
Erneuerbare Energien, Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht

Nationale Klimaschutzmaßnahmen im EG-Recht

Felix Ekardt und Andrea Schmeichel*

Inhalt

A.	Einleitung	172
B.	Problemstellung und Grundlagen	173
I.	Nationale Steuerungsinstrumente zur Förderung erneuerbarer Energien	174
II.	Das „PreussenElektra“-Urteil des EuGH	177
C.	Rechtfertigung von Förderinstrumenten zugunsten erneuerbarer Energien am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit	178
I.	Ist eine Warenverkehrsbeeinträchtigung überhaupt rechtfertigbar? „Vollständige Harmonisierung“ des europäischen Marktes für erneuerbare Energien?	180
1.	„Vollständige Harmonisierung“ durch Regelungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt?	180
2.	„Vollständige Harmonisierung“ durch EG-Sonderregelungen für erneuerbare Energien?	181
II.	Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch die Förderung erneuerbarer Energien – zugleich zum Verhältnis zum Beihilfenregime	183
III.	Rechtfertigung des Eingriffs: Warenverkehrsfreiheitsinduzierter Freihandel contra Klimaschutz – insbesondere zur Erforderlichkeitsprüfung	190

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt an der Universität Rostock Umweltrecht und Rechtsphilosophie. Dipl.-jur. Andrea Schmeichel promoviert an der Universität Bremen und schließt in diesen Tagen ihren LL.M. an der University of Warwick ab. Der Beitrag steht im Rahmen eines vom BMU finanzierten zweijährigen Forschungs- und Beratungsprojekts zu den längerfristigen Rechtsperspektiven erneuerbarer Energien – er gibt natürlich nur die Ansicht der Verfasser/in wieder. Wir danken Dr. Volker Oschmann (BMU) – vgl. jetzt auch *Oschmann*, Neues Recht für Erneuerbare Energien, NJW 2009, S. 263 ff. – sowie Dr. Daniel Buscher für hilfreiche Kommentare.

IV. Rechtfertigung des Eingriffs – Grundfreiheiten versus Grundrechte, Abwägungsregeln, Mindeststandards, Multipolarität, Vorsorge	197
D. Rechtfertigung von Förderinstrumenten zugunsten erneuerbarer Energien am Maßstab des Beihilfenrechts	204
I. Tatbestand einer Beihilfe – erfüllt bei der Förderung erneuerbaren Energien?	205
1. Staatliche Beihilfe durch Gesetzgebung	206
2. Förderung durch Unternehmen in öffentlichem Eigentum – „staatliche Mittel“?	210
3. Einrichtungen unter staatlicher Kontrolle: Fonds und parafiskalische Abgaben	213
4. Liegt überhaupt eine Wettbewerbsverfälschung vor?	216
II. Hilfsweise: Rechtfertigung einer etwaigen Beihilfe zugunsten erneuerbarer Energien	216

A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag untersucht die Vereinbarkeit von mitgliedstaatlichen Förderinstrumenten zugunsten erneuerbarer Energien mit den EG-rechtlichen Vorgaben aus der Warenverkehrsfreiheit und dem Beihilfenrecht. Neuerungen sowohl des EG-Sekundärrechts beim Binnenmarkt für Strom sowie generell für erneuerbare Energien als auch des nationalen Rechts der erneuerbaren Energien führen dabei zu einer Überprüfung der „PreussenElektra“-Judikatur des EuGH. Dabei lassen sich teilweise auch verstärkende Argumente zur Rechtfertigung nationaler Fördermodelle für erneuerbare Energien entwickeln, wenn bei diesen Fördermodellen nicht bereits ein Eingriff in die EG-Primärrechtsprinzipien wie die Beihilfenregelung zu verneinen ist. So ergeben sich auch jenseits des konkreten Themas neue Einsichten zu den Möglichkeiten und Grenzen des freihandelsschaffenden EG-Primärrechts. Dies meint einerseits die Konturierung von Eingriff und Rechtfertigung bei der Warenverkehrsfreiheit, andererseits die komparative Betrachtung des Interessenausgleichs – hier: Freihandel versus Klimaschutz – zum einen in harmonisierten Märkten und zum anderen im Abwägungsmodell der Warenverkehrsfreiheit. Ebenso kommt das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten in neuer – multipolarer, an Abwägungsregeln orientierter – Weise in den Blick.

B. Problemstellung und Grundlagen

Erneuerbare Energien, also Energie aus nichtfossilen Energiequellen wie Wind, Sonne, Erdwärme, Wasserkraft und Biomasse, werden in immer stärkerem Maße zu einem europäischen und nationalen Thema.¹ Zusammen mit einer forcierten Energieeffizienz und Suffizienz bilden sie nicht nur die zentrale Strategie der Klimapolitik. Erneuerbare Energien (EE) sind auch ein wesentlicher Baustein, um die Versorgungssicherheit mit Strom, Wärme und Treibstoff zu optimieren, indem die europäische Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen und insbesondere vom Öl minimiert wird. Zugleich kann eine europäische Vorreiterrolle bei einer (eher) neuen Technologie wie EE auch Vorteile für die heimische Wirtschaft bedeuten, konflikträchtige Abhängigkeiten von instabilen Weltregionen minimieren, Europa von weiter steigenden Gas-, Öl- und Kohlepreisen abkoppeln und die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Volkswirtschaften steigern. Davon abgesehen ist eine entschlossene Klimapolitik – letztlich mit dem Ziel einer Null-Emissions-Wirtschaft bis 2050 – wirtschaftlich schon deshalb alternativlos, weil die Kosten eines globalen Klimawandels wohl deutlich höher lägen – von Schäden an Leben und Gesundheit sowie drohenden Auseinandersetzungen um Ressourcen ganz zu schweigen.² Aufgrund ihrer relativen Popularität haben sie zudem ein idealistisches Integrationspotenzial zugunsten des Ziels Nachhaltigkeit, also der (notwendigen) Umsteuerung westlicher Lebens- und Wirtschaftsformen auf mehr dauerhafte Durchhaltbarkeit und globale Praktikierbarkeit (Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit).

Nachhaltiger Klimaschutz verlangt bei alledem nach entschlossenem Handeln. Weltweit steigen die Treibhausgasemissionen weiterhin an. In den Industrieländern handelt es sich seit 1990 offenbar – die genauen Angaben divergieren – um einen Anstieg von rund 10 %, lässt man die osteuropäischen Industriezusammenbrüche 1990 außer Ansatz; weltweit sind es rund 40 %.³ Die ohnehin eher überschaubaren, nur sehr bedingt den von Naturwissenschaftlern (zwecks Vermeidung katastrophaler Langzeitfolgen) geforderten Maßnahmen entsprechenden globalen Klimaschutzziele (das Kyoto-Protokoll erlegt den Industriestaaten eine Reduktion

¹ Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates, Tagung v. 8./9.3.2007 (Brüssel), 7224/1/07 REV 1 2007, Nr. 27 ff.; Fahrplan für erneuerbare Energien – Erneuerbare Energien im 21. Jahrhundert: Größere Nachhaltigkeit für die Zukunft, KOM (2006) 848 endg.

² *Stern*, Stern Review Final Report, 2006, http://www.hm-treasury.gov.uk/stern_review_report.htm (1.6.2009); *Welzer*, Klimakriege, 2008; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit, 2009, § 1. Bei letzterer Fundstelle finden sich auch die Berechnungen des IPCC – des Weltklimarats –, dass selbst bei nahezu null Emissionen in den Industrieländern 2050 und weltweit minus 85 % Treibhausgasemissionen (!) noch eine globale Erwärmung von etwa 2 Grad (die bereits katastrophale Auswirkungen haben könnte) bleiben dürfte.

³ Wobei der Pro-Kopf-Ausstoß in den OECD-Staaten freilich immer noch um ein Vielfaches höher ist als in afrikanischen Ländern und auch als in Schwellenländern wie China oder Indien.

der Treibhausgasemissionen um 5,2 % bis zum Jahr 2012 auf; für die Entwicklungsländer wurden keine Ziele festgelegt) werden folglich weit verfehlt werden.

Energieeffizienz (a) und Suffizienzmaßnahmen (b) und die zunehmende Sicherung des gleichwohl verbleibenden Energieverbrauchs durch klimafreundliche Energieträger (c) – verbunden mit absoluten Begrenzungen und Reduktionen des globalen Treibhausgasausstoßes – stehen damit auf der Agenda. Die soeben konstatierten EE-Vorteile können freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass EE sich ohne jegliche Hilfe heute noch nicht am Markt behaupten können.⁴ Dies liegt einerseits an der sich zum Teil in der Entwicklung befindenden Technik, andererseits daran, dass konventionelle Energieträger wie Öl, Kohle bzw. Gas vermeintlich kostengünstiger angeboten werden können, weil die Energiepreise die externen Kosten wie den anthropogenen Klimawandel oder die Sicherheitsprobleme der Atomenergie nicht abbilden. Demgemäß sind rechtliche Rahmenseetzungen notwendig. Diese sind in den einzelnen Mitgliedstaaten innerhalb eines eher allgemein gehaltenen europäischen Rahmens unterschiedlich ausgestaltet. Inwieweit die nationalen EE-Fördersysteme mit EG-rechtlichen – insbesondere primärrechtlichen – Vorgaben vereinbar sind, ist Thema des vorliegenden Beitrags. Ein besonderer Fokus gilt dabei neueren Rechtsentwicklungen und der Darlegung bisher wenig genutzter neuer Argumentationslinien. Dabei sollen aber auch bestimmte grundlegende Funktionsweisen der Grundfreiheiten und der Beihilfenkontrolle deutlicher werden, als dies in europäischen Debatten manchmal der Fall ist.

I. Nationale Steuerungsinstrumente zur Förderung erneuerbarer Energien

Die EE-Förderung kann zu verschiedenen Zeitpunkten ansetzen und reicht von Investitionszuschüssen beim Bau bis hin zu einer finanziellen Förderung beim Betrieb. Solche Förderregelungen sind in der avisierten neue Richtlinie zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (neue EE-Richtlinie),⁵ die die bisherigen EG-sekundärrechtlichen Regelungen ersetzen soll, erstmals definiert. Nach Art. 2k in der Fassung nach der ersten Lesung im Europäischen Parlament und nach Abstimmung mit Rat und Kommission im Trilogverfahren ist eine Förderregelung „ein Instrument, eine Regelung oder ein Mechanismus, das bzw. die bzw. der von einem Mitgliedstaat oder einer Gruppe von Mitgliedstaaten angewendet wird und die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dadurch fördert, dass die Kosten dieser Energie gesenkt werden, ihr Verkaufspreis erhöht wird oder ihre Absatzmenge durch eine Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energie oder auf andere Weise gesteigert wird; dazu zählen unter anderem Investi-

⁴ Vgl. *Reiche*, in: ders. (Hrsg.), *Handbook of Renewable Energies in the European Union*, 2005, S. 13, 18.

⁵ Vgl. den ursprünglichen Entwurf: *Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen*, KOM (2008) 30 endg.

tionsbeihilfen, Steuerbefreiungen oder -erleichterungen, Steuererstattungen, Förderregelungen, die zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen verpflichten, einschließlich solcher, bei denen grüne Zertifikate verwendet werden, sowie direkte Preisstützungssysteme einschließlich Einspeisetarife und Prämienzahlungen“. Die in der EU bzw. EG gängigen Förderungsmodelle, die unmittelbar auf die Stromerzeugung abzielen, lassen sich grob in zwei Kategorien einteilen: solche, die die Abnahme einer bestimmten EE-Menge voraussetzen und solche, die eine erhöhte EE-Vergütung vorsehen, wobei in den Mitgliedstaaten oft Mischformen vorliegen.⁶

Am weitesten verbreitet ist mittlerweile das letztgenannte Preismodell (Abnahme- und Festvergütungspflicht), das in 18 der 27 Mitgliedstaaten in unterschiedlichen Varianten Anwendung findet, unter anderem in Deutschland, Spanien und Dänemark.⁷ Dabei wird dem Anlagebetreiber gesetzlich ein bestimmter Preis garantiert (Einspeisetarif) und mit einer Anschluss- und Abnahmepflicht verknüpft. Gezahlt wird entweder eine feste Prämie auf den normalen Strompreis oder ein technologie- und standortabhängiger Abnahmepreis.⁸ Die über dem Marktpreis liegende Entgeltzahlung wird entweder über einen Fonds erstattet oder – so ist es in Deutschland – von den Energieversorgungsunternehmen getragen und, zumindest teilweise ähnlich einer Abgabe, auf die Verbraucher umgelegt.⁹

In Deutschland wird zur Zeit ein Reformmodell diskutiert, in welchem der EE-Strom künftig wie anderer Strom an der Strombörse (oder ähnlichen Märkten) verkauft wird und die Netzbetreiber nur noch eine Preisdifferenz an die EE-Anbieter zahlen würden. Gezahlt werden soll *ex post* die Differenz zwischen dem jeweiligen (auch weiterhin vorgesehenen) Vergütungssatz nach dem deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und dem an der in Leipzig ansässigen *European Energy Exchange* (EEX) ermittelten durchschnittlichen Strompreis des Vormonats. Inländische und ausländische EE würden hierdurch wie konventionelle Energie am Markt und insbesondere auch wie EE aus anderen Ländern angeboten. Für die EE-Erzeuger bedeutet eine Börsenregelung, dass Energie nun aus mehreren Töpfen gezahlt wird, ohne dass sich die tatsächliche Förderungshöhe ändert. Es wird jedoch konzeptionell eine höhere Marktgängigkeit hergestellt und die langfristige Inte-

⁶ OPTRES, Assessment and optimisation of renewable energy support schemes in the European electricity market, Final Report, 2007, S. 18.

⁷ OPTRES, Support schemes, S. 16; vgl. auch *de Cendra de Larragan*, The Legal Framework for the Promotion of Energy from Biomass in Spain and the UK, in: Rodi (Hrsg.), Environmental Policy Instruments in Liberalized Energy Markets, 2006, S. 125 ff. sowie OECD/IEA, Renewables for Power Generation, 2003.

⁸ Vgl. das deutsche Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich (EEG 2004), BGBl. 2004 I, 1918.

⁹ *Witthohn*, Förderregelungen für erneuerbare Energien im Licht des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2005, S. 131 ff.

gration der EE in den Energiemarkt befördert. Dabei wird sich freilich zeigen müssen, ob ein EE-Erzeuger, insbesondere Eigentümer der kleinen Anlagen, das gemäß § 15 Abs. 3, 3. Spiegelstrich EEX-Börsenordnung für eine Marktteilnahme erforderliche Eigenkapital von 50.000 Euro stets aufbringen kann bzw. ob insoweit eine Änderung der Börsenordnung angezeigt wäre. Dieses Problem würde indes nicht bestehen, wenn sich kleine EE-Erzeuger zu Erzeugergemeinschaften zusammenschließen.¹⁰

Alternativ zum Einspeisevergütungsmodell existiert in manchen Ländern das Quotenmodell. Es ist in Art. 2i neue EE-Richtlinie definiert als eine nationale Förderregelung, durch die in der Regel Energieerzeuger, alternativ auch Verbraucher, dazu verpflichtet werden, ihre Erzeugung bzw. ihren Verbrauch zu einem bestimmten Prozentsatz durch Energie aus erneuerbaren Quellen zu decken. Die Erfüllung der staatlich festgelegten EE-Quote ist in der Regel durch (handelbare) EE-Zertifikate nachzuweisen. Wird die Quote nicht erfüllt, sind Strafzahlungen an einen Fonds fällig. Ein solches System gilt für Energieversorgungsunternehmen in Großbritannien (*Renewable Purchase Obligation*).¹¹ Ähnliche Systeme finden sich in Belgien, Italien, Lettland, Polen, Rumänien und Schweden. Eine Unterform des Mengenmodells, das oft auch als eigene Kategorie verstanden wird, ist das Ausschreibungsmodell: Nach diesem Modell wird eine bestimmte EE-Menge durch den Staat ausgeschrieben und im Wege einer Versteigerung dem günstigsten Anbieter der Zuschlag erteilt. Neben Frankreich (früher auch Großbritannien und Irland) finden Ausschreibungen aktuell nur in Dänemark für „Offshore“-Windkraft Anwendung.¹² Freilich haben sich von den Ausbauzahlen (also vom Zuwachs an neuen EE-Anlagen) her bis *dato* Quoten- und Ausschreibungsmodelle als deutlich weniger erfolgreich erwiesen als Einspeisevergütungssysteme. Doch dürfte dies nur teilweise auf einer konzeptionellen Überlegenheit des Einspeisemodells beruhen. Entscheidend ist vielmehr die genaue Ausgestaltung: Auch ein Einspeisevergütungssystem, welches anders als in Deutschland nicht mit kosten- und gewinndeckenden Sätzen arbeitet, hätte voraussichtlich wenig Erfolg. Ein Quotenmodell wird hingegen genau dann erfolgreich sein, wenn, anders als bisher in Großbritannien, bei einer Zielverfehlung drastische monetäre Sanktionen drohen, die jährlich zu erreichenden Ausbauziele anspruchsvoll festgesetzt werden und eine (spekulationsabwehrende) sinnvolle Höchst- und Mindestpreisregelung für die EE-Quotenzertifikate festgesetzt wird. Insoweit ist das Quotenmodell dem europäischen Emissionshandel zwischen klimarelevanten Großanlagen sehr ähnlich.¹³

¹⁰ Allerdings sollte dann – sofern der EE-Ausbau zugleich als Weg zur Dezentralisierung des Energiemarktes begriffen wird – darüber nachgedacht werden, wie verhindert werden kann, dass langfristig der EE-Markt ebene Konzentration erfährt, die weite Teile des Energiemarktes heute kennzeichnet.

¹¹ Entscheidung KOM v. 28.11.2001, Beihilfe-Nr. N 504/2000, ABl. Nr. C 30 v. 2.2.2002, S. 15.

¹² OPTRES, Support schemes, S. 17.

