2004; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 115: „methodischer Weichspüler“ (im Zusammenhang mit der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten); *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 2013, S. 68 f. spricht in diesem Zusammenhang von Scheinauslegung der Vertragstexte und kritisiert weniger das Auslegungsergebnis als vielmehr den Begründungsvorgang. Auch aus deutscher Perspektive kritisch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I 2013, S. 383; weniger kritisch bzw. differenzierter für das Unionsrecht *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II 2012, S. 365 ff.

75 Der EuGH verwendet sowohl die Phrasen „volle Wirksamkeit“ als auch „praktische Wirksamkeit“ (letztere allerdings deutlich häufiger) für das materielle Konzept des effet utile, *Seyr*, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH 2008, S. 291; *Potacs*, EuR 2009, 465, 267 f., stimmt dem zwar grundsätzlich zu, will aber dennoch verschiedene Grade eines „effet utile im engeren Sinne“ und eines „effet utile im weiteren Sinne“ ausmachen. So auch *Tomasic*, Effet utile 2013, S. 12 ff., der zwischen Gebot der Mindesteffektivität, Grundsatz der praktischen Wirksamkeit und Maximierungsgebot unterscheidet.

76 *Conway*, The limits of legal reasoning and the European Court of Justice 2012, S. 275.

des Jahrganges 1999 jedenfalls auf dem Papier ausgeräumt.⁷⁷ Nach ihrer statistischen Analyse entscheidet der EuGH ungefähr doppelt so häufig unter Rückgriff auf den Wortlaut⁷⁸ wie die Teleologie einer Norm; letztere wiederum verwendet er doppelt so häufig wie das systematische Argument.⁷⁹ Eine solch empirische Analyse, die zudem nur einen zeitlichen Ausschnitt der Rechtsprechung betrachtet, kann jedoch die Sorge über die Mächtigkeit der teleologischen Auslegung nicht beseitigen und muss auch zu keiner „grundsätzlichen Neubewertung“ der Methodik des EuGH führen.⁸⁰ Denn sie übergeht zwangsläufig, dass der Einwirkungsanspruch des Unionsrechts auf nationale Rechtsordnungen ebenso wie eine möglichst weite Auslegung einzelner Rechtsbegriffe zwar nicht stets, aber doch regelmäßig unter Rückgriff auf die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts geltend gemacht worden sind.⁸¹ Zentrale Bereiche der unionalen

77 *Dederichs*, Die Methodik des EuGH 2004, S. 98: „Die teleologische Auslegung ist der grammatischen Auslegung in ihrer Bedeutung in der Methodik des EuGH nachgeordnet.“ Weiter: „Die grammatische Auslegung wird in ihrer Bedeutung für die Methodik des EuGH in der Literatur unterschätzt.“ (S. 135).

78 Sie unterscheidet hier (nicht ganz überzeugend) die Kategorien „Allgemeiner Verweis auf den Wortlaut“ und „Wortlaut-Zitat“: *Dederichs*, Die Methodik des EuGH 2004, S. 24 f.

79 A.a.O., S. 79 f.

80 A.a.O., S. 79.

81 EuGH, Urteil v. 5.2.1963, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, S. 24 – Van Gend en Loos/ Administratie der Belastingen; EuGH, Urteil v. 15.7.1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1269 f. – Costa/E.N.E.L.; EuGH, Urteil v. 16.6.1966, 57/65, ECLI:EU:C:1966:34, Rn. 266 – Lütticke/Hauptzollamt Saarlouis; EuGH, Urteil v. 6.10.1970, 9/70, ECLI:EU:C:1970:78, Rn. 5 f. – Grad/Finanzamt Traunstein; EuGH, Urteil v. 17.12.1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – Internationale Handelsgesellschaft zur Entwicklung des Vorrangs und der direkten Anwendbarkeit des Unionsrechts; EuGH, Urteil v. 9.3.1978, 106/77, 630, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 – Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal zur Pflicht, keine unionsrechtswidrigen neuen Rechtsakte einzuführen; EuGH, Urteil v. 19.6.1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, Rn. 21 ff. – The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame zur Pflicht, auch innerstaatliches Prozessrecht so auszulegen, dass einer unionsrechtlichen Bestimmung volle Wirksamkeit zukommen kann; zuletzt EuGH, Urteil v. 12.12.1974, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16 – Walrave und Koch, auf dessen teleologischem Argument aufbauend EuGH, Urteil v. 6.6.2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 32 – Angonese; EuGH, Urteil v. 15.12.1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 83 – Bosman. Auch der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch wurde in EuGH, Urteil v. 20.9.2001, C-453/99,