II. Das „PreussenElektra“-Urteil des EuGH

Durch die Förderung der EE verbessert man grundsätzlich die aktuell (noch) mangelnde EE-Konkurrenzfähigkeit und gewährt Investitionssicherheit, bewirkt aber gleichzeitig auch eine Sonderstellung der EE am Markt. Alle Förderungsmodelle könnten deshalb in Konflikt mit dem EG-Beihilfenrecht geraten. Da die Fördermodelle in der Regel ausschließlich auf im Inland erzeugten Strom Anwendung finden, kommt auch eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels und ergo eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit in Betracht. Der EuGH entschied freilich 2001 im Fall *PreussenElektra* entgegen der Ansicht der Kommission, dass Art. 87 EG nicht dahingehend ausgelegt werden könne, dass Einspeisevergütungen, die im Verhältnis Netzbetreiber/Anlagebetreiber gezahlt würden, staatliche Beihilfen seien.¹⁴ Das Gericht sah im deutschen Einspeisevergütungssystem auch keinen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit. Eine etwaige Diskriminierung ausländischen Stroms sei vielmehr „nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ angesichts der Harmonisierung des Rechts der EE sowie des insgesamt geringen Marktanteils der EE „noch“ durch Umweltbelange zu rechtfertigen.¹⁵ Dabei wird der Umweltschutz als ungeschriebener, leicht systemwidrig auf Tatbestandsebene ansetzender Rechtfertigungsgrund anerkannt (oder Art. 30 EG als Rechtfertigungsgrund extensiv ausgelegt); ferner wird entgegen der ursprünglichen Dogmatik¹⁶ eine Diskriminierung durch einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund legitimiert. Da Urteile nicht per se richtig sein müssen und die Richtschnur für künftige Entscheidungen der jeweilige Rechtstext bleibt, erscheint nun aufgrund der anhaltenden Diskussion eine erneute Analyse angezeigt. In diesem Rahmen ist auch zu untersuchen, ob (a) die Rechtfertigungsmöglichkeiten zugunsten von EE eher noch weiter reichen, als der EuGH bis dato angedeutet hat (unter anderem aus einem multipolaren Verständnis der Gemeinschaftsgrundrechte) und (b), wie sich – etwa mit der neuen EE-Richtlinie oder mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 2003/54/EG¹⁷ – der „gegenwärtige Stand“ des immer weiter integrierten europäischen Binnenmarkts darstellt.

¹³ Vgl. zum Ganzen *Lauby/Toke*, Einspeisetarife sind billiger und effizienter als Quoten-/Zertifikatssysteme, Der Vergleich Deutschland-Großbritannien stellt frühere Erwartungen auf den Kopf, ZNER 2005, S. 132; *de Cendra de Larragan*, (Fn. 7), S. 125 ff. Konzeptionell ist es ein interessanter Punkt, dass sich ein Quotenmodell deshalb wohl gut in den allgemeinen Emissionshandel integrieren ließe. Klimapolitisch-strategisch wäre aber – da der europäische Emissionshandel in seiner bisherigen (und fortdauernden) viel zu zurückhaltenden Ausgestaltung wenig klimaschützende Effekte entfaltet – eine Abkehr von den Einspeisevergütungssystemen zur Zeit keinesfalls ratsam.

¹⁴ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnrn. 58-62.

¹⁵ *Ibid.*, Rdnrn. 68-81.

¹⁶ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 28 EG, Rdnr. 82.

¹⁷ RL 2003/54/EG des EP und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABl. Nr. L 176 v. 15.7.2003, S. 37.

C. Rechtfertigung von Förderinstrumenten zugunsten erneuerbarer Energien am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit

Strom ist zwar nicht körperlich greifbar, hat aber einen Geldwert und kann Gegenstand von Handelsgeschäften sein;¹⁸ er ist somit als Ware im Sinne des Art. 23 ff. EG einzuordnen.¹⁹ Die Anwendbarkeit insbesondere der Art. 28 ff. EG, aber auch anderer Rechtsmaßstäbe für eine Überprüfung nationaler EE-Fördersysteme könnte gleichwohl von vornherein gesperrt sein, wenn einschlägiges Sekundärrecht auf direktem Wege dazu führen würde, dass sich die Frage nach der EG-„Verfassungs“-konformität der nationalen Fördermodelle nicht mehr stellt. Diese Meinung könnte man in zwei gegensätzlichen Sichtweisen vertreten: Mit einer ersten Sichtweise heißt es im Schrifttum zuweilen, eine Prüfung des nationalen Rechts anhand des Primärrechts sei nicht mehr notwendig, wenn Sekundärrecht bereits die nationalen EE-Fördersysteme explizit legitimiere.²⁰ Umgekehrt könnte man mit einer zweiten Sichtweise sagen: Die Grundidee der europäischen Integration ist zunächst die Generierung eines europäischen Freihandels. Von ihm verspricht man sich Vorteile für Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen (Wohlstand); dies ist auch stimmig unter der wesentlichen Bedingung, dass der Freihandel (selbiges gilt übrigens auf globaler Ebene) bestimmte ökologische, soziale usw. Rahmensetzungen erhält.²¹ Solange das europäische Recht die Rahmensetzungen und damit den Ausgleich mit anderen als Freihandelsbelangen aber nicht vornimmt, sind komplexere Abwägungen im Hinblick auf „Freihandel versus Klimaschutz“ erforderlich. Diese sind insbesondere im Rahmen der Prüfung der Warenverkehrsfreiheit zu leisten. Eine solche abwägende Bewertung einer einzelstaatlichen Maßnahme im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ist aber eben nur eröffnet, wenn die Abwägungsgesichts-

¹⁸ Vgl. zur Definition des Warenbegriffs EuGH, Rs. 7/68, *Kommission/Italien*, Slg. 1968, 634.

¹⁹ EuGH, Rs. C-393/92, *Almelo*, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 28.

²⁰ In diesem Sinne etwa *Klinski*, Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Elektrizitätsbinnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG, ZNER 2005, S. 208, 212; dies geht zurück auf die Rspr. des EuGH, der bei vorhandenem Sekundärrecht nur dieses prüft: EuGH, Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2253, Rdnr. 19 m.w.N.; EuGH, Rs. C-369/88, *Delattre*, Slg. 1991, I-1487, Rdnr. 48; EuGH, Rs. C-320/93, *Ortscheit*, Slg. 1994, I-5243, Rdnr. 14; EuGH, Rs. 215/87, *Schumacher*, Slg. 1989, 617, Rdnr. 15; EuGH, Rs. C-37/92, *Vanacker und Lesage*, Slg. 1993, I-4947, Rdnr. 9; EuGH, Rs. C-309/02, *dänisches Flaschenpfand*, Slg. 2004, I-11763, Rdnr. 53; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl. 2005, S. 117 ff., Rdnr. 95.

²¹ Vgl. *Ekardt/Meyer-Mewes/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009; *Ekardt/von Hövel*, Distributive Justice, Competitiveness and Transnational Climate Protection: „One Human – One Emission Right“, *Carbon&Climate Law Review* 2009, S. 102 ff.; *Ekardt/Schmeichel*, Border Adjustments, WTO Law and Climate Protection, *Critical Issues in Environmental Taxation*, 2008, S. 737 ff.; *Ekardt*, Wird die Demokratie ungerecht?, 2007, Kap. VI – jeweils gegen z.B. *Rieger/Leibfried*, *Grundlagen der Globalisierung*, 2001.

punkte nicht bereits im konkretisierenden Sekundärrecht abgearbeitet wurden. Wäre der Binnenmarkt, im vorliegenden Fall konkret der Strommarkt, abschließend harmonisiert, könnten Mitgliedstaaten sich nicht mehr auf die Rechtfertigungsgründe der betroffenen Grundfreiheiten berufen.²² Das Sekundärrecht und auch die Grundfreiheiten stünden dann nationalen Sonderregelungen grundsätzlich entgegen.

Diese zweitgenannte Sichtweise erscheint in der Tat zwingend. Es widerspräche dem Binnenmarktsziel nach Art. 14 EG, wenn die Anwendung von binnenmarktschaffendem und die nötigen Rahmenseetzungen gerade vornehmenden Sekundärrecht durch ein Berufen auf Rechtfertigungsgründe verhindert werden könnte. Ist ein Bereich gemäß Art. 95 EG als einschlägige Rechtsgrundlage²³ harmonisiert, so können die Mitgliedstaaten je nach Ermächtigungsgrundlage nur noch unter engen Voraussetzungen zusätzliche nationale (hier Umwelt-)Schutzmaßnahmen nach Art. 95 Abs. 4 bis 6 EG (bzw. Art. 176 EG bei Annahme von Art. 175 EG als Rechtsgrundlage) erlassen.²⁴ Statt in einer Diskussion über die Warenverkehrsfreiheit und ihre Abwägung mit dem Umweltschutz befände man sich in diesem Fall in einer Diskussion über Art. 95 EG.

Dagegen trifft die erstgenannte Sichtweise nur zum Teil zu. Denn zumindest wäre dann, wenn das Sekundärrecht die EE-Förderung ausdrücklich vorgibt, noch zu prüfen, ob dieses Sekundärrecht seinerseits primärrechtskonform ist. Zwar scheint zumindest der EuGH in der Tat dazu zu neigen, (jenseits von Kompetenzbedenken) Sekundärrechtsakte der EG in aller Regel als primärrechtskonform zu beurteilen,²⁵ sei es im Interesse der europäischen Integration oder aus anderen Mo-

²² EuGH, Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2253, Rdnr. 19 m.w.N.; EuGH, Rs. C-369/88, *Delattre*, Slg. 1991, I-1487, Rdnr. 48; EuGH, Rs. 320/93, *Ortscheit*, Slg. 1994, I-5243, Rdnr. 14; EuGH, Rs. 215/87, *Schumacher*, Slg. 1989, 617, Rdnr. 15; EuGH, Rs. C-37/92, *Vanacker und Lesage*, Slg. 1993, I-4947, Rdnr. 9; EuGH, Rs. C-309/02, *dänisches Flaschenpfand*, Slg. 2004, I-11763, Rdnr. 53; *Ehlers*, (Fn. 20), S. 117 ff., Rdnr. 95; *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 719 ff.; *Müller-Graff*, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht (EUDUR), Bd. I, 2. Aufl. 2005, S. 239 ff., Rdnr. 67; *Frenz*, Warenverkehrsfreiheit und umweltbezogene Energiepolitik, NuR 2002, S. 207; die Facetten der folgenden Darstellung unter C. werden zu wenig deutlich bei *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 193 ff.

²³ Vgl. dazu etwa *Müller/Bitsch*, Zur Vereinbarkeit einer europaweiten Einspeiseregulation mit dem europäischen Primärrecht - Ergebnisse der Begutachtung des BEE-Modells „EU-FIT“, ZNER 2007, S. 385 ff.; siehe aber auch differenzierend *Oschmann*, Strom aus erneuerbaren Energien im Europarecht, 2002, S. 113 ff.

²⁴ *Ebricke*, Staatliche Maßnahmen zur Förderung umweltfreundlicher Energien und europäisches Wettbewerbsrecht, RdE 2003, S. 64; allgemein auch *Epiny*, in: *Ehlers*, (Fn. 20), S. 227 ff., Rdnr. 53.

²⁵ Oft wird lediglich die Existenz von Sekundärrechtsakten festgestellt, ohne dass eine Prüfung vorgenommen wird; vgl. EuGH, Rs. C-5/94, *Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2253, Rdnr. 19 m.w.N.;

tiven. Doch eine rein faktisch vorhandene Gerichtsansicht muss eben nicht per se richtig sein, und Urteile entscheiden nur einen konkreten Rechtsstreit, geben aber keine abstrakt-generelle Norm vor²⁶ (schon gar nicht, wenn nach einem Urteil gegebenenfalls noch Gesetzesänderungen erfolgt sind, wie sie vorliegend für den EE-Bereich zu diskutieren sein werden). Zumindest die Kompetenzen und die Grundrechte blieben dann also zu prüfen. Im Bereich der Grundfreiheiten wäre man dagegen dann nicht mehr, wenn das Sekundärrecht nationale EE-Fördermodelle explizit und abschließend vorgibt und der nationale Gesetzgeber genau diese dann auch einführt. Dies ist allerdings, wie sich noch zeigen wird, nicht der Fall, weshalb wir nachstehend primär die zweitgenannte Sichtweise prüfen. Denn zumindest, wenn die EE-Förderung vom Sekundärrecht gewissermaßen nur als denkbar gekennzeichnet und gerade nicht näher vorgegeben wird, müssen weiter die Grundfreiheiten und das ihnen innewohnende Abwägungsschema geprüft werden.

I. Ist eine Warenverkehrsbeeinträchtigung überhaupt rechtfertigbar? „Vollständige Harmonisierung“ des europäischen Marktes für erneuerbare Energien?

1. „Vollständige Harmonisierung“ durch Regelungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt?

Wie stark harmonisiert ist nun der EE-Binnenmarkt und was ist gegebenenfalls an der ursprünglichen EuGH-Sicht zum „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ aufrechtzuerhalten, zu korrigieren oder an Argumenten hinzuzufügen? Im Bereich des Energierechts und insbesondere im Stromsektor wurde bereits eine Vielzahl von Sekundärrechtsakten erlassen. Eine vollständige Harmonisierung des Elektrizitätsbinnenmarkts nach der Wegbereitung durch die Vorgängerrichtlinie 96/92/EG²⁷ könnte womöglich bereits mit der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG erreicht worden sein. Bis zum 30. Juni 2004 sollten Anforderungen und Instrumente der Richtlinie in nationales Recht umgesetzt werden und bis zum 30. Juni 2007 sollte die „uneingeschränkte“ Marktöffnung erfolgen (Art. 21 Abs. 1, 20 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG). Für eine vollständige Liberalisierung

EuGH, Rs. C-369/88, *Delattre*, Slg. 1991, I-1487, Rdnr. 48; EuGH, Rs. 320/93, *Ortscheit*, Slg. 1994, I-5243, Rdnr. 14; EuGH, Rs. 215/87, *Schumacher*, Slg. 1989, 617, Rdnr. 15.

²⁶ Die abstrakt-generelle Norm bleibt vielmehr das Gesetz, die Verordnung, die Verfassung usw. Dass sich die Praxis dennoch häufig – akzeptabler Weise – „an bereits ergangenen Urteilen orientiert“, liegt darin, dass (allein) in dem Fall, dass keine substantziellen Gründe für eine neue Rechtsansicht vorgetragen werden, eine Argumentationslastverteilung zugunsten der bereits judizierten alten Rechtsansicht besteht (u.a. aus Gründen der Rechtssicherheit); vgl. *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991, passim.

²⁷ RL 96/92/EG des EP und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 27 v. 30.1.1997, S. 20.

durch die neue Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie könnten insbesondere die Erwägungsgründe 3 bis 5 und 31 sprechen. Tatsächlich wird in den Erwägungsgründen 3 und 4 deutlich gemacht, dass das letztendliche Ziel der Harmonisierung eine vollständige Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts ist. Jedoch werden in Erwägungsgrund 5 ebenso „Haupthindernisse“ angesprochen, was gerade nicht nach vollständiger Liberalisierung klingt.²⁸ Auch die Formulierung des Erwägungsgrunds 31, nach der „das Ziel der beabsichtigten Maßnahme, nämlich die Schaffung eines voll funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkts, auf dem fairer Wettbewerb herrscht, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden kann“, kann angesichts der beigefügten Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip nicht so verstanden werden, dass eine vollständige Liberalisierung bereits angenommen wird. Dafür lässt die Richtlinie außerdem zu viele Fragen offen, z.B. den genauen Umgang mit EE. Nach Art. 11 Abs. 3 und 14 Abs. 4 können Mitgliedstaaten lediglich eine vorrangige EE-Abnahmepflicht im Vergleich zu konventionell erzeugtem Strom einführen. Daneben erlaubt Art. 3 Abs. 2 relativ unspezifisch weitere umweltschutzpolitische Vorgaben, solange diese nicht-diskriminierend sind. Eine abschließende Regelung ist darin nicht zu sehen. Artikel 3 Abs. 2 erlaubt lediglich den Schluss, dass nationale umweltpolitische Maßnahmen gerade möglich sein sollen. Ebenso wenig wird das bereits vorher existierende EG-Sonderrecht der EE in irgendeiner Weise aufgehoben,²⁹ weshalb das EG-Elektrizitätsbinnenmarktrecht bis hierher keine abschließende Harmonisierung bewirkt. Im Gegenteil sind aufgrund der Sonderregelungen in Richtlinie 2001/77/EG und der Nachfolge-Richtlinie diese als jeweilige *lex specialis* gegenüber der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 2003/54/EG sowie im Übrigen auch der Netzzugangs-Verordnung Nr. 1228/2003³⁰ zu sehen, die keine Sonderregelungen für EE-Strom enthält.

2. „Vollständige Harmonisierung“ durch EG-Sonderregelungen für erneuerbare Energien?

Damit ist der Bogen geschlagen zur bisherigen EE-Richtlinie 2001/77/EG.³¹ Diese Richtlinie soll den Anteil von EE an der Stromerzeugung nach Art. 1 fördern. Sie bekräftigt in Art. 4 die Anwendbarkeit der Beihilfavorschriften auf nationale Förderregelungen und beauftragt die Kommission mit der Berichterstattung über die einzelnen Regelungen. Artikel 4 überließ die Ausgestaltung der Fördersysteme

²⁸ Vgl. *Klinski*, (Fn. 20), S. 208.

²⁹ Dabei wird die EE-RL im Vorschlag für eine VO des EP und des Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel ausdrücklich erwähnt, KOM (2001) 125 endg. Dort wird aber lediglich festgestellt, dass ggf. negative Konsequenzen drohen.

³⁰ VO (EG) Nr. 1228/2003 des EP und des Rates v. 26.6.2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. Nr. L 176 v. 15.7.2003, S. 1.

³¹ RL 2001/77/EG des EP und des Rates v. 27.9.2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 283 v. 27.10.2001, S. 33.

damit aber im Gegenschluss ansonsten den Mitgliedstaaten. Entsprechend dem grundsätzlichen Ziel der Richtlinie, EE an den Binnenmarkt heranzuführen und einen Gemeinschaftsrahmen vorzubereiten, soll die Kommission den Erfolg der einzelnen Systeme bewerten und gegebenenfalls einen Harmonisierungsvorschlag unterbreiten. Dabei enthält diese Richtlinie eher Programmsätze, als dass sie eine abschließende Harmonisierung anstrebt, z.B. die Einführung (unverbindlicher) nationaler Richtziele (Art. 3), von Herkunftsnachweisen für EE-Strom (Art. 5), einer Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens (Art. 6) und Regeln über den Netzanschluss (Art. 7).

Die in diesen Tagen endgültig verabschiedete neue EE-Richtlinie setzt die Existenz von nationalen Fördermaßnahmen in ihrem Art. 3 Abs. 3 sowie in der Definition des Art. 2k voraus. Entsprechend wird die staatliche Förderung in Erwägungsgrund 25 als notwendig angesehen und ein ungestörtes Funktionieren nach Erwägungsgrund 89 angestrebt. Eine Harmonisierung erfolgt entsprechend dem Ziel der schrittweisen Harmonisierung im EE-Fahrplan der Kommission³² nur insoweit, dass Kooperationsmöglichkeiten hinsichtlich der Förderungshöhe insbesondere durch Art. 11 vorgesehen werden. Ferner enthalten die alte wie die neue EERL nach Mitgliedstaaten ausdifferenzierte EE-Ausbauziele; nunmehr soll der Endenergieverbrauch in der EG insgesamt im Jahre 2020 zu 20 %, im Verkehrssektor zu 10 %, aus EE gedeckt werden. Den Mitgliedstaaten werden bezüglich des Endenergieverbrauchs unterschiedliche nationale Quoten zugewiesen. Dies bekräftigt erneut, dass auch auf das Staatsgebiet beschränkte Fördermaßnahmen gerade nicht harmonisierend ausgeschlossen werden sollen. Inhaltlich geht es in der neuen EE-Richtlinie stattdessen um nationale Ziele, verstärkte Kooperation der Mitgliedstaaten, die Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens, Information und Ausbildung sowie Nachhaltigkeitskriterien für flüssige Biobrennstoffe und ähnliches.

All dies spricht nicht nur gegen eine „abschließende Harmonisierung“, sondern kann auch für die Frage herangezogen werden, ob Mitgliedstaaten sekundärrechtlich verpflichtet sind, nationale Fördermodelle (über konkrete Kooperationsmaßnahmen hinaus) für ausländischen EE-Strom zu öffnen. Indiz für die Notwendigkeit einer solchen grenzüberschreitenden Förderung durch die nationalstaatlichen Modelle könnten aber die gemäß Art. 5 Richtlinie 2001/77/EG eingeführten Herkunftsnachweise sein, die sich auch in Art. 15 der neuen Richtlinie wiederfinden. Sie dienen den Endkunden gegenüber als Information, dass eine bestimmte Menge an EE erzeugt wurde.³³ Der EuGH ging in seiner „PreussenElektra“-Entscheidung davon aus, dass die Einführung eines Systems von (in anderen Mitgliedstaaten anerkannten) Herkunftszertifikaten grenzüberschreitenden Handel

³² KOM (2006) 848 endg., (Fn. 1), S. 13 f.

³³ Eine im Kommissionsentwurf vorgesehene Berücksichtigung der Herkunftsnachweise (deren Übertragbarkeit zudem stark eingeschränkt bleibt) bei der Anrechenbarkeit auf die nationalen EE-Ziele wurde verworfen.

mit EE ermögliche³⁴ und sie somit Voraussetzung für das Entstehen eines Binnenmarktes im EE-Bereich sei.³⁵ Jedoch ergibt sich aus Art. 5 Abs. 4 und den Erwägungsgründen 10 und 21 der alten Richtlinie, dass das System der Herkunftsnachweise unabhängig von den Förderungsmechanismen zu betrachten ist.³⁶ Auch nach der neuen Richtlinie ist lediglich die Art der nationalen Förderung auf dem Herkunftsnachweis zu vermerken, ohne dass Herkunftsnachweis und Förderung enger verknüpft werden. Dies wird auch durch Erwägungsgrund 43 klargestellt, nach dem Herkunftsnachweise kein Recht auf Inanspruchnahme nationaler Förderungen begründen. Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, nationale Fördersysteme über auf dem eigenen Staatsgebiet erzeugte EE auszuweiten, ist aus dem Sekundärrecht somit nicht abzuleiten. Jedenfalls liegt keine abschließende Harmonisierung vor.

II. Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch die Förderung erneuerbarer Energien – zugleich zum Verhältnis zum Beihilfenregime

Mit alledem ist erwiesen, dass die Zulässigkeitsfrage der nationalen EE-Fördermodelle innerhalb des differenzierten Prüfungs- und Abwägungsrahmens der Warenverkehrsfreiheit abgearbeitet werden muss. Die Ware Strom müsste als Voraussetzung für die Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit allerdings auch tatsächlich grenzüberschreitend gehandelt werden. Hieran könnte es fehlen, da inländisch erzeugter Strom inländisch gefördert und dann auch inländisch verbraucht wird. Für den Grenzübertritt ist jedoch nicht auf das inländische Produkt abzustellen: Im Binnenmarkt soll der Marktzugang ausländischer Produkte in allen Mitgliedstaaten gewährleistet werden, so dass für den grenzüberschreitenden Handel auf ausländischer Produkte abzustellen ist, die über die Grenze transportiert werden.

Die Warenverkehrsfreiheit gilt für Einfuhr (Art. 28 EG) und Ausfuhr (Art. 29 EG) von Waren. Artikel 29 EG erfasst allerdings nur spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme (Diskriminierungsverbot).³⁷ Zweck der Maßnahme ist nun weder bei Quoten- noch bei Preismodellen eine Beschränkung des Exports, so dass eine Verletzung des Art. 29 EG ausgeschlossen wäre. Häufig wird aber ein Gleichlauf

³⁴ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 80.

³⁵ Vgl. *Sötebier*, Die Richtlinie zur Förderung der Stromerzeugung auf erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt – eine rechtliche Analyse, ZUR 2003, S. 72.

³⁶ Vgl. *Cremer*, Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht – Sind das Erneuerbare Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 01.07.2007 gemeinschaftsrechtswidrig?, EuZW 2007, S. 595.

³⁷ EuGH, Rs. 15/79, *Groenveld*, Slg. 1979, 3409; EuGH, Rs. 237/82, *Jongeneel Kaas*, Slg. 1984, 483; EuGH, Rs. C-47/90, *Delbaize Frères*, Slg. 1992, I-3669, Rdnr. 12; *Pache*, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), *Europarecht*, 2006, Rdnr. 75; *Epiney*, (Fn. 24), S. 227 ff., Rdnr. 47 ff.; *Müller-Graff*, (Fn. 22), S. 239 ff., Rdnr. 55 f. Stattdessen auf den Marktzugang abstellen wollen *Dausen/Brigola*, *Warenverkehr*, in: Dausen (Hrsg.), *EU-Wirtschaftsrecht*, 21. EL 2008, Rdnr. 182 ff.

von Ein- und Ausfuhrfreiheit angenommen;³⁸ in diesem Fall müssten Beschränkung und Rechtfertigung wie bei Art. 28 EG geprüft werden. Artikel 28 untersagt jedenfalls mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung. Nach der sogenannten „Dassonville“-Formel erfasst dies „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“³⁹ und bezieht damit sowohl Diskriminierungen als auch Behinderungen ein.

Ein Eingriff könnte zunächst darin bestehen, dass im EG-Ausland erzeugte Energie nicht in gleichem Maße wie inländisch erzeugte Energie gefördert und somit eine Diskriminierung bewirkt wird. Zumindest verhindern die vorrangige Abnahme- und Vergütungspflicht sowie eine EE-Quote einen (grenzüberschreitenden) Stromhandel mit ausländischem EE-Strom und konventionellem Strom in dem Umfang, in welchem nationaler EE-Strom begünstigt wird. Zumindest dies dürfte einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit darstellen. Kein Eingriff liegt hingegen darin, dass die Förderung in einem Mitgliedstaat günstiger ist als in anderen Staaten und damit einen größeren Anreiz zur Erzeugung von EE bietet. Insbesondere haben Anlagenbetreiber keinen Anspruch auf das vergleichsweise höchste EG-Förderungsniveau gegen ihren Heimatstaat; die Grundfreiheiten (die eben vor einer echten Harmonisierung ansetzen) fordern keine vollständige Marktgleichheit, sondern lediglich einen freien Marktzugang⁴⁰ – insoweit fehlt es bereits an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt. Durch die vorrangige Abnahme bzw. Quotenverpflichtung werden dagegen in- und ausländische Erzeuger konventioneller Energien in der Ausübung der Warenverkehrsfreiheit behindert, da ihre Produkte insoweit vom Markt verdrängt werden.⁴¹

Der Eingriff müsste aber auch durch eine staatliche Maßnahme erfolgen. Zwar erfolgt die Zahlung der Förderung bei Einspeisetarifen durch Privatpersonen, ebenso wie die Erfüllung der EE-Quote, sofern nicht eine staatliche Versteigerung erfolgt. Maßnahmen aufgrund Gesetzes sind jedenfalls staatliche Maßnahmen, wenn ein hoheitlicher Zwischenakt wie z.B. die Verweigerung einer Genehmigung in Anwendung des Gesetzes ausgesprochen wird.⁴² Eine Beschränkung des Begriffs der staatlichen Maßnahme auf diese Fälle würde aber eine umfassende Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit und damit die Idee eines europäischen Binnenmarkts unmöglich machen. Legt der Staat durch Gesetz fest, dass Private umwelt-

³⁸ Kingreen, (Fn. 16), Art. 28 EG, Rdnr. 127 ff.; Müller-Graff, (Fn. 22), S. 239 ff., Rdnr. 55 f.

³⁹ Vgl. EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837, Rdnr. 5.

⁴⁰ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097; EuGH, Rs. C-369/88, *Delattre*, Slg. 1991, I-1487; *Pache*, (Fn. 37), S. 322 ff., Rdnr. 12.

⁴¹ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 70.

⁴² Z.B. EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649; EuGH, Rs. 302/86, *Pfandflaschen*, Slg. 1988, 4607.

politische Aufgaben wahrnehmen sollen, indem sie Einspeisetarife zahlen oder bestimmte Quoten erfüllen müssen, ähnelt dies einer Konstellation, in der der Staat Hoheitsbefugnisse an einen Privaten überträgt. Auch diese private Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben (Verwaltungsprivatrecht), ist als staatliches Handeln einzustufen („keine Flucht ins Privatrecht“).⁴³ Der EuGH hat deshalb mit Blick auf Art. 10 EG beispielsweise die Untätigkeit von Mitgliedstaaten bei der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit durch Private als staatliche Maßnahme angesehen.⁴⁴ Ein weiteres Beispiel aus der Rechtsprechung ist ein Fall, in welchem die Beeinträchtigung erst durch ein Verhalten Privater aufgrund einer staatlich finanzierten Werbekampagne hervorgerufen wird.⁴⁵ Dies dürfte erst recht gelten, wenn die Beeinträchtigung durch einen Gesetzgebungsakt als staatliche Maßnahme erst entsteht wie z.B. beim deutschen EEG. Im Ergebnis liegt somit eine staatliche Maßnahme vor.

Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn EE-Strom – wie zur Zeit in Deutschland erwogen wird – künftig an einer Strombörse versteigert wird. Grundsätzlich hat eine solche Börse den Vorteil, dass die zeit- und ressourcenintensive Aushandlung einzelner Verträge entfällt (die bisher einen nicht unwichtigen Hemmschuh beim EE-Ausbau darstellt), die Börse zentral Bonitätsprüfungen vornimmt, Preisrisiken absichert und die Preise insgesamt einschließlich der Netznutzungsgebühren transparenter macht.⁴⁶ Inwieweit darüber hinaus ein Börsensystem ökonomisch effizienter wäre, ist Gegenstand empirischer Untersuchungen. Potenziell könnte jedenfalls eine Vereinfachung des Fördermechanismus erreicht werden. Eine Börse, an der ausschließlich EE gehandelt werden, würde dabei allerdings nur in Verbindung mit einer Quotenverpflichtung greifen und somit nicht zu einer Vereinfachung der Förderinstrumente führen, weswegen diese Option, soweit ersichtlich, auch von niemandem ernsthaft verfolgt wird. Praktikabler erscheint folglich eine allgemeine Strombörse wie der EEX in Leipzig, an der der physikalisch nicht unterscheidbare Strom aus erneuerbaren und konventionellen Energieträgern gehandelt wird. Dadurch würde EE-Strom unabhängig von der Herkunft den gleichen Preis erzielen können. Unabhängig von der Frage des Eingriffs könnte das beschriebene Börsenmodell jedoch unerwünschte Nebenfolgen haben. Ein EE-Verkäufer könnte scheinbar seinen Strom zu geringen Preisen anbieten, da ihm, anders als den Anbietern konventioneller Energie, die Differenzkosten ausgeglichen werden. In der sogenannten „Day-ahead“-Auktion an der EEX würde sich durch niedrige Gebote gegebenenfalls der Schnittpunkt der Angebots- und Nach-

⁴³ Kingreen, (Fn. 16), Art. 28 EG, Rdnr. 107.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-265/95, *spanische Erdbeeren*, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 59.

⁴⁵ EuGH, Rs. 249/81, *Buy Irish*, Slg. 1982, 4405, Rdnr. 18.

⁴⁶ Vgl. *Barth*, Strombörse und Energierecht, Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen des börslichen Handels von Elektrizität, RdE 2000, S. 140 f.

fragekurve („Markträumungspreis“) verschieben, welcher Grundlage für den Handelspreis ist („Einheitspreisauktion“).⁴⁷ Allerdings darf bezweifelt werden, ob ein solcher Effekt wirklich einträte, denn das letzte, „teuerste“ Kraftwerksgebot, bei dem ausreichend Anbieter bereit sind, die nachgefragte Menge an Elektrizität bereitzustellen, bestimmt an der EEX den Strompreis. Insbesondere solange, wie in der derzeitigen Situation, die Nachfrage nicht ausschließlich durch EE erfüllt werden könnte, beeinflusst dies das Preisgefüge nicht. Wenn unter den Geboten also „Dumpingangebote“ wären, so würde dies den Strompreis, der sich nach dem Markträumungspreis richtet, nicht verändern. EE-Erzeuger würden durch ein niedriges Gebot lediglich sicherstellen, dass sie unter den Verkäufern sind.

Ob durch das beschriebene Börsenmodell ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegt, mag von der genauen Ausgestaltung abhängen. Wird Strom aus allen Mitgliedstaaten gehandelt, ist dies zunächst einmal im Sinne der Warenverkehrsfreiheit. Beschränkt man freilich den Teilnehmerkreis auf nationale Anbieter, wie in einigen Mitgliedstaaten üblich,⁴⁸ wird Erzeugern aus anderen Mitgliedstaaten der Zugang zum Markt verwehrt, so dass erneut eine Diskriminierung vorläge. Genau dies soll jedoch bei der aktuell diskutierten weiteren EEG-Novelle nicht geschehen. Der deutsche EE-Strom soll dann nicht anders als z.B. französischer, österreichischer oder tschechischer EE-Strom an der Börse gehandelt werden. Insoweit läge keine Diskriminierung und keine sonstige Behinderung von ausländischem EE-Strom vor, so dass der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit entfiel.

Fraglich ist jedoch, was daraus folgen würde, wenn ein solches Börsenmodell vorsehen würde, dass nationale Übertragungsnetzbetreiber eine Preisdifferenz zwischen erzieltem (monatlichen Durchschnitts-)Börsenstrompreis und den bisherigen EEG-Fördersätzen an die EE-Erzeuger zahlen. Betrifft diese gesetzliche Verpflichtung wieder nur inländische Anbieter – wie es wohl intendiert ist –, so könnte man zunächst meinen, dass es insoweit bei dem Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit bleibt, da EE-Anbieter aus Deutschland und aus anderen Ländern eben ungleich behandelt werden. Dass hierin ein Beihilfenproblem – verbunden mit der Frage des Verhältnisses von Warenverkehrsfreiheit und Beihilfenrecht – liegen könnte, liegt nahe. Doch liegt dann wirklich noch ein Eingriff in die Warenverkehrsfrei-

⁴⁷ Sollte das Problem dennoch aus irgendeinem Grund bestehen, könnte man einen Mindestpreis vorsehen, z.B. einen bestimmten Prozentsatz des *Market Clearing Price* (MCP), d.h. dem Punkt, an dem Angebots- und Nachfragekurve sich treffen, also das Anbieter bereit sind, das nachgefragte Volumen anzubieten und Nachfragern genau diese Menge zu diesem Preis anzubieten als Schnittstelle von Angebot und Nachfrage. Wenig sinnvoll wären in jedem Fall ergänzende Höchstpreise, da dann von der Börse als Wettbewerbsschaffer nicht mehr viel übrig bliebe.

⁴⁸ *Ockenfels u.a.*, Strommarktdesign – Preisbildungsmechanismen im Auktionsverfahren für Stromstundenkontrakte an der EEX – Gutachten im Auftrag der European Energy Exchange AG zur Vorlage an die Sächsische Börsenaufsicht, 2008, 11. Interkonnektorkapazität wird entsprechend zumeist in speziellen sogenannten „expliziten Auktionen“ gehandelt.

heit vor? Anbieter von Strom aus Deutschland wären nach dem Börsenmodell auf dem Strommarkt nämlich nicht mehr besser gestellt als Anbieter von Strom aus EE aus anderen Mitgliedstaaten. Die Besserstellung der inländischen Erzeuger fände eben nicht auf dem Strombinnenmarkt, also beim Stromverkauf, statt, sondern lediglich als Förderung der Stromerzeugung. Diese Besserstellung der Erzeugung mag ein Beihilfenproblem (und vielleicht eine Grundrechtsthematik) sein, aber ist es auch ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit?

Zunächst könnte ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit bei einer Förderung durch Einspeisetarife (allerdings nicht nur beim Börsenmodell) schon darin liegen, dass Einspeisetarife typischerweise mit einem Abnahmevorrang verknüpft werden. Dadurch wird zum einen im Umfang dieses Stromabsatzes ausländischen Anbietern von Strom die Möglichkeit verwehrt, eigenen Strom auf dem jeweiligen nationalen Strommarkt zu verkaufen. Zum anderen können entsprechend die nationalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen in diesem Umfang keinen Strom aus anderen Mitgliedstaaten abnehmen. Beides tangiert den grenzüberschreitenden Handel mit konventionellem und EE-Strom. Konventioneller Strom aus dem Ausland würde hier jedoch nicht stärker behindert als deutscher konventioneller Strom. Und die vorrangige EE-Einspeisung ist wegen Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG ausdrücklich zulässig, so dass insoweit kein Eingriff vorliegen dürfte.

Doch stellt sich die Frage nach der Eingriffsqualität der Beschränkung der finanziellen Förderung auf inländische Erzeugnisse. Man könnte eine Differenzierung von Erzeugung und Verkauf gegen die Eingriffsqualität anführen. Die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf den Marktzugang ausländischer Produkte bedeutet indes nicht, dass Vergleichsgruppe für die Feststellung eines Eingriffs in die Grundfreiheit lediglich der Marktzugang der inländischen Produkte ist. Es kommt nach gängiger Betrachtungsweise vielmehr auf die Wirkung an, die eine Maßnahme auf den Marktzugang ausländischer Waren hat. Jene Wirkung ist aber gleich, egal ob der Verkauf oder die EE-Erzeugung gefördert werden. Würde man eine solche Differenzierung für die Frage der Eröffnung des Schutzbereichs der Warenverkehrsfreiheit zulassen, könnten im Übrigen die Mitgliedstaaten als Grundfreiheitsverpflichtete selbst über deren Reichweite bestimmen. Dies geriete in einen Konflikt mit dem Binnenmarktziel des Art. 14 EG.

Man könnte die Eingriffsqualität eines Börsenmodells allerdings unter Hinweis darauf hinterfragen, dass doch schließlich auch eine Beihilfe vorliegen könne, was dann die Warenverkehrsfreiheit verdrängen müsse. Doch ist die Rechtslage insoweit komplexer. Beihilfen müssen grundsätzlich mit dem sonstigen EG-Recht und damit auch den Grundfreiheiten im Einklang stehen.⁴⁹ Wettbewerbsrecht und

⁴⁹ EuGH, Rs. 103/84, *Kommission/Italien*, Slg. 1986, 1759, Rdnr. 19; EuGH, Rs. 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20 f.; vgl. ferner EuGH, Rs. 74/76, *Ianelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, Rdnrn. 9-17; EuGH, Rs. 249/81, *Buy Irish*, Slg. 1982, 4405, Rdnr. 18; EuGH,

Warenverkehrsfreiheit dienen grundsätzlich dem gleichen Ziel, nämlich der Schaffung und Sicherung eines freien Warenverkehrs unter normalen Wettbewerbsbedingungen.⁵⁰ Nach der weiten „Dassonville“-Formel ist eine Beihilfe regelmäßig eine Maßnahme gleicher Wirkung. Wendet man in diesem Sinne aber die Warenverkehrsfreiheit auf Beihilfefälle an, hebt man die Besonderheiten des Beihilfenrechts und insbesondere auch die Ausnahmetatbestände des Art. 87 Abs. 2 und 3 EG aus. Artikel 30 EG erlaubt z.B. – anders als Art. 87 Abs. 3 EG – keine Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Gründen.⁵¹ Außerdem würde dadurch die Zuständigkeitsverteilung im EG-Vertrag, insbesondere das vorrangige Prüfungsrecht der Kommission bei Beihilfen, unterlaufen werden.⁵² Das Beihilfenrecht ist daher als *lex specialis* zur Warenverkehrsfreiheit anzusehen.⁵³ Lediglich wenn eine Maßnahme nicht eindeutig als Beihilfe eingeordnet werden kann, wendet der EuGH die Warenverkehrsfreiheit an.⁵⁴ Wenn allerdings gar keine Beihilfe vorliegt (etwa mangels „staatlicher“ Zuwendungen), würde dies die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit für sich genommen nicht ausschließen. Und ein altes wie auch ein neues EEG beispielsweise könnte unter Umständen gerade keine Beihilfe darstellen.

Auch wenn man für ein neues Börsenmodell einen Eingriff annehmen und damit in die im Weiteren ohnehin hilfswise durchgeführte Rechtfertigungsprüfung eintreten sollte, sind zwei Gesichtspunkte festzuhalten: Zum einen könnte man der Prüfung anhand der Warenverkehrsfreiheit immer noch – unter Inkaufnahme

Rs. 18/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1985, 1339, Rdnr. 13; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 53 m.w.N.; *Mederer*, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Kommentar, 3. Aufl. 2003, vor Art. 87-89 EG, Rdnr. 10; *Oliver*, Free movement of goods in the European Community, 4. Aufl. 2003, S. 106 ff.; *Cremer*, Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, S. 225; *Schramme*, Rapport entre les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives (art. 30 et s. C.E.E.) et les aides nationales (art. 92 et s. C.E.E.), RTDE 1985, S. 490 f.

⁵⁰ EuGH, Rs. 18/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1985, 1339, Rdnr. 13; EuGH, Rs. 74/76, *Ianelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, Rdnrn. 9-17; EuGH, Rs. 103/84, *Kommission/Italien*, Slg. 1986, 1759, Rdnr. 19.

⁵¹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 16), Art. 87 EG, Rdnr. 64; *Koenig/Kühling/Ritter*, (Fn. 49), Rdnr. 59; *Cremer*, (Fn. 49), S. 227.

⁵² EuGH, Rs. 74/76, *Ianelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, Rdnrn. 6-17; *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 64. Nicht von der Kompetenzverteilung auf eine Spezialität des Beihilfenrechts schließen möchte *Beljin*, in: Schulze/Zuleeg, (Fn. 37), S. 1220 ff., Rdnr. 10.

⁵³ *Dausies/Brigola*, (Fn. 37), Rdnr. 104; *Frenz*, Handbuch Europarecht 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rdnr. 901; *Ebricke*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1 (2. Teil), 4. Aufl. 2007, Art. 87 EG, Rdnr. 17; *Iro*, Die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem EG-Vertrag, RdE 1998, S. 18; *Koenig/Kühling/Ritter*, (Fn. 49), Rdnr. 58 m.w.N.

⁵⁴ So auch *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnrn. 17, 41; vgl. auch *Koenig/Kühling/Ritter*, (Fn. 49), Rdnr. 58 m.w.N.; *Mederer*, (Fn. 49), vor Art. 87-89 EG, Rdnr. 10; *Frenz*, (Fn. 53), Rdnr. 901; *Iro*, (Fn. 53), S. 18.

einer beim bisherigen EEG-Modell vielleicht nicht stattfindenden Beihilfen-Recht-fertigungsprüfung – jederzeit durch eine kleine weitere Umgestaltung des Einspeisevergütungssystems entgehen. Aus dem eben zum Verhältnis von Beihilfenrecht und Warenverkehrsfreiheit Gesagten ergibt sich nämlich, dass sehr ähnliche Steuerungsinstrumente an unterschiedlichen Maßstäben gemessen werden. So würde sich wirtschaftlich und klimapolitisch am EEG wenig ändern, wenn das bisherige System der „Quasi-Abgabe“ (nur eben ohne Finanztransfer über den Staat) in eine direkte Sonderabgabe verwandelt würde, die der Staat dann als „Beihilfe“ den EE-Produzenten zuwendet; doch primärrechtlich wäre nach dem Gesagten in beiden Fällen eben vielleicht ein unterschiedlicher Maßstab⁵⁵ einschlägig.⁵⁶ Zum anderen müsste man, wenn man die Warenverkehrsfreiheit auf ein EEG-Börsenmodell anwenden würde, diese Grundfreiheit konsequenterweise in viel stärkerem Maße als bisher auch gegen die konventionellen Energieträger zum Zuge bringen (was deren Wettbewerbsfähigkeit wohl „nachhaltig“ untergraben würde).⁵⁷ Denn konventionelle Energieträger erhielten in den letzten Jahrzehnten eine Vielzahl direkter und indirekter Subventionen, letztere in Gestalt der Nichtanlastung ihrer vollen externen Kosten.⁵⁸ Gerade die damit hingenommene Kostenexternalisierung ist wohl keine staatliche Beihilfe; sie wäre aber an der Warenverkehrsfreiheit zu messen. Denn auch eine solche indirekte Subventionierung der konventionellen Energieträger macht es für ausländischen (EE- oder auch Nicht-EE-)Strom schwerer, in Deutschland zum Zuge zu kommen und behindert damit den innergemeinschaftlichen Handel. Dabei ist zu bedenken, dass auch unterschiedslos wirkende Maßnahmen an der Warenverkehrsfreiheit zu messen sind („Dassonville“-Formel).

⁵⁵ Es sei denn, man geht nun doch davon aus, dass das dargelegte, leicht kuriose Wahlrecht der Mitgliedstaaten dadurch aufzulösen ist, dass auch in diesem Falle die Warenverkehrsfreiheit zu prüfen ist.

⁵⁶ Fürchtet man als Gesetzgeber die zweifelhafte BVerfG-Sonderabgabenjudikatur (BVerfG, ZUR 1998, S. 144 ff.), so könnte man statt einer Sonderabgabe auch eine Steuer schaffen.

⁵⁷ Gas und seit einiger Zeit Kohle sind dabei auch nicht (mehr) durch ein europäisches Primärsonderrecht geschützt. Beim Atomstrom bestünden zumindest rechtspolitische Desiderate in puncto externe Kosten (weil z.B. die „de facto“-Freistellung vom Haftungsrisiko für große Atomunfälle oberhalb der gesetzlichen Haftungshöchstsummen zu Lasten der einzelnen Bürger auf eine Kostenexternalisierung hinausläuft).

⁵⁸ Die zumindest näherungsweise bezifferbar sein dürften; immerhin handelt es sich dabei seit Jahrzehnten um ein Hauptforschungsfeld der Umweltökonomik; vgl. *Stern*, (Fn. 2), passim.

III. Rechtfertigung des Eingriffs: Warenverkehrsfreiheitsinduzierter Freihandel contra Klimaschutz – insbesondere zur Erforderlichkeitsprüfung

In jedem Fall läge aber ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit zu Lasten ausländischer EE-Erzeuger bzw. der Erzeuger konventioneller Energien erst vor, wenn keine Rechtfertigungsgründe eingreifen. Diese Frage nach den Rechtfertigungsgründen leistet die Ausbalancierung der Freihandelsidee mit anderen Rechtsgütern, solange die EU nicht über ein durchgängig harmonisiertes Netz ökologischer, sozialer usw. rahmensetzender Standards für den Freihandel verfügt. Zu prüfen ist eine Rechtfertigung durch im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit selbst vorgesehene Gründe sowie kollidierende Rechtsprinzipien wie etwa die Grundrechte. Eine Rechtfertigung über den ausdrücklich im EG-Vertrag genannten und durch den integrationsfreundlichen EuGH als Ausnahmevorschrift eng ausgelegten⁵⁹ Art. 30 EG scheidet freilich für Gesetze wie das EEG aus, da dieser nicht explizit eine Rechtfertigung durch Umweltbelange erfasst. Die tendenziell enge Auslegung von Ausnahmetatbeständen wie Art. 30 EG und die Ausweitung des Tatbestands neben Diskriminierungen auch auf Beschränkungen durch die Auslegung des Begriffs „Maßnahmen gleicher Wirkung“ in der „Dassonville“-Formel führte aber im EuGH-Urteil *Cassis de Dijon*⁶⁰ zur Anerkennung ungeschriebener Rechtfertigungsgründe bzw. ungeschriebener Tatbestandsbegrenzungen (der EuGH schwankt insoweit⁶¹), sogenannter zwingender vom Gemeinschaftsrecht anerkannter Erfordernisse.

Die Mitgliedstaaten könnten sich insoweit gerade auf Umweltbelange⁶² wie den Klimaschutz oder auf die Versorgungssicherheit berufen. Regionaler Aufschwung wäre dagegen als Teil der nationalen Wirtschaftspolitik im Rahmen der EG, die ja gerade einen europäischen Markt schaffen möchte, ein eher prekäres Ziel.⁶³ Die Versorgungssicherheit lässt sich demgegenüber vielleicht schon unter die „öffentliche Sicherheit“ in Art. 30 EG fassen. Bereits im „PreussenElektra“-Urteil hatte

⁵⁹ EuGH, Rs. 7/61, *Kommission/Italien*, Slg. 1961, 695, 720; EuGH, Rs. 29/72, *Marimex*, Slg. 1972, 1309, 1318; EuGH, Rs. 113/80, *Kommission/Irland*, Slg. 1981, 1625, Rdnr. 7; EuGH, Rs. C-205/89, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1991, I-1361, Rdnr. 9.

⁶⁰ EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

⁶¹ Vgl. EuGH, Rs. C-368/96, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-1/90, *Aragonesa*, Slg. 1991, I-4151, Rdnr. 13; siehe auch mit unterschiedlicher Antwort *Jestedy/Kaestle*, Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art 30 EGV – Das Keck-Urteil, EWS 1994, S. 27; *Hirsch*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, ZEuS 1999, S. 511; *Jarass*, (Fn. 22), S. 719; *Dausey/Brigola*, (Fn. 37), Rdnrn. 124, 229; *Pache*, (Fn. 37), S. 322 ff.

⁶² Der Umweltschutz wurde in EuGH, Rs. 240/83, *ADBHU*, Slg. 1988, 4607, Rdnr. 8 als zwingendes Erfordernis anerkannt; vgl. auch EuGH, Rs. C-463/01, *Dosenpfand*, Slg. 2004, I-11705.

⁶³ EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteeders*, Slg. 1988, I-2124, Rdnr. 14.

Generalanwalt *Jacobs* zwar Zweifel, ob angesichts der geringen EE-Marktpräsenz ein Beitrag zur Versorgungssicherheit geleistet würde.⁶⁴ Allerdings ist Versorgungssicherheit nahe liegender Weise eine gerade auch langfristige Kategorie. Und die langfristige Versorgungssicherheit Europas kann nur durch eine EE- und Energieeffizienzstrategie erreicht werden, die die Abhängigkeit von endlichen, zudem aus politisch instabilen Weltregionen stammenden Rohstoffen wie Öl, Gas, Uran und teilweise auch Kohle sukzessive überwindet.⁶⁵

Eine Rechtfertigung für Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit aus Umwelt- bzw. Klimaschutzgesichtspunkten ist in Art. 30 EG nicht ausdrücklich vorgesehen. Der Klimaschutz kann aber mit Blick auf Art. 6 und 174 EG – also in systematischer Auslegung – sowie die gemeinschaftsrechtliche Ratifizierung des völkerrechtlichen Kyoto-Protokolls (nach Art. 300 Abs. 7 EG für Gemeinschaft und Mitgliedstaaten verbindlich) – also in völkerrechtskonformer systematischer Auslegung – als zwingendes Erfordernis (des gängigerweise so bezeichneten Gemeinwohls⁶⁶) und damit als zulässiger Rechtfertigungsgrund eingeordnet werden. Entsprechend hat der EuGH bereits in der „PreussenElektra“-Entscheidung Umweltschutzbelange als zwingendes Erfordernis angesehen.⁶⁷ Bemerkenswert ist insoweit, dass ungeschriebene Rechtfertigungsgründe wie Umweltbelange, welche zunächst von der Judikatur nur bei nicht-diskriminierenden Behinderungen herangezogen wurden,⁶⁸ zur Rechtfertigung einer Diskriminierung von EE aus anderen Mitgliedstaaten herangezogen wurden; der EuGH hat von einer zwischen Diskriminierung und Beschränkung differenzierenden Anwendung von Rechtfertigungsgründen zu-

⁶⁴ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 209.

⁶⁵ Bejaht in EuGH, Rs. 72/83, *Campus Oil*, Slg. 1984, 2727, Rdnr. 34 f.; verneint hingegen in EuGH, Rs. C-398/98, *Kommission/Griechenland*, Slg. 2001, I-7915, Rdnr. 29 f.

⁶⁶ Auf den Zusatz „des Gemeinwohls“ könnte man ggf. verzichten, da der Begriff Gemeinwohl/Allgemeininteresse/öffentliches Interesse bei genauer Betrachtung (hier wie generell) (a) kaum einen greifbaren Inhalt hat, (b) jenseits der liberal-demokratischen Grundordnung liegende historische Traditionen und Gehalte aktiviert und (c) mangels Kontur auch als entbehrlich angesehen werden kann. Die rechtliche Frage lautet schlicht: Ist ein Belang/Interesse ein anerkanntes Interesse oder eben nicht? Nach andernorts vertretener und hergeleiteter Auffassung wäre es dann so, dass liberal-demokratische Ordnungen nur die Freiheit und die (sehr weit verstandenen) Freiheitsvoraussetzungen – und alles, was aus beidem folgt – als legitime Erfordernisse/öffentliche Aufgaben/Rechtsgüter bei korrekter Interpretation der Grundnormen ebenjener Ordnungen anerkennen können; vgl. etwa *Ekardt*, (Fn. 21), Kap. IV.E.; *Ekardt*, (Fn. 2), § 5.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 73 f.; vgl. zum folgenden auch *Oschmann*, (Fn. 23), S. 193 ff.

⁶⁸ EuGH, Rs. 113/80, *Kommission/Irland*, Slg. 1981, 1625, Rdnr. 11; EuGH, Rs. C-25/88, *Wurmser*, Slg. 1989, 1105, Rdnr. 10; EuGH, Rs. C-2/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-4431, Rdnr. 34; *Kühne*, Anmerkung zu: EuGH, U. v. 13.03.2001 – Rs. C-379/98 – (zur Europarechtskonformität des deutschen Stromerzeugungsgesetzes), JZ 2001, S. 759.

nehmend Abstand genommen.⁶⁹ Die Rechtfertigung der Diskriminierung durch Umweltbelange in der Entscheidung *PreussenElektra* steht in dieser Rechtsprechungslinie.⁷⁰ Inwieweit außerdem die Grundrechte anderer Bürger zwingende Erfordernisse darstellen, wird in einem gesonderten (folgenden) Abschnitt untersucht.