Rechtsordnung hat der EuGH über den *effet utile* entwickelt.⁸² Es gilt also der Grundsatz „Qualität statt Quantität“ auch für die Bewertung der Bedeutung des *effet utile* als Auslegungsmethode. Quantitative Ansätze überschätzen Formalitäten und schätzen daher inhaltliche Tragweiten falsch ein.⁸³ Deshalb ist im Ergebnis den Stimmen beizupflichten, die der teleologischen Auslegung eine zentrale und weitreichende Wirkung beimessen und sie als wohl wichtigste, weil folgenreichste, Methode des EuGH identifizieren.⁸⁴

Conway kritisiert die Heranziehung des Effektivitätsarguments auf einer anderen Ebene und ähnelt damit den deutschen Skeptikern der teleologischen Auslegung: „[I]t invokes what is an essentially political and empirical concept in an *in abstracto* and somewhat cursory manner.“⁸⁵ Er wendet sich aber nicht nur gegen das teleologische Argument als solches, sondern auch gegen die vorschnelle Heranziehung dieser Methode im Vergleich zum Wortlaut und zur Systematik.⁸⁶ Auch das Ziel der fortschreitenden Integration der Union legitimiere keine Sonderstellung der Effektivitäts-Argumentation.⁸⁷ Vielmehr verteidigt *Conway* den Vorrang des Wortlautes, weil diese Art der Interpretation die einzig demokratisch legitimierte sei.⁸⁸ Der Wortlaut des europäischen Primärrechts (sollte dieser

ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 19 ff. – *Courage* und *Crehan* unter der seltenen gemeinsamen Berufung auf *Costa ENEL* und *van Gend en Loos* statuiert. Interessanterweise stützt der EuGH sich in seinem *Dassonville*-Urteil nicht ausdrücklich auf den *effet utile* und auch sonst sind die Rückgriffe auf die teleologische (möglichst wirksamkeitsorientierte) Auslegung im Warenverkehrsrecht kaum anzutreffen (*Seyr*, *Der effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH 2008, S. 219 ff.).

82 Siehe dazu die Ausführungen von a.a.O., S. 111 ff.

83 S. insbesondere die empirische (netzwerktheoretische) Untersuchung von *Derlén/Lindholm*, *ELJ* 2014, 667.

84 *Seyr*, *Der effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH 2008, S. 91 ff.; *Anweiler*, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* 1997, S. 384, der allerdings weitergeht und Vorrangverhältnisse der Auslegungsmethoden aus einzelnen Urteilen folgert. *Conway*, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice* 2012, S. 49 *Englisch*, *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel* 2008, S. 217.

85 *Conway*, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice* 2012, S. 224 (Herv. i. Original).

86 A.a.O., S. 224.

87 A.a.O., S. 275.

88 Er tritt für eine Position ein, die sich eng am Wortlaut und der ursprünglichen Bedeutung eines Vertragsdokuments orientiert, und im Englischen als eine Form des „originalism“ verstanden würde.

unergiebig sein) ist deshalb unter Rückgriff auf die Traditionen der Mitgliedstaaten auszufüllen.⁸⁹ Auch *MacCormick* tritt für eine solche Methodenhierarchie ein, die im Zeichen der Rechtsstaatlichkeit und demokratischen Legitimation steht.⁹⁰

Zu unterstützen ist *Conways* und *MacCormicks* Absicht, einer regelorientierten Rechtsanwendung Vorrang vor einer losen Zweckinterpretation zu geben und damit die Vorhersehbarkeit und Rechtsstaatlichkeit der Rechtsprechung des EuGH zu stärken. Allerdings kann ihnen nicht gefolgt werden, wenn sie deshalb einen normativen Vorrang der Wortlautinterpretation fordern. Das Argument der besseren demokratischen Respektierung mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen kann besonders im Fall der Warenverkehrsfreiheitsnormen und des Beihilfenrechts nicht verfangen. Erstens haben diese Konzepte gerade keine Vorbilder im nationalen Recht, sodass das Argument der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des Unionsrechts an dieser Stelle überzeugt. Zweitens ordnet der Wortlaut des Art. 30 AEUV („Abgaben gleicher Wirkung“), Art. 34 AEUV („Maßnahmen gleicher Wirkung“) und Art. 107 Abs. 1 AEUV („Beihilfen gleich welcher Art“) eine auswirkungsorientierte Interpretation ausdrücklich an, sodass der (übrige) Wortlaut bereits nach dem Wortlaut selbst keinen normativen Vorrang vor einer teleologischen Interpretation beanspruchen kann. Die Gerichte können für eine auswirkungsorientierte Auslegung den Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV oder des Art. 34 AEUV rechtmäßig für sich in Anspruch nehmen.⁹¹ Drittens schafft der EuGH Rechtssicherheit und Kohärenz einer eigenständigen europäischen Rechtsordnung, indem er – ohne in der Theorie an die Doktrin des *stare decisis* gebunden zu sein – weitgehend seiner eigenen Rechtsprechung folgt (dazu sogleich unter C.). Ein normativer Vorrang des Wortlautes ist damit ebenso politisch, wie *Jacob*