Die mitgliedstaatlichen Fördermaßnahmen müssen, auch wenn sie einem legitimen, zwingenden Erfordernis dienen, sodann aber auch stets verhältnismäßig sein. Dies ergibt sich entweder aus Art. 30 Satz 2 EG oder gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz freiheitlicher Ordnungen und somit auch des Gemeinschaftsrechts.⁷¹ Gemeinsam mit der Frage nach dem legitimen Eingriffszweck bzw. Rechtfertigungsgrund bildet diese Verhältnismäßigkeit einen Kanon von Abwägungsregeln für den Konflikt „Freihandel versus Klimaschutz“, wobei im Folgenden auch zu fragen ist, welche Regeln insoweit wirklich bestehen. Die Abwägungsregel der Geeignetheit,⁷² also die Frage, ob sich der Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit zur Förderung des verfolgten Zwecks Klimaschutz eignet, dürfte bei nationalen EE-Förderungsmaßnahmen grundsätzlich unproblematisch sein. Eine nähere Analyse verlangt dagegen eine weitere Abwägungsregel, die Erforderlichkeit: Die Verfolgung eines angestrebten (Klima-)Ziels darf also nicht in gleich hohem Maße durch eine warenverkehrsfreiheitsbeschränkende Alternativmaßnahme möglich sein.⁷³ Dabei genießen die Mitgliedstaaten erhebliche Spielräume.⁷⁴ Dies erscheint auch

⁶⁹ EuGH, Rs. C-203/96, *Dusseldorf*, Slg. 1998, I-4075, Rdnrn. 44, 49; EuGH, Rs. C-34/95, *de Agostini*, Slg. 1997, I-3843, Rdnr. 44 f.; anders EuGH, Rs. C-224/97, *Ciola*, Slg. 1999, I-2517, Rdnr. 16. Danach sind Diskriminierungen nur durch geschriebene Rechtfertigungsgründe zu rechtfertigen. Die Differenzierung entfällt bei *Epiney*, (Fn. 24), S. 227 ff., Rdnr. 61; kritisch zu einer Rechtfertigung von Diskriminierungen durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe über den Umweltschutz hinaus *Ehricke*, (Fn. 24), S. 64. Zumindest eine Aufgabe der Differenzierung zwischen indirekter Diskriminierung und Beschränkung befürwortet *Ehlers*, (Fn. 20), S. 117 ff., Rdnr. 90; so auch *Gundel*, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, Jura 2001, S. 79 ff.

⁷⁰ *Cremer*, (Fn. 36), S. 393; vgl. auch *Klinski*, (Fn. 20), S. 213.

⁷¹ *Ehlers*, (Fn. 20), S. 117 ff., Rdnr. 96; *Kingreen*, (Fn. 16), Art. 28 EG, Rdnrn. 88, 101; dazu, dass liberale Ordnungen eine solche Abwägungsregel – insb. Geeignetheit und Erforderlichkeit, die sicherstellen, dass dem einen nur soviel genommen wird, wie wirklich nötig ist, um einem anderen etwas zu geben – zwingend enthalten, *Ekardt*, (Fn. 21), Kap. V.G.

⁷² Auch sie strukturiert (wie die Erforderlichkeit) die Gesamtabwägung zwischen den kollidierenden Belangen, indem sie vorgibt, dem einen Belang nichts zu nehmen, wenn dies einem anderen Belang gar nicht förderlich ist. Man kann auch von „Abwägung i.w.S.“ sprechen, im Gegensatz zur „Abwägung i.e.S.“, die – sofern sie denn überhaupt nötig ist – im Folgeabschnitt thematisiert wird.

⁷³ EuGH, Rs. 298/87, *Smanor*, Slg. 1988, 4489, Rdnr. 15; EuGH, Rs. C-67/97, *Blubme*, Slg. 1998, I-8033, Rdnr. 35; *Ehlers*, (Fn. 20), S. 117-226, Rdnr. 96; ausführlich zum Folgenden auch *Erk*, (Fn. 22), S. 99 ff. und 209.

richtig, wobei man die vom EuGH nicht näher thematisierte Begründung hinzufügen muss: Grundsätzlich zielt die Erforderlichkeit zwar auf eine empirische Prüfung, ob ein Politikinstrument einen Belang bzw. ein Ziel optimal verwirklicht.⁷⁵ Bei solchen Tatsachenfragen besteht im Grundsatz erst dann Anlass für einen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, wenn die Tatsachenfragen unsicher sind.⁷⁶ Allerdings sind erstens einige Tatsachenfragen in puncto EE-Instrumente vielleicht wirklich unsicher; vor allem folgt aber zweitens ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum daraus, dass der Gesetzgeber eben eine Vielzahl von Zielen wie Klimaschutz, Kostenminimierung etc. im Blick hat und ein „milderes Mittel“ für das eine Ziel zugleich die Erreichung eines anderen Ziels gefährden kann.

Eine mildere Alternative gegenüber einem Preismodell könnte das Quotenmodell sein. Erbringt das Quotenmodell vielleicht gleich viel oder mehr Klimaschutz und Technologieförderung zum gleichen Preis wie ein Einspeisemodell? Quotenmodelle werden wegen ihrer Marktnähe gepriesen. Durch den direkten Preiswettbewerb zwischen den einzelnen Anbietern würde sich der Kapitaleinsatz auf die wirtschaftlich effizientesten Anlagen und günstigsten Standorte konzentrieren; die Mehrkosten für EE würden transparent, da sie sich in Zertifikaten widerspiegeln. Dadurch stiege der Kostendruck, so dass Mitnahmeeffekte zumindest reduziert würden. Der Erfolg des Quotensystems hängt jedoch, wie gesehen, von seiner genauen Ausgestaltung ab. Nur wenn das EE-Ausbauziel gegenüber dem Ist-Zustand hoch angesetzt ist und entsprechende Sanktionen für Quotenverfehlungen festgesetzt werden, führt das Quotenmodell zum erstrebten Klimaschutz durch EE-Ausbau. Für Investoren und damit für die Technologieförderung dürfte das Quotenmodell aufgrund der geringeren Planungssicherheit unter anderem mangels Festvergütungen weniger attraktiv sein als ein Einspeisemodell.⁷⁷

Preisregelungen hingegen haben in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten zu einem großen EE-Zuwachs geführt, insbesondere aufgrund geringerer Investitionsrisiken durch langfristige Förderung; sie sind klimapolitisch erfolgreich, und in ihrer Förderung der „Innovation EE“ sind sie durch die Festpreise ohnehin strukturell dem Quotenmodell überlegen.⁷⁸ Freilich wird Preis- bzw. Einspeisemodellen

⁷⁴ EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 82. Den Mitgliedstaaten kommt dabei ein Prognosespielraum zu; vgl. auch EuGH, Rs. C-293/93, *Houtwipper*, Slg. 1994, I-4249, Rdnr. 22; EuGH, Rs. C-394/97, *Heinonen*, Slg. 1999, I-3599, Rdnr. 43.

⁷⁵ Ziel-Mittel-Prüfungen sind erkenntnistheoretisch betrachtet Fragen der instrumentellen und nicht der normativen Rationalität und damit Tatsachenfragen; vgl. *Ekardt*, (Fn. 21), Kap. I.E. und V.G.

⁷⁶ Vgl. im Einzelnen *Ekardt/Susnjar*, Tatsachen und Tatsachenunsicherheiten im nationalen, europäischen und internationalen Umweltrecht, Zugleich zur Sein-Sollen-Scheidung im Recht, JbUTR 2007, S. 277 ff.

⁷⁷ Zum Ganzen auch OPTRES, Support schemes, S. 16.

⁷⁸ *Ibid.*, S. 17. Kein Argument gegen das Quotenmodell wäre demgegenüber die fehlende Differenzierung zwischen verschiedenen, klimapolitisch unterschiedlich wünschenswerten EE-Quellen,

ihr hoher Kostenfaktor und eine teilweise auch innovationsmindernde Wirkung entgegenghalten (denn die EE werden zwar gefördert, unter Umständen aber mit zu geringem Anreiz für die Suche nach kosteneffizienteren Lösungen),⁷⁹ da auch EE-Produzenten mit niedrigen Erzeugungskosten in den Genuss der hohen Pauschalvergütung kommen (Mitnahmeeffekte). Ob das Quotenmodell dies mit seinen beweglichen Preisen immer abbilden kann, erscheint freilich fraglich. Wenn, dann müsste man über die „Kostengünstigkeit“ jeglicher Art von EE-Förderung im Vergleich zu eher effizienz- und suffizienzbezogenen Klimapolitiken nachdenken. Insoweit mag es zutreffen, dass z.B. eine entschlossene Gebäudesanierung für eine nationale Volkswirtschaft bei gleichem Klimaschutzeffekt zunächst kostengünstiger wäre als z.B. eine entschlossene Solarenergieförderung.⁸⁰ Letztlich darf jedoch das eine nicht gegen das andere ausgespielt werden, denn eine für das Jahr 2050 unter Umständen anzustrebende Null-Emissions-Wirtschaft wird noch (weitgehend klimaneutrale, also erneuerbare) Energieträger benötigen – und deren Technologie muss heute zügig entwickelt werden.

Selbst wenn ein bestimmtes Modell im Hinblick auf ein Ziel wie Klimaschutz wirklich kostenmäßig „milder“ wäre, so hat es doch zugleich negative Folgen für ein anderes Ziel – wie vorliegend die Investitionssicherheit seitens der Innovationsträger. Da beide Modelle grundsätzlich Vor- und Nachteile haben, wechseln viele Mitgliedstaaten weiterhin zwischen den Modellen (z.B. Großbritannien)⁸¹ bzw. justieren die von ihnen gewählten Modelle nach, mit einer starken Tendenz indes zum Preis- bzw. Einspeisemodell. Wenn man verschiedene Ziele wie Klimaschutz, Technologieförderung, Innovationsförderung, Kostenminimierung und anderes mehr in Rechnung stellt, wird man nach alledem nicht sagen können, dass das Quotenmodell dem Preismodell die „Erforderlichkeit“ im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit streitig machen kann. Selbst wenn ein bestimmtes Modell im

da man auch Quotenmodelle so konzipieren könnte, dass verschiedene EE-Träger in unterschiedlichem Maße auf die Quote angerechnet werden.

⁷⁹ Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen, KOM (2005) 627 endg.

⁸⁰ EE- wie auch Effizienzmaßnahmen gleichermaßen benötigt im Übrigen die Rahmenbedingung „inhaltlich strikte und sanktionierte Vorgabe an die Treibhausgasemissionsreduktion“; denn ohne ein solches Ziel erhöhen beiderlei Maßnahmen schlicht das globale Energieangebot – die in Deutschland eingesparten fossilen Brennstoffe drohen dann schlicht in den Schwellenländern verfeuert zu werden; vgl. etwa *Hänggi*, *Wir Schwätzer im Treibhaus*, 2008; *Sinn*, *Das grüne Paradoxon*, 2008. – Dies stellt indes nicht etwa die „Geeignetheit“ nationaler EE-Förderregelungen in Frage. Denn erstens bleiben die Ziele „Förderung neuer Technologien“ und „Unabhängigkeit von endlichen fossilen Brennstoffen“ durch das eben genannte Problem unberührt. Und zweitens sind globale Reduktionsziele überhaupt nur denkbar, wenn vorab demonstriert wird, dass alternative Energiequellen wirklich zur Verfügung stehen (und genau dies erreicht man durch nationale Förderregelungen); vgl. auch *Erk*, (Fn. 22), S. 104 f.

⁸¹ Vgl. *Laube/Toke*, (Fn. 13), S. 135. Großbritannien wechselte 2001 von einem Ausschreibungs- zu einem Quotenmodell. Das kürzlich verabschiedete Klimaschutzgesetz sieht außerdem die Möglichkeit vor Einspeisetarife einzuführen.

Hinblick auf ein Ziel wie Klimaschutz wirklich kostenmäßig „milder“ wäre, so hat es doch zugleich negative Folgen für ein anderes Ziel – wie vorliegend die Investitionssicherheit seitens der Innovationsträger, und dies ist der Grund für vorhandene Regulierungsspielräume. Somit bestehen an der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit in grundsätzlicher Hinsicht keine Bedenken.⁸²

Es gilt ferner noch die transnationale Dimension in die Argumentation einzubeziehen, also die Frage nach einer Förderpflicht auch für EG-ausländischen EE-Strom. Alternativ zu den gängigen Fördermodellen (und insbesondere zum EEG) könnten die Mitgliedstaaten nämlich auch sämtlichen in der EG erzeugten Strom fördern, und zwar unabhängig vom Ort der Erzeugung und dem Ort des Verbrauchs. Für ausländische Anlagenbetreiber wäre dies natürlich von Vorteil. Außerdem könnte die Unterstützung auf die ergiebigsten und damit auch kosteneffizientesten Standorte in der EG konzentriert werden (z.B. wind- und sonnenreiche Gebiete),⁸³ zumal der Klimawandel ein globales Problem ist und ergo im Ausland erzeugter EE-Strom klimapolitisch genauso sinnvoll ist wie einheimischer EE-Strom.⁸⁴ Jedoch gibt es eine Reihe gewichtiger Einwände gegen eine solche Sichtweise, die im Ergebnis dazu führen, dass das eben gefundene Ergebnis – keine Bedenken an der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit – aufrechtzuerhalten ist.

Natürlich wäre diese Sichtweise dann schlüssig, wenn es um ein einheitliches europäisches Fördersystem ginge – in welchem europaweit beispielsweise gleiche Einspeisevergütungen gezahlt und dann gleichermaßen auf alle europäischen Verbraucher umgelegt würden.⁸⁵ Dies ist jedoch nicht der in der Realität zur Diskussion stehende Fall; es geht vielmehr darum, ob ein einzelner Mitgliedstaat verpflichtet ist, sämtliche in der EG beheimatete EE-Erzeuger finanziell zu fördern. Und dies kann aus mehreren Gründen nicht der Fall sein und damit auch nicht die Erforderlichkeit beispielsweise des EEG untergraben. Erstens hätte ein solches System angesichts der im europäischen Vergleich hohen deutschen Fördersätze massive Mitnahmeeffekte zur Folge: Sämtlicher ohnehin vorhandener EE-Strom würde plötzlich „offiziell“ in dem Land mit der höchsten Förderung verkauft und dafür voraussichtlich Atom- und Kohlestrom aus diesem Land in andere Mitgliedstaaten exportiert. Der klimapolitische Gewinn wäre deshalb überaus zweifelhaft; das

⁸² Im Ergebnis ähnlich, aber mit zweifelhafter Begründung (vorübergehende Experimentierkompetenz der Mitgliedstaaten) *Wittbohn*, (Fn. 9), S. 155.

⁸³ *Reiche/Körner*, Erneuerbare Energien, 2003, S. 35; *Karpenstein/Schneller*, Die Stromeinspeisungsgesetze im Energiebinnenmarkt, RdE 2005, S. 12.

⁸⁴ Dies bemerkt auch EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 236.

⁸⁵ Ein solches Modell dürfte technisch einige Probleme mit sich bringen, da die verschiedenen Bedingungen wie z.B. Stärke der Sonneneinstrahlung oder Stärke des Windes in den Mitgliedstaaten u.U. bei der Berechnung der Vergütungshöhe berücksichtigt werden müssten.

Hauptziel, der Bau vieler neuer EE-Anlagen, würde verfehlt werden.⁸⁶ Zweitens wäre das Ergebnis, dass kein Mitgliedstaat mehr ein EEG erlassen würde, weil dann gewissermaßen die Verbraucher dieses Staats den gesamten europäischen EE-Strom-Ausbau finanzieren. Und der Zusammenbruch jeglicher EE-Förderung kann schließlich nicht das Ziel der EG sein. Denkbar wäre nun zwar, nur die tatsächlich im Mitgliedstaat eingespeiste Energie zu fördern, d.h. neben inländisch erzeugter auch Energie aus dem Ausland, die aber in das nationale Netz eingespeist wird bzw. von Verbrauchern im Inland bezahlt wird.⁸⁷ Auch dies würde die geschilderten Probleme aber allenfalls teilweise lösen. Im Ergebnis ist also eine gemeinschaftsweite Förderung zur Zielerreichung damit wiederum nicht in der Lage, die „Erforderlichkeit“ eines mitgliedstaatlichen Gesetzes wie des EEG in Frage zu stellen.

Alternativ zur EE-Förderung kann man zuletzt über eine Belastung der Energieträger nachdenken, die Treibhausgase produzieren. Eine solche Belastung fossiler Brennstoffe könnte beispielsweise in Form eines auf alle Sachbereiche erweiterten, sinnvollerweise vielleicht an der Primärenergieproduktion ansetzenden europaweiten Emissionshandels geschehen. Vorsichtige Tendenzen in diese Richtung sind in den aktuellen klimapolitischen Plänen in der Tat enthalten; so sollen mehr Bereiche in den Emissionshandel integriert und damit wesentliche Schritte in Richtung auf mehr Energieeffizienz unternommen werden. Dies erscheint auch wesentlich, da Energieeffizienz, erneuerbare Energien und Suffizienz gleichermaßen eine wichtige Rolle für eine nachhaltige Klimapolitik spielen müssen. Energieeffizienz alleine genügt freilich nicht, da irgendeine – klimaverträgliche – Grundversorgung mit Energie langfristig gesichert werden muss. Und genau dazu dient die EE-Förderung. Diese Förderung ist somit erforderlich und gerechtfertigt.

⁸⁶ Dies und die folgenden Aspekte im Fließtext bleiben unberücksichtigt bei *Erk*, (Fn. 22), S. 209 ff. – Auch die Option, auf freiwillige Kundenwechsel zu EE-Anbietern (statt staatlicher Vorgaben) zu setzen, stellt die Erforderlichkeit von EE-Fördermodellen nicht in Frage. Denn das Problem der Mitnahmeeffekte – das Problem also, dass keine zusätzlichen EE-Erzeugungsanlagen entstehen –, besteht potenziell auch, wenn man als Stromendverbraucher „zu einem reinen EE-Anbieter wechselt“, sofern der Anbieter nicht neue Anlagen errichtet, sondern schlicht den am Markt bereits vorhandenen EE-Strom nunmehr gezielt an „grüne“ Kunden verkauft. Selbst wenn neue Anlagen errichtet werden, bleibt die Frage, inwieweit deren Errichtung „durch die Stromkunden“ oder eher „durch die EEG-Vergütung“ angeregt wurde. Letztlich ist das Wechseln des Stromanbieters deshalb eher aus einem anderen Grund klimapolitisch sinnvoll: Die Abkehr sehr vieler Kunden von fossilen Brennstoffen leitet schlicht den gesamtgesellschaftlichen Umbau hin zu einer „ressourcen-leichten“ Lebensform ein. – Jenseits dessen kommt ein freiwilliger Wechsel bisher einfach selten zustande und hat als Möglichkeit darum keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit von EE-Fördermodellen.

⁸⁷ Die Herkunft eines Elektrons ist physikalisch nicht nachweisbar. Der eingespeiste Strom wird relativ nah am Ort der Erzeugung verbraucht. Ein Verbraucher, der für Strom aus Erneuerbaren Energien zahlt, erhält damit nicht unbedingt aus Ökostrom bestehende Elektronen, sondern sorgt nur für deren Vorhandensein im Netz.

IV. Rechtfertigung des Eingriffs – Grundfreiheiten versus Grundrechte, Abwägungsregeln, Mindeststandards, Multipolarität, Vorsorge

In EuGH-Urteilen ist die Prüfung an dieser Stelle, abgesehen von der Personenfreizügigkeit,⁸⁸ sehr häufig vorbei. Eine über den legitimen Zweck (Findung des Abwägungsmaterials), die Geeignetheit und die Erforderlichkeit hinausgehende Abwägungskontrolle nimmt der EuGH sehr oft nicht vor. Dies ist vor allem der Integrationsfreundlichkeit des EuGH geschuldet. Gleichwohl machen die umfassenden EG-Rechtssetzungskompetenzen gegenüber den Individuen sowie die direkte, nicht mehr klassisch völkerrechtliche Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts einen vollständigen Freiheitsschutz mit weiteren Abwägungsregeln, und zwar für die Grundfreiheiten und auch für den europäischen Grundrechtsschutz (etwa der Wirtschaftsgrundrechte), notwendig. Verankert sind die europäischen Grundrechte in der (noch unverbindlichen) Grundrechte-Charta sowie in Art. 6 Abs. 2 EU, der auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verweist.⁸⁹ Treten diese Grundrechte mit den Grundfreiheiten in einen Widerstreit, so entsteht die Frage nach weiteren Abwägungsregeln.

Zwar kann man durchaus fragen, ob ein „Verfassungs“gericht, sei es der EuGH oder ein nationales Verfassungsgericht, wirklich Abwägungsregeln jenseits von legitimen Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit einfordern dürfe, ob also nicht „nahezu alles“ dem demokratischen Gesetzgeber überlassen werden müsse. Zuweilen werden deshalb als ergänzende Abwägungsregeln allenfalls noch „absolute Mindeststandards“ des Freiheitsschutzes im Sinne einer absolut verstandenen Wesensgehaltsgarantie vorgeschlagen.⁹⁰ Demgegenüber erscheint ein etwas weniger

⁸⁸ Vgl. auch EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 92 ff. Dort wird unter bestimmten Voraussetzungen die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit angenommen. Eine Abwägung mit Art. 11 EMRK (Vereinigungsfreiheit) erfolgt nicht; in EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 77 ff. wird der Umweltschutz als Schranke der Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten bestätigt; vgl. auch EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099; EuGH, Rs. C-389/96, *Aber Wagon*, Slg. 1998, I-4473, Rdnr. 19; *Heselbaus*, Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit, *EuZW* 2001, S. 645 ff.

⁸⁹ EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rdnr. 4; EuGH, Rs. 4/73, *Nold*, Slg. 1974, 491, Rdnr. 13; *Pernice*, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, *NJW* 1990, S. 2414.

⁹⁰ Vgl. dazu für die EU und Deutschland *Susnjar*, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, 2009, i.E. – Es ist ein vorliegend nicht weiter zu vertiefender Punkt, dass Mindeststandards entgegen *Susnjar* gerade nicht einen inhaltlichen „absoluten“ Kern eines Rechts schützen können; dies zeigt sich, sobald es zu „tragischen“ Abwägungen zwischen kollidierenden Rechten kommt, die schlimmstenfalls sogar tödlich verlaufen (etwa im LuftSiG-Fall, aber auch in der Umweltpolitik insgesamt, die langfristig ebenfalls Tote in Kauf nimmt, was die Kommission anders als die deutsche Debatte häufig auch offen anspricht); dazu *Ekardt*, (Fn. 2), § 5; *Ekardt/Schmidke*, Die Reichweite des neuen Fluglärmsrechts, Zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten, *DöV* 2009, S. 187 ff. Wenn man will, kann man die Abwägungsregeln ihrerseits als „Mindeststandards“ bezeichnen, weil sie einen gesetzgeberischen Spielraum

weitgehender Spielraum der jeweiligen politischen Mehrheit geboten.⁹¹ Der Sinn weiterer Abwägungsregeln besteht darin, dass der Gesetzgeber zwar die Entscheidungsprärogative behält, von der Judikatur aber an bestimmten (über Geeignetheit, Erforderlichkeit und legitimen Zweck hinausgehenden) Grundregeln freiheitlich-demokratischer Konfliktlösung festgehalten werden kann und sollte. Das grundrechtliche, letztlich zugleich vorstaatliche Freiheitsprinzip legt beispielsweise die Abwägungsregel nahe, dass ein vollständiges Abwägungsmaterial, also alle betroffenen Belange, berücksichtigen muss. Andernorts wurde – dies näher herleitend und präzisierend – darzulegen versucht, dass entgegen der gängigen Ansicht die öffentliche Gewalt nicht im wesentlichen beliebige Belange verfolgen darf, sondern dass sie (nur) die Aufgabe hat, zwischen einer Vielzahl kollidierender Freiheits- und Freiheitsvoraussetzungsaspekte unterschiedlicher Bürger zu vermitteln. Nimmt man die Existenz einer solchen Abwägungsregel an, dass also das Abwägungsmaterial im eben genannten Sinne vollständig sein muss, aber auch keine nach dem eben Gesagten unzulässigen Belange, wie beispielsweise den Schutz des Menschen vor sich selbst,⁹² einschließen darf, dann wird diese Abwägungsregel insbesondere vom EEG gewahrt. Die Warenverkehrsfreiheit einerseits und der Klimaschutz (Art. 6 und 174 EG) andererseits dienen in der Tat der Freiheit bzw. der Erhaltung der Freiheitsvoraussetzungen. Leben, Gesundheit und Existenzminimum genießen – selbst wenn dies einmal nicht ausdrücklich geregelt ist – als Rechte

einhegen. Dies markiert dann aber keine inhaltlichen absoluten Rechte-Kerne. Dass es solche absoluten inhaltlichen Rechte-Kerne nicht geben kann, ergibt sich aus dem Zusammenspiel dreier im weiteren Verlauf vorgestellter Abwägungsregeln: der „Multipolaritäts-Regel“, der „Grad-der-Beeinträchtigung-Regel“ und der „Verhältnismäßigkeit i.e.S.“. Anders als das insoweit oft nicht richtig interpretierte Menschenwürdeprinzip (vgl. *Ekardt*, (Fn. 2), § 5 und *Ekardt/Kornack*, Embryonendebatte auf verfassungsrechtlichen Abwegen?, *KritV* 2006, S. 349 ff.) können bestimmte Abwägungsregeln aber z.B. auch ein absolutes Folterverbot rechtfertigen. Der Unterschied zu *Susnjar* ist allerdings geringer als der zur h.M., da es uns wie auch *Susnjar* um klare Abwägungsregeln geht – anstelle einer eher vagen Gewaltenteilung i.S.v. „praktischer Konkordanz“. *Susnjar* nimmt allerdings weniger und z.T. wohl auch leicht andere Regeln an als im Fließtext.

⁹¹ Vgl. zum gesamten Kapitel *Ekardt/Susnjar*, Abwehr versus Schutz – eine notwendige Unterscheidung der deutschen und europäischen Grundrechtsdogmatik?, Eine Untersuchung zum Rahmen liberal-demokratischer Gesetzgebung, *ZG* 2007, S. 134 ff.; *Ekardt*, Die Multipolarität der Freiheit, *JZ* 2007, S. 137 ff.; *Ekardt*, (Fn. 21), Kap. IV. und V.G.; am ausführlichsten *Ekardt*, (Fn. 2), §§ 5, 6.

⁹² Den die h.M. demgegenüber durchaus teilweise (nicht nur bei Kleinkindern und Geisteskranken) für zulässig erachtet; dies kritisiert auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992. Zum Freiheitsprinzip und seiner Vorstaatlichkeit (also ihrer Richtigkeit selbst dann, wenn das positive Recht sie zu negieren versuchen würde) siehe die Nachweise in der letzten Fn. Dabei hängt die dortige Herleitung nicht davon ab, ob man (was wir allerdings bejahen würden) entgegen der h.M. auch auf EU-Ebene ein Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit anerkennt (etwa in Art. 6 EU i.V.m. Art. 5 bzw. 8 EMRK) – dies hätte lediglich zur Folge, dass die Freiheit durchgängig nicht nur als objektives Rechtsprinzip, sondern auch als subjektives Recht geschützt ist.

auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen sogar grundrechtlichen Status; denn sie sind im Freiheitsbegriff, der ohne sie keinen Sinn ergibt, notwendig mitgedacht.⁹³ Und sie sind langfristig durch den Klimawandel bedroht.

In puncto „richtiges Abwägungsmaterial“ könnte allerdings bestritten werden, dass die Grundrechte überhaupt je Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen und miteinander in eine Abwägung treten könnten. Nach Meinung des EuGH können die Grundrechte zwar grundsätzlich sowohl Rechtfertigungsschranken für mitgliedstaatliche Eingriffe in die Grundfreiheiten als auch einen Rechtfertigungsgrund für solche Eingriffe abgeben.⁹⁴ In dem Vorlageverfahren *Viking*⁹⁵ erkennt der EuGH das Streikrecht und die Koalitionsfreiheit folgerichtig an und verweist die nähere Prüfung an die nationalen Gerichte. In weiteren Urteilen wurde der Grundrechtsstandard allerdings am existierenden Sekundärrecht, insbesondere der Arbeitnehmerentsenderichtlinie,⁹⁶ und damit an der Grundrechtskonkretisierung durch den einfachen (europäischen) Gesetzgeber festgemacht. Damit (sowie in der Rechtssache *Laval*⁹⁷) geht der EuGH zwar mit dem Gewicht der Grundrechte gegenüber den Grundfreiheiten recht zurückhaltend um. Andererseits nähert der EuGH die Handhabung von Grundrechten und Grundfreiheiten einander tendenziell an.⁹⁸ Akzeptiert man eine solche Strukturgleichheit, ist dies (I) ein Argument für eine wechselseitige Verwendbarkeit als Rechtfertigungselement.

Vor allem aber wäre (II)⁹⁹ eine Zurücksetzung der Grundrechte gegenüber den Grundfreiheiten mit der Grundidee liberaler Demokratien, einen möglichst sicheren Freiheitsschutz zu gewährleisten, schlecht vereinbar; denn es geht hier um gleichsinnige Garantien derselben Freiheitsidee, die aber einen angemessenen Aus-

⁹³ Daran geht die gängige Diskussion über explizite (aufgrund der bestehenden Rechte unnötige und wegen ihrer Vagheit in der Tat eher freiheitsgefährdende) Umweltgrundrechte vorbei; exemplarisch *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, S. 1647 ff.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 74; EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-368/95, *Familiapress*, Slg. 1997, I-3689, Rdnr. 24 ff.; *Kingreen*, (Fn. 16), Art. 28 EG, Rdnrn. 79, 81, 218 m.w.N.; zur Auslegung der Grundrechtsschranken im Lichte der Grundfreiheiten EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rdnr. 43.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, Slg. 2007, I-10779.

⁹⁶ RL 96/71/EG des EP und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABL. Nr. L 18 v. 21.1.1997, S. 1.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, Slg. 2007, I-11767; ferner EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 92 ff.; eine Abwägung der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit der Vereinigungsfreiheit erfolgt dort nicht.

⁹⁸ Vgl. dazu *Nettesheim*, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union - auf dem Weg zur Verschmelzung?, 2006, S. 17 ff.; *Puth*, Die unendliche Weite der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, Anmerkung zu: EuGH, U. v. 11.07.2002 - Rs. C-60/00, EuR 2002, S. 860 ff.

⁹⁹ Ein Argument (III) folgt im weiteren Verlauf im Fließtext.

gleich zwischen ihren verschiedenen Formen erfordert. Zwar würde mancher gerade gegen eine materielle Rechtfertigung¹⁰⁰ von Grundfreiheitseingriffen aus Grundrechten anführen, dass eine solche „horizontale Grundrechtsanwendung“ freiheitsgefährdend sei.¹⁰¹ Doch ist die Negation eines Freiheits-/Grundrechtsschutzes gegenüber den Mitbürgern (selbst wenn er doch über Ansprüche gegen die öffentliche Gewalt auf Schutz vor den Mitbürgern vermittelt wird und ergo nicht direkt horizontal wirkt) der unzutreffenden Vorstellung verhaftet, allein die öffentliche Gewalt und nicht der Mitbürger gefährde die menschliche Freiheit. Richtig erscheint demgegenüber: Diese klassische bipolare Freiheitskonzeption „Staat versus direkt betroffener Bürger“, die beispielsweise eine effektive Klimapolitik, ohne welche die Freiheit langfristig ihre physische Grundlage riskieren würde, eher skeptisch sehen könnte, wäre selbst die eigentliche Freiheitsgefahr. Die somit anzuerkennende Multipolarität der Freiheit, die sich neben diesem Argument aus dem Freiheitsbegriff durch andernorts entwickelte – auf europäischer und deutscher Ebene gleichlaufende – ebenfalls grundrechtstextliche¹⁰² Argumente weiter bestärken ließe, begründet zugleich eine weitere Abwägungsregel: Der „Adressat“ staatlichen/öffentlichen Handelns verdient keinen größeren Schutz als die vielen „Drittbetroffenen“.¹⁰³ Also: Die Belange des in seiner Warenverkehrs-

¹⁰⁰ Diese aus der nationalen Grundrechtsdogmatik vertraute Frage darf – wie dort auch – nicht mit der Frage nach der formellen Rechtfertigung (also nach der Einhaltung bestimmter freiheitsförderlicher Formalia wie Gesetzgebungskompetenz, Gesetzgebungsverfahren oder Bestimmtheitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt) verwechselt werden. Wegen des Gesetzesvorbehalts, den eine liberal-demokratische Ordnung aus Demokratie- und Gewaltenteilungsgründen anerkennen muss und der auch für die Grundfreiheiten sinngemäß gelten dürfte, heißt „Grundrechte als materielle Eingriffsrechtfertigung“ nie, dass das Grundrecht selbst zu einer „verwaltungs“-rechtlichen Eingriffsbefugnisnorm wird.

¹⁰¹ Vgl. zur Debatte darüber am Bsp. der Freizügigkeit etwa EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921; *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Überlegungen aus Anlass von EuGH, U. v. 06.06.2000 – Rs. C-281/98, EuZW 2000, S. 459 ff. m.w.N.; EuGH, Rs. C-265/95, *spanische Erdbeeren*, Slg. 1997, I-6959. Der EuGH argumentiert dort über eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 10 EG, nicht über die unmittelbare Drittwirkung; vgl. auch *Dausey/Brigola*, (Fn. 37), Rdnr. 102; *Franzen*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 39 EG, Rdnr. 94 ff.

¹⁰² Neben der angestellten Interpretation des Grundrechtsbegriffs „Freiheit“ ergeben z.B. Art. 1 GRCh und Art. 1 Abs. 1, 2 GG eine Gleichrangigkeit von Achtung und Schutz der Menschenwürde, die aber wiederum die Grundlage aller Freiheit ist und damit auch dieser die gleichlaufende Struktur (Achtung gleichrangig mit Schutz) aufprägt. Ferner ergeben Art. 52 GRCh, Art. 2 Abs. 1 GG eine Gleichrangigkeit der Freiheit und der Rechte anderer, was wiederum ein multipolares Konzept verkörpert. Es geht also nicht um Fragen *de lege ferenda*; letzteres wird Ekardt zu Unrecht nachgesagt bei *Callies*, Schlußwort, Erwiderung auf Jürgen Schwabe und Felix Ekardt, JZ 2007, S. 140 ff. Gleichwohl lässt sich das hier Gesagte auch als allgemeine Gerechtigkeitstheorie jenseits des Rechts herleiten („vorstaatlich“); dazu die Nachweise in Fn. 90.

¹⁰³ Vgl. zur Multipolarität die Nachweise in Fn. 90; von der grundsätzlichen Stoßrichtung her (aber nicht von den Argumenten her) ähnlich *Callies*, Feinstaub im Rechtsschutz deutscher Verwaltungsgerichte, Europarechtliche Vorgaben für die Klagebefugnis vor deutschen Gerichten und

freiheit durch die EE-Förderung Beschränkten schlagen keinesfalls per se die Belange der vielen vom Klimaschutz Profitierenden.

Die deutsche¹⁰⁴ und europäische Rechtsprechung¹⁰⁵ geht demgegenüber mit der Anerkennung grundrechtlicher Schutz„pflichten“ bisher sehr zurückhaltend um. Doch wenn die Multipolarität eine gut begründete Abwägungsregel darstellt, dann spricht dies (a) gegen die traditionelle, jenseits von Evidenzfällen eher objektivrechtliche Einordnung der grundrechtlichen Schutzseite (Schutzpflichten statt Schutzrechte) und (b) gegen die traditionelle Ungleichgewichtung der Abwehr- und der Schutzseite der Grundrechte. An der Judikatur zu kritisieren ist ferner (c) die Herausnahme „nicht sicherer“ Beeinträchtigungen, also des Vorsorgebereichs, etwa gegen einen zukünftigen,¹⁰⁶ heute noch nicht in exakten einzelnen Schadensverläufen „sicheren“ Klimawandel, aus dem Grundrechtsschutzbereich. Dafür sprechen Gründe jenseits der bloßen Multipolarität. Denn wenn auch „Vorsorge“ (aa) in aller Regel nur aussagt, dass für das Individuum künftige Schäden unsicher sind, wogegen statistisch die langfristige Schädigung einer bestimmten Anzahl von Menschen erwartet werden kann,¹⁰⁷ und wenn diese künftigen Beeinträchtigungen (bb) wie im Falle des Klimawandels auch noch erheblich und (cc) im Eintrittszeitpunkt voraussichtlich irreversibel sind, dann muss freilich die Vorsorge – hier gegen einen menscheitsbedrohenden Klimawandel – entgegen der gängigen Meinung zum Grundrechtsschutzbereich gehören. Dafür spricht auch (dd), dass Gefahrenabwehr und Vorsorge vielleicht gar nicht sinnvoll scheidbar sind.¹⁰⁸

ihre dogmatische Verarbeitung, NVwZ 2006, S. 1 ff.; *Schwabe*, Über Grundpflichtmythen, Abstraktionitis und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik, JZ 2007, S. 135 ff.; *Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2002.

¹⁰⁴ Zu deren unklarer Linie siehe auch Fn. 113. Vgl. vorerst zur fehlenden vollen Multipolarität BVerfGE 49, 89 (141); 53, 30 (57); 56, 54 (54 ff.); die Problematik wird nicht wahrgenommen bei *Couzinet*, Die Schutznormtheorie in Zeiten des Feinstaubs, Zur Dogmatik der Schutznormtheorie im Kontext der Subjektivierung von Aktionsplänen und planunabhängigen Maßnahmen, DVBl. 2008, S. 760 ff., ebenso wie z.T. im dort zitierten Schrifttum. Zur gängigen deutschen EU-Grundrechtsdiskussion auch *Kingreen*, (Fn. 16), Art. 6 EG, Rdnr. 48; *Lindner*, EG-Grundrechtscharta und gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorbehalt, DÖV 2000, S. 549; *Schmitz*, Die EU-Grundrechtscharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht, JZ 2001, S. 840.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659; EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609.

¹⁰⁶ Dass der Klimawandel heute noch nicht gesundheitsbeeinträchtigend sei, wäre im übrigen angesichts zunehmender Hitzetodeszahlen, Hautkrankheiten u.a.m. falsch; dazu *Winkler*, Klimaschutzrecht, 2006.

¹⁰⁷ Im Einzelnen dazu *Ekaradt/Schmidtke*, (Fn. 90), S. 187 ff.; *Ekaradt*, (Fn. 2), § 5.

¹⁰⁸ Mit alledem wird auch die gewachsene deutsche Vorstellung dem Anspruch nach entkräftet, (d) Art. 2 Abs. 1 GG stehe dem Adressaten einer staatlichen (bzw. öffentlich-rechtlichen) Entscheidung stets zur Seite und dem Drittbetroffenen gar nicht, (e) der Adressatenkläger könne sich stets auf Grundrechte berufen, wogegen dies beim Drittkläger (selbst auf Grundrechts-

Gemessen daran hat z.B. der deutsche EEG-Gesetzgeber, indem er den Klimaschutz ernst nimmt, gerade ein vollständiges Abwägungsmaterial zugrunde gelegt. Ferner darf er – eine weitere naheliegende, auch vom BVerfG verwendete Abwägungsregel (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) – nicht einzelne Belange eindeutig zu gering gewichten. Dies hat er aber auch nicht getan. Die nach dem Gesagten zu konstatierende Hochrangigkeit der Schutzgrundrechte – einschließlich ihres Vorsorgeaspekts – gibt dem Klimaschutz vielmehr ein hohes Gewicht im Streit um die EE-Förderung.¹⁰⁹ Insoweit muss auch der Grad der Beeinträchtigung der jeweiligen Belange bedacht werden. Und die Beeinträchtigung des Warenverkehrs reicht vorliegend nicht sehr weit, wogegen die Generierung eines wirksamen EE-Ausbaus ein Kernelement der Klimapolitik darstellt. Ist jedoch die öffentliche Gewalt als Folge des Schutzes der Freiheitsrechte verpflichtet, auch die elementaren Freiheitsvoraussetzungen zu gewährleisten, so erfordert dies auch eine wirksame Klimapolitik. Die Argumente für nationale Förderregelungen werden dabei noch einmal stärker, wenn es Gründe dafür gibt, den Grundrechtsschutz auch zugunsten künftiger Menschen¹¹⁰ wirken zu lassen. Folglich hat der Gesetzgeber mit der EE-Förderung keinesfalls gewichtige Belange einseitig zu Lasten von anderen Belangen zurückgestellt.

Eine wesentliche Rolle spielt bei alledem auch, dass die elementaren Freiheitsvoraussetzungen allererst das physische Fundament für die Nutzung der Grundfreiheiten garantieren.¹¹¹ Ohne jene Voraussetzungen ergäben die Grundfreiheiten und übrigens auch die Wirtschaftsgrundrechte gar keinen Sinn mehr; das aber impliziert, wenn denn Freiheit wichtig sein soll, dass jedenfalls die elementaren Freiheitsvoraussetzungen Leben, Gesundheit und (auch ökologisches) Existenz-

schutzbereichsebene) erst in nicht näher konturierten „Evidenzfällen“ der Fall sei, (f) nur der Adressatenkläger könne staatliche Maßnahmen vollumfänglich auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen lassen – und all dies sei zur Vermeidung übermächtiger Gerichte sowie einer Klageflut und etwaiger Schnüffelei der Bürger untereinander geboten, zumal die Freiheitsgefahr letztlich meist der Staat und allenfalls am Rande der Mitbürger sei. Dabei wird auch gezeigt, dass auch (g) die Tenorierung von Abwehr- wie von Schutzklagen und das Maß, in welchem Verfassungsgerichte dem Gesetzgeber Vorgaben machen dürfen, jeweils parallel geführt werden können (so dass die Abwägungsspielräume bei beiden Klagerichtungen parallel laufen und primär dem Gesetzgeber die Gestaltungsmacht belassen – ohne dass ein Anspruch auf „genau ein“ Gesetz entsteht).

¹⁰⁹ Vgl. in diesem Kontext auch EuGH, Rs. C-288/89, *Stichting*, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 23; zur (u.E. missverständlichen, da eher eine Frage der Abwägungslehre markierenden) Diskussion darüber, ob sich innerhalb des Primärrechts eine weitere Normhierarchisierung ergebe, vgl. etwa *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 3, Rdnr. 8; *Jarass/Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 4 f.; *Nowak/Bungenberg*, Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, ZUR 2003, S. 10 ff.

¹¹⁰ Vgl. dazu *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, 1999, S. 422 ff.; *Ekardt*, (Fn. 2), § 4.

¹¹¹ Dies wird übergangen bei *Eblers*, (Fn. 20), S. 117 ff., Rdnr. 15.

minimum im Verhältnis zur Freiheit ebenfalls wesentlich sind. Die Berücksichtigung jener Fundamentalität kann als weitere Abwägungsregel begriffen werden; eher dürfte sie freilich eine Konkretisierung des Verbots, einseitig bestimmte Belange zurückzusetzen, darstellen. Ferner ergänzt die Fundamentalität ein Argument (III) zum oben genannten Punkt, dass die Grundrechte sehr wohl als Beschränkung der Grundfreiheiten in Betracht kommen; denn jedenfalls die elementaren Freiheitsvoraussetzungen bilden allererst das Fundament der Grundfreiheiten.

Man könnte bei alledem fragen, ob man die Abwägungskontrolle nicht noch weiter intensivieren müsste, indem man eine Ökonomisierung („Effizienzprüfung“/monetarisierter, quantifizierter Kosten-Nutzen-Analyse) mit dem Ziel vornimmt, dass am Ende eben doch nur „ein“ Abwägungsergebnis (und nicht eine ganze Menge von Ergebnissen innerhalb eines „Rahmens“) zulässig ist. Eine solche Forderung beruht jedoch auf einer Reihe zweifelhafter, letztlich unzutreffender Grundannahmen.¹¹² Insbesondere sollte man keinesfalls, anders als Ökonomen häufig insinuierten, unvergleichbare Belange quantifizieren. Und die Abwesenheit von Schäden an Leben und Gesundheit durch den Klimawandel hat beispielsweise keinen Marktpreis, ebenso wenig wie der Frieden im Sinne von „Abwesenheit von Ressourcenkriegen“; damit kann beides jedoch nicht sinnvoll monetär mit den wirtschaftlichen Effekten von Klimapolitik verrechnet werden. Dabei dürfen auch Belange ohne Marktwert nicht künstlich erhalten werden. So kann das Gewicht des Klimaschutzes z.B. nicht über die „hypothetische Zahlungsbereitschaft“ der Bürger für Leben und Gesundheit (in Abwesenheit von Klimaturbulenzen und Ressourcenkonflikten) geklärt werden. Dies gilt allein schon deshalb, weil jene Bereitschaft fiktiv und daher wenig informativ ist. Überdies ist die Zahlungsbereitschaft naturgemäß durch die Zahlungsfähigkeit beschränkt und würde dann beispielsweise zu dem bemerkenswerten Ergebnis führen, dass *Bill Gates'* Interessen mehr wert ist als die eines Bangladeschis, weil *Gates* viel und der Bangladeschi gar nichts zahlen kann.¹¹³

¹¹² Die normative Präferenztheorie, die die Basis solcher quantifizierter Abwägungen ist, dürfte z.B. performativen Selbstwidersprüchen (durch die sie sich selbst aufhebt) und naturalistischen Fehlschlüssen ausgesetzt sein; vgl. *Ekarde*, (Fn. 21), Kap. III.B.; ausführlicher *Ekarde*, Verengung der Nachhaltigkeits- und Umweltschutzdebatte auf die instrumentelle Vernunft – am Beispiel der Wirtschaftswissenschaften, Zugleich eine implizite Kritik politologisch-soziologischer Basistheoreme, *ZfU* 2004, S. 531 ff.

¹¹³ Dass erst recht auf „nicht-monetärer“ Ebene die Idee einer exakten Bezifferung des Gewichts verschiedener Abwägungsbelaenge (was die Vorbedingung wäre, um immer „genau ein“ richtiges Abwägungsergebnis zu haben) scheitert, zeigt im einzelnen *Susnjar*, (Fn. 90). Problematisch an der bisherigen deutschen Debatte ist, dass viele aus diesem zutreffenden Punkt irrtümlich schließen, es gäbe keine Multipolarität (also keine gleichrangigen Abwehr- und Schutzrechte) und keine weiteren Abwägungsregeln jenseits von Geeignetheit/Erforderlichkeit; besonders prominent *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 188 ff. und passim. Unklar ist die Linie des BVerfG, welches teilweise wie der EuGH mit Abwägungen verfährt, teilweise wie hier vorge-

Es bleibt daher bei dem Befund, dass die EE-Förderung auch unter dem Gesichtspunkt weiterer Abwägungsregeln hinreichend gerechtfertigt erscheint.¹¹⁴ Diese gesamten Überlegungen gelten dabei nicht nur für das aktuelle deutsche EEG, sondern im Grundsatz für alle EE-Fördermodelle, sowohl für Quoten- und Preismodelle als auch für ein Börsenmodell.

Abschließend noch eine Bemerkung zur bis hierher offen gebliebenen Frage, ob diese gesamten Überlegungen letztlich nun „Tatbestandsbegrenzung“ oder „Rechtfertigung“ eines Eingriffs durch die EE-Förderung in die Warenverkehrsfreiheit sind. Der EuGH schwankt insoweit bekanntlich. Nimmt man die „Rechtfertigungslösung“ an, decken sich die Grundfreiheiten strukturell immer mehr mit normalen Grundrechten.¹¹⁵ Allerdings war der Unterschied noch nie wirklich klar. Deshalb scheint im Ergebnis die der Gewaltenteilung abgeschautete Differenzierung Schutzbereich/Rechtfertigung für die vorliegend behandelte Problematik passend: Es sollte also auch bei den EE stets von einer Rechtfertigungsprüfung ausgegangen werden, sofern man denn den Eingriff (was beim EEG oben bereits zweifelhaft war) bejaht. Im Ergebnis steht die Warenverkehrsfreiheit und das konkretisierende Gemeinschaftsrecht dem EEG und ähnlichen nationalen EE-Fördermodellen – und insbesondere einer Beschränkung der Förderung auf Anlagen im Staatsgebiet – jedenfalls nicht entgegen.

D. Rechtfertigung von Förderinstrumenten zugunsten erneuerbarer Energien am Maßstab des Beihilfenrechts

EE-Förderregelungen sind aber zudem am Beihilfenrecht der EG zu messen. Beihilfen sind aus europarechtlicher Sicht stets, und zwar auch im Umweltsektor, rechtfertigungsbedürftig. Dahinter steht wie bei den Grundfreiheiten die Vorstellung, dass ein freier Markt Vorteile für Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen (Wohlstand) mit sich bringt. Dies dürfte allerdings, wie gesehen, nur im Falle hinreichend klarer Rahmenseetzungen zutreffen. Insofern wiederholt sich die Einschät-

schlagen mit einer (größeren) Menge von Abwägungsregeln operiert, teilweise aber auch „genau ein“ Abwägungsergebnis dem Gesetzgeber vorzugeben scheint (z.B. beim Embryonenschutz); kritisch dazu auch *Steinberg*, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1985 ff.

¹¹⁴ Unzutreffend daher *Erk*, (Fn. 22), S. 211 ff. mir ihrer Einschätzung, ein Gesetz wie das EEG sei bei über 10 % EE-Marktanteil „unangemessen“. Erstens wird dabei verkannt, dass ohne ein solches Gesetz die EE weiterhin häufig nicht marktfähig wären. Zweitens wird der Charakter richterlicher Abwägungskontrolle verkannt. Es geht nicht darum, selbst abzuwägen, sondern darum festzustellen, ob der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum durch Nichtbeachtung einer Abwägungsregel verletzt hat. Und genau dies ist, wie gesehen, nicht der Fall.

¹¹⁵ Kritisch dazu *Nettesheim*, (Fn. 98), S. 17 ff.; vgl. auch *Putb*, (Fn. 98), S. 860 ff.

zung zur Warenverkehrsfreiheit: Auch das Beihilfenregime übernimmt durch Ausnahme- und Abwägungstatbestände die Aufgabe, einerseits die Vorteile eines freien Markts herbeizuführen, gleichzeitig aber jedenfalls vorläufig Abwägungen mit bestimmten nationalstaatlichen Regelungen im Interesse anderer Rechtsgüter zuzulassen. Grundsätzlich wird dann die Beihilfenkontrolle mit zunehmender Entwicklung des durch gemeinsame Spielregeln konstituierten und eingerahmten Markts restriktiver¹¹⁶ und betrifft der Idee nach auch mehr und mehr Fälle. Es soll gerade erreicht werden, dass nationale Subventionsregime mehr und mehr zurückgefahren werden¹¹⁷ und dass der europäische Integrationsstand immer stärker auf einheitliche, unter anderem ökologisch eingerahmte Wettbewerbsbedingungen hinausläuft. Die Kommission ist in jedem Fall der Ansicht, dass die Aufgabe der Beihilfenkontrolle bei umweltpolitischen Maßnahmen speziell darin liegt, sicherzustellen, dass eine staatliche Beihilfe zu Umweltentlastungen führt, die ohne die Beihilfe nicht eintreten würden und nicht die negativen Folgen, d.h. die Wettbewerbsverzerrungen, überwiegen.¹¹⁸ Beihilfen sind im Umweltsektor damit keinesfalls per se unerwünscht. Dies zeigt sich überaus deutlich daran, dass die Kommission bisher noch keine einzige Unvereinbarkeitsentscheidung getroffen hat.

I. Tatbestand einer Beihilfe – erfüllt bei der Förderung von erneuerbaren Energien?

Artikel 87 Abs. 1 EG befasst sich mit Beihilfen des Staats oder aus staatlichen Mitteln, die durch die Begünstigung einzelner Unternehmen oder Produktionszweige geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen.¹¹⁹ Der Begriff der Beihilfe wird dabei nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal behandelt, sondern als Oberbegriff, der durch Art. 87 EG definiert wird.¹²⁰ Um möglichst viele Beeinträchtigungen des Wettbewerbs erfassen zu können, wird er weit ausgelegt¹²¹ – was ähnlich wie

¹¹⁶ Vgl. *Heskamp*, Die Vereinbarkeit allgemeiner und horizontaler Beihilfen und Beihilferegulungen mit Art. 87 EGV, 2001, S. 2.

¹¹⁷ Kritiker mögen darin eine „wirtschaftsliberale“ Grundausrichtung der EU bzw. EG erblicken. Bei näherem Besehen erscheint dies freilich nicht unbedingt sehr überzeugend, da ja (vgl. den weiteren Fließtext) eine differenzierte Einzelfallprüfung stattfindet. Eine andere Frage ist, ob der liberalisierte europäische (und globale) Markt jenseits von Subventionen vielleicht andere Leitplanken in stärkerem Maße als bisher bräuchte; dazu etwa *Ekardt/von Hövel*, (Fn. 21), S. 102 ff.; *Ekardt*, (Fn. 2), §§ 7, 8.

¹¹⁸ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. Nr. C 82 v. 1.4.2008, S. 1, Nr. 6.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-393/04, *Air Liquide*, Slg. 2006, I-5293, Rdnr. 28.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle BV*, Slg. 2004, I-7139, Rdnr. 32 m.w.N.; EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 74.

¹²¹ *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rdnr. 845; *Beljin*, (Fn. 52), S. 1220 ff., Rdnr. 33 m.w.N.

bei weiten Grundrechts- oder Grundfreiheitsbereichen dann eine differenzierte Rechtfertigungsprüfung eröffnet, wobei in deren Rahmen dann wieder, wie bei der Warenverkehrsfreiheit, Gewaltenteilungsaspekte Spielräume für den beihilfegewährenden Mitgliedstaat generieren. Eine Beihilfe liegt demnach vor, wenn folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind: Vorliegen eines finanziellen Vorteils, Selektivität der Maßnahme, Finanzierung dieser Maßnahme durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln und Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und daraus resultierende Verfälschung des Wettbewerbs, d.h. ohne marktgerechte Gegenleistung.¹²² Problematisch ist in diesem Zusammenhang beispielsweise beim deutschen EEG die staatliche Herkunft der Mittel. Auch das Vorliegen einer Wettbewerbsverfälschung kann diskutiert werden.

Die Förderregelungen für EE sind meist ein komplexes Regelungsgeflecht, in dem eine Beteiligung des Staats nicht offensichtlich oder eindeutig ist. Ob eine Intervention des Staats vorliegt, muss für die einzelnen nationalen Ausgestaltungen differenziert festgestellt werden. Der Staat kann entweder selbst tätig werden (staatliche Beihilfe) oder nur Mittel zur Verfügung stellen (Beihilfe aus staatlichen Mitteln), wobei die Differenzierung angesichts der identischen Rechtsfolgen nicht zwingend notwendig ist.¹²³ Staatlich sind Beihilfen nach dem Wortsinn, wenn die Beihilfe von einem Hoheitsträger gewährt wird.¹²⁴ Der Begriff „aus staatlichen Mitteln gewährt“ ist weiter als der Begriff „staatliche Beihilfe“. Ausreichend ist dort nach dem Wortsinn jedenfalls, wenn die Leistung von einer durch den Staat errichteten privaten oder öffentlichen Einrichtung gewährt wird und die konkrete Zuwendung dem Staat zurechenbar ist. Die Rechtsfolgen sind jedenfalls identisch. Unproblematisch ist somit der Fall, in dem der Staat selbst tätig wird und der Haushalt belastet wird. Dies ist z.B. der Fall, wenn in einem Ausschreibungssystem der Staat die ausgeschriebene Menge erst ankauft und sie dann weiterveräußert. Problematischer sind die Fälle, in denen der Staat lediglich als Gesetzgeber tätig geworden ist oder die fördernde Institution lediglich in Beziehung zum Staat steht, etwa indem ein Elektrizitätsversorger in öffentlichem Eigentum steht, oder indem eine Förderung aus einem staatlich eingerichteten Fonds finanziert wird.

1. Staatliche Beihilfe durch Gesetzgebung

Der EuGH hat in der „PreussenElektra“-Entscheidung darauf abgestellt, dass Einspeisetarife durch private Elektrizitätsversorgungsunternehmen gezahlt würden

¹²² Vgl. *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 9.

¹²³ *Ibid.*, Rdnr. 19. Für eine Differenzierung zwischen den beiden Alternativen, da bei einer Finanzierung „durch staatliche Mittel“ die Zurechenbarkeit zu prüfen ist, *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 63.

¹²⁴ *Ibid.*; *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 18.

und der Ausgleichsmechanismus den ebenfalls privaten Übertragungsnetzbetreiber in die Pflicht nimmt und daher eine staatliche Intervention abgelehnt.¹²⁵ Dies soll im Weiteren näher diskutiert und auf verschiedene Konstellationen angewandt werden. Wird EE-Strom an der Börse versteigert, wie intern diskutiert, stellt sich dieses Problem von vornherein nur bezüglich des Anteils, der von privaten Übertragungsnetzbetreibern über den an der Börse erzielten Preis hinaus gezahlt wird. Die erwähnte EuGH-Position jedenfalls lautete bisher: Der Staat sei bei Einspeisemodellen lediglich als Gesetzgeber tätig geworden, die Begünstigung tritt erst durch die Mittelgewährung der Netzbetreiber ein, der Staatshaushalt wird nicht belastet.¹²⁶ Durch das Beharren auf einer Belastung des Staatshaushalts wird verhindert, dass das Beihilfenrecht zu einer allgemeinen Diskriminierungskontrolle ausgeweitet wird.¹²⁷ Damit führte der EuGH nach einigen Umwegen¹²⁸ seine Rechtsprechung fort, nach welcher die gewährten Vorteile unmittelbar oder mittelbar aus dem staatlichen Haushalt gewährt werden müssten.¹²⁹ Die Kommission hat diese Rechtsprechung auch auf Fälle ausgedehnt, in denen Netzbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber zu einem kleinen Teil der öffentlichen Hand gehören, da die Förderregelung nicht speziell darauf ausgerichtet sei, finanzielle Mittel öffentlicher Unternehmen zu benutzen und der Anteil des öffentlichen Unternehmens sehr gering sei.¹³⁰

¹²⁵ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnrn. 61, 66; EuGH, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887; EuGH, Rs. 82/77, *van Tiggele*, Slg. 1978, 25; zustimmend für eine Erforderlichkeit von Staatlichkeit *Ebricke*, (Fn. 24), S. 59; *Beljin*, (Fn. 52), S. 1220 ff., Rdnr. 41.

¹²⁶ *Richter*, Grenzen der wirtschaftlichen Förderung regenerativer Stromeinspeisungen in Deutschland, 2000, S. 115 widerspricht dieser Ansicht. Steuermindereinnahmen sollen für die Annahme staatlicher Mittel ausreichen nach *Kübling*, Von den Vergütungspflichten des Energieeinspeisungsgesetzes bis zur Deckungsvorsorge des Atomgesetzes: Die deutsche Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, RdE 2001, S. 93, 97; *Koenig/Kübling*, How to cut a long story short: Das PreussenElektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensysteem, ZUM 2001, S. 541 f.

¹²⁷ *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 70; *Kübling*, (Fn. 126), S. 98.

¹²⁸ EuGH, Rs. 290/83, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1985, 439, Rdnr. 13 f.; EuGH, verb. Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, *van der Kooy*, Slg. 1988, 219, Rdnrn. 32-38; Schlussanträge GA *Darmon* zu EuGH, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91, *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887.

¹²⁹ St. Rspr. seit EuGH, Rs. C-37/92, *Vanacker und Lesage*, Slg. 1993, I-4947, Rdnr. 19; EuGH, verb. Rs. C-52/97 und C-54/97, *Viscido*, Slg. 1998, I-2629, Rdnr. 14 ff.; *Beljin*, (Fn. 52), S. 1220 ff., Rdnr. 41.

¹³⁰ Entscheidung KOM v. 22.5.2002, Beihilfe-Nr. NN 27/2000 (Deutschland), ABl. Nr. C 164 v. 10.7.2002, S. 5; Entscheidung KOM v. 24.4.2004, Beihilfe-Nr. N 149/2000 (Belgien), ABl. Nr. C 222 v. 18.9.2002, S. 2; Entscheidung KOM v. 18.2.2004, Beihilfe-Nr. N 448/2003 (Dänemark), ABl. Nr. C 307 v. 3.12.2005, S. 4; Entscheidung KOM v. 19.5.2004, Beihilfe-Nr. N 618/2003 (Dänemark), ABl. Nr. C 250 v. 8.10.2005, S. 11.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man bei dieser Interpretation für das Quotenmodell mit Zertifikaten. Die britische *Renewable Purchase Obligation*¹³¹ begründet ein Quotensystem, in dem die Elektrizitätsversorger eine bestimmte EE-Menge durch den Kauf von EE-Strom, von grünen Zertifikaten oder durch Zahlung eines *buy out price* in einen Fonds, der den Elektrizitätsversorgern zugute kommt, nachweisen müssen. Ein ähnliches System gilt in großen Teilen Belgiens.¹³² In allen Fällen wurde das Vorliegen einer Beihilfe verneint. Der Staat verpflichtet die Elektrizitätsversorgungsunternehmen, eine bestimmte EE-Menge abzunehmen. Wie auch im Sachverhalt, der der „PreussenElektra“-Entscheidung zugrunde lag, werden hierdurch keine staatlichen Mittel verschoben. Die Verpflichtung, eine bestimmte Menge an EE-Elektrizität abzunehmen scheint insoweit vergleichbar mit der Preisregelung im „PreussenElektra“-Urteil. EE-Erzeuger bekommen die grünen Zertifikate kostenlos. EE-Produzenten bekommen Zertifikate in der Höhe, in der sie EE-Energie verkauft haben. Diese Zertifikate können sie an Elektrizitätsversorgungsunternehmen verkaufen. Der Staat zertifiziert somit nur, dass der Strom aus EE stammt. Damit liegt insoweit mangels staatlicher Zuwendung keine Beihilfe vor. Die Strafzahlungen der Unternehmen werden nach dem britischen Modell unter den Erzeugern von Strom aus EE-Quellen aufgeteilt. Hierin ist eine Beihilfe zu sehen. Im belgischen Modell fließt die Strafzahlung in den Staatshaushalt und kommt damit der Allgemeinheit zugute. Hier liegt keine Beihilfe vor.

Der EuGH hat in der „PreussenElektra“-Entscheidung bei einer Förderung durch Private aufgrund des Wortlauts, der staatliche Mittel verlangt, das Vorliegen einer Beihilfe abgelehnt. Diese formale Sichtweise ist mit Verweis auf die besondere Rolle der Auslegung anhand des *effet utile* im Gemeinschaftsrecht auch kritisiert worden, im Sinne einer Forderung nach einer eher teleologischen Auslegung.¹³³ Die Einschlägigkeit des Beihilfenrechts dürfe nicht von der Ausgestaltung der Gesetze in den Mitgliedstaaten abhängen. Erst aufgrund des Liberalisierungsprozesses auf dem Elektrizitätsmarkt verbunden mit dem Rückzug des Staats auf seine gesetzgebende Rolle können sich die Mitgliedstaaten einer Beihilfekontrolle durch

¹³¹ Entscheidung KOM v. 28.11.2001, Beihilfe-Nr. N 504/2000 (Vereinigtes Königreich), ABl. Nr. C 30 v. 2.2.2002, S. 15.

¹³² Entscheidung KOM v. 25.1.2001, Beihilfe-Nr. N 550/2000 (Flandern), ABl. Nr. C 330 v. 24.11.2001, S. 3; Entscheidung KOM v. 28.11.2001, Beihilfe-Nr. N 415a/2001 (Wallonien), ABl. Nr. C 30 v. 2.2.2002, S. 14; Entscheidung KOM v. 2.8.2002, Beihilfe-Nr. N 14/2002 (Föderale belgische Gebiete vor der Küste), ABl. Nr. C 309 v. 12.12.2002, S. 14.

¹³³ *Schröder*, Die Auslegung des EU-Rechts, JuS 2004, S. 180 ff. Eine staatliche Regulierung ohne Auswirkungen auf den Haushalt soll ausreichen; *Slotboom*, State aid in Community law: a broad or narrow definition?, ELR 1995, S. 289; ebenso im Ergebnis *Kirchhof*, Der normative Halt – Umweltschutz und Wettbewerb müssen in klaren Formen und Handlungsmitteln in Einklang gehalten werden, ZNER 2001, S. 117 f. Auch Steuermindereinnahmen seien zu berücksichtigen. *Kübling*, (Fn. 126), S. 97; *Koenig/Kübling*, (Fn. 126), S. 541 f.

die Kommission entziehen.¹³⁴ Ein Gesetz entfalte, auch wenn es keine staatliche Leistung beinhalte, unter Umständen die gleiche Wirkung durch Finanzströme zwischen Privaten; der Beihilfebegriff könne insbesondere nicht deshalb verneint werden, weil der Staat eine Aufgabe wie den Umweltschutz auf Private abwälze.¹³⁵ Damit soll nach dieser Meinung für Art. 87 EG ausreichen, dass die Begünstigung auf staatliches Handeln zurückzuführen ist.

Angesichts des klaren Wortlauts des Art. 87 EG scheint ein Verzicht auf „staatliche Mittel“ allerdings nur schwer begründbar.¹³⁶ Denn eine teleologische Auslegung – von der im Übrigen stets, anders als vielleicht bei der systematischen Auslegung, auch aus Gewaltenbalancegründen zurückhaltend Gebrauch zu machen ist – kann nicht den Wortlautrahmen überspielen.¹³⁷ Auch die „Gemeinschaftstreue“ des Art. 10 EG kann nicht die spezielleren Regelungen der Art. 87 ff. EG verdrängen.¹³⁸ Es ist vielleicht gar nicht der „Sinn und Zweck“ der Art. 87 und 88 EG, jegliche „staatliche Lenkung“ zusätzlich zu den Grundrechten und Grundfreiheiten unter ein weiteres Rechtfertigungsregime zu stellen. Die unterschiedlichen Rechtfertigungskataloge sprechen gegebenenfalls vielmehr dafür, Grundfreiheiten und Beihilfenregime eher alternativ als kumulativ anzuwenden. Will man tatsächlich die Beihilfe nicht mehr nur „staatlich“ auffassen, müsste man dies im Übrigen wieder auch in allen anderen Konstellationen so halten, etwa zu Lasten der konventionellen Energieträger. Jede begünstigende Gesetzgebung wäre dann quasi eine Beihilfe und damit der strengen Beihilfekontrolle unterworfen, denn irgendwelche monetären Verteilungswirkungen haben sehr viele, um nicht zu sagen: fast alle Gesetze.

Man könnte zuletzt noch eine Auswirkung auf den Staatshaushalt dadurch zu konstruieren versuchen, dass man davon ausgeht, der Staat erspare durch das Abwälzen seiner Aufgabenerfüllung auf Private Aufwendungen, indem er selbst keine Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe aufbringen muss. Hinzu kommt, dass letztendlich das „gleiche Geld wie bei einer direkten Subvention verteilt wird“.

¹³⁴ Schlussanträge GA *Mengozi* zu EuGH, Rs. C-206/06, *Essent*, noch nicht in aml. Slg., der für eine restriktive Auslegung der „PreussenElektra“-Rechtsprechung plädiert.

¹³⁵ *Witthohn*, (Fn. 9), S. 158 m.w.N.

¹³⁶ *Ebricke*, (Fn. 24), S. 59.

¹³⁷ Dieses Objektivitätserfordernis gilt auch dann, wenn man zutreffend annimmt, dass ein Normwortlaut generell nie eine ganz exakt ziehbare Linie („Wortlautgrenze“) angibt; vgl. im Einzelnen *Klatt*, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2005; *Ekardt/Beckmann*, *Grammatische versus teleologische Auslegungsmethode im öffentlichen Recht – Polizeivollzugsbeamte und aufschiebende Wirkung*, *VerwArch* 2008, S. 241 ff.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 65; Entscheidung KOM v. 25.1.2001, Beihilfe-Nr. N 550/2000 (Flandern), ABl. Nr. C 330 v. 24.11.2001, S. 3; *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 73; *Kruse*, *Das Merkmal der „Staatlichkeit“ der Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG*, Nach dem EuGH-Urteil zum deutschen Stromeinspeisungsgesetz, *ZHR* 165 (2001), S. 578.

Auch könnte man meinen, dass in der Weiterwälzungsregelung des EEG, die im Ergebnis wie eine Sonderabgabe wirke, eine Umgehung des Beihilfenregimes liege. Diese Punkte sind zwar nicht gänzlich uneinleuchtend; doch entkräften sie nicht die eben vorgebrachten Argumente für das vom EuGH im „PreussenElektra“-Urteil vertretene Beihilfenverständnis. Trotz nicht ganz unerheblicher Kritikpunkte sollte daher eine Staatlichkeit der Mittel nach dem Zweck von Art. 87 EG beim EEG und vergleichbaren gesetzlichen Regelungen nicht angenommen werden; es liegt insoweit keine Beihilfe vor, wenn der Staat lediglich als Gesetzgeber beteiligt ist.

2. Förderung durch Unternehmen in öffentlichem Eigentum – „staatliche Mittel“?

Geleistete EE-Fördermittel könnten, selbst wenn sie den Staatshaushalt nicht unmittelbar belasten, gleichwohl wie staatliche Mittel zu behandeln sein, wenn die „direkt“ fördernden (nämlich zahlenden) Stellen – in Deutschland die Netzbetreiber und Energieversorgungsunternehmen bei Einspeisetarifen – mindestens teilweise der öffentlichen Hand gehören.¹³⁹ Über den Rückgriff auf das Kriterium der Zurechenbarkeit staatlicher Mittel werden dabei Umgehungen des Beihilfenrechts durch bloße Ausgliederung aus der unmittelbaren Staatsverwaltung verhindert.¹⁴⁰ Nun könnte allerdings einer solchen Anknüpfung an die Eigentümerstellung des Staats von vornherein Art. 295 EG entgegenstehen, nach dem die jeweiligen nationalen Eigentumsordnungen durch den EG-Vertrag nicht berührt werden und somit eine Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen unzulässig ist.¹⁴¹ An dieser Stelle wird deutlich, warum Art. 295 EG zuweilen als integrationsfeindlich kritisiert wird, steht doch die Gestaltung der Eigentumsordnung in einem untrennbaren Zusammenhang zur wirtschaftlichen Integration.¹⁴² Entsprechend hat der EuGH in den „Goldene Aktien“-Entscheidungen eine Berufung der Mitgliedstaaten auf Art. 295 EG abgelehnt, da dieser die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung des EG-Vertrag im Übrigen,¹⁴³ hier insbesondere

¹³⁹ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnrn. 174 f. und 178.

¹⁴⁰ *Beljin*, (Fn. 52), S. 1220 ff., Rdnr. 43; *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 70.

¹⁴¹ *Rusche*, Die beihilferechtliche Bewertung von Förderregelungen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen: Ein Überblick über die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission, ZNER 2007, S. 146. Nach h.M. wird der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen abgeleitet aus Art. 86, 295 EG; vgl. *Schroeder*, Vernünftige Investitionen oder Beihilfe?, Gemeinschaftsrechtliche Optionen zur Finanzierung öffentlicher Unternehmen, ZHR 1997, S. 815; *Gleske*, Wettbewerb öffentlicher und privater Kreditinstitute in Deutschland, 1996, S. 330; *Schmid-Kühnböfer*, Die Staatlichkeit von Beihilfen: Mittel- und Transferzurechnung nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, 2004, S. 29 ff. m.w.N.

¹⁴² *Kingreen*, (Fn. 16), Art. 295 EG, Rdnr. 3.

Art. 87 EG, freistelle. In der Tat könnte jede andere Sichtweise auch zu Schwierigkeiten führen – gerade in der Energiepolitik angesichts häufiger Veränderung der Eigentümerstruktur bei Elektrizitätsversorgern und Übertragungsnetzbetreibern.¹⁴⁴ Jedenfalls schließt aber der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen eine Ungleichbehandlung nicht aus, wenn ein sachlicher Grund, wie die Sonderregelungen zum Beihilfenrecht hier einen darstellen, vorliegt.¹⁴⁵

Ein öffentliches Unternehmen liegt nach der Definition der Kommission vor, wenn die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.¹⁴⁶ Dies wird vermutet, wenn die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals hält oder über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt bzw. mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs- und Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestellen kann.¹⁴⁷ Nach der „Marine Stardust“-Rechtsprechung des EuGH¹⁴⁸ sind durch ein öffentliches Unternehmen gewährte Vorteile aber nicht per se zurechenbar. Der Staat muss auf das von ihm benannte oder errichtete Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben.¹⁴⁹ Die Geldmittel müssen unter der Kontrolle des Staats und damit zur Verfügung des Staats stehen. Die Gelder zur Finanzierung der Fördermittel müssen dem Mitgliedstaat „zur Verfügung“ stehen, also von ihm kontrolliert werden. Erfasst sind dabei „alle Geldmittel [...], auf die der öffentliche Sektor tatsächlich zur Unterstützung von Unternehmen zurückgreifen kann, ohne dass es dafür eine Rolle spielt, ob diese Mittel auf Dauer zum Vermögen des Staates gehören“. Auch wenn die der betreffenden Maßnahme gewidmeten Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören, genügt folglich der Umstand, „dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit zur Verfügung der zuständigen nationalen Behörden stehen, damit sie als staatliche Mittel qualifiziert werden können“. Die

¹⁴³ Vgl