89 A.a.O., S. 158 ff.

90 *MacCormick*, Legal reasoning and legal theory 1978, S. 129 ff.

91 EuG, Urteil v. 12.12.1996, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 65 – *Air France/Kommission*; EuGH, Urteil v. 30.1.1985, 290/83, ECLI:EU:C:1985:37, Rn. 13 – *Kommission/Frankreich (CNCA)*; EuGH, Urteil v. 19.3.2013, C-399/10 P u. 401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 102 – *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission u.a.*; EuGH, Urteil v. 5.6.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 73 – *Kommission/EDF*; EuGH, Urteil v. 24.2.1987, 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil/Kommission*; EuGH, Urteil v. 15.3.1994, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:1, Rn. 13 – *Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia*; EuGH, Urteil v. 17.6.1999, C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313, Rn. 34 – *Piaggio*.

es der teleologischen Auslegung attestiert hat, nur dass diesmal der Dezi-
sionismus-Vorwurf auf einer höheren Abstraktionsebene verfährt.

Es muss also vor allem die langjährige Fallpraxis des EuGH Aufschluss
über die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe des AEUV geben. Auch
Dederichs hat für das Jahr 1999 festgestellt, dass die Verweispraxis des
EuGH auf frühere Entscheidungen das bestimmende Element seiner Be-
gründungspraxis war.⁹² Eine zentrale Stellschraube der Vertragsinterpreta-
tion liegt in der Formulierung der Generalität der tragenden Urteilsgründe.⁹³
Generell formuliert eröffnen sie einen zukünftigen weiten Anwendungsbereich;
konkreter formuliert beschränken sie den Anwendungsbereich eines Falles für die
Zukunft. Im späteren Verlauf der Arbeit kann dies bei der Abgrenzung von mengen-
mäßigen und fiskalischen Handelshemmnissen beobachtet werden (s.u. § 9 B. 5. d)).

3. Grundsätzlich enge Auslegung von Ausnahmen

Für die Auflösung des Zielkonfliktes und die Abgrenzung von Warenver-
kehrs- und Beihilfenrecht von zentraler Bedeutung werden die Regel-Aus-
nahme-Strukturen der Warenverkehrsfreiheit und des Beihilfenverbots⁹⁴
sein. Deshalb soll an diese Stelle geklärt werden, ob ein methodischer
Grundsatz überzeugen kann, demzufolge Ausnahmen grundsätzlich eng
auszulegen sind und sich bereits daraus eine „methodische Argumentati-
onslast“ ergibt.

In Deutschland begegnet man dem pauschalen Grundsatz, der eine enge
Auslegung von Ausnahmen fordert, mit Bedenken.⁹⁵ In der europäischen
Literatur sieht dies anders aus: Zahlreiche Autoren hängen hier der engen
Auslegung von Ausnahmen an.⁹⁶ Und auch der EuGH fordert in ständiger
Rechtsprechung eine enge Auslegung von Ausnahmen innerhalb der

92 *Dederichs*, Die Methodik des EuGH 2004, S. 63 f.

93 *Conway*, ELJ 2008, 787. Grundlegend *Stone*, The Modern Law Review 1959, 597.

94 Art. 34 AEUV und Art. 36 AEUV sowie *Cassis*; Art. 107 Abs. 1 und Abs. 2 und 3
AEUV.

95 *Säcker/Rixecker/Armbrüster/Säcker*, MüKoBGB, Einleitung, Rn. 121 ff.; *Riesen-
huber*, Die Auslegung, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre 2015,
§ 10 Rn. 63 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 1991,
S. 440; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I 2013, Rn. 370; *Larenz*, Metho-
denlehre der Rechtswissenschaft 1991, S. 335 f.

96 *Stumpf*, Aufgabe und Befugnis 1999, S. 345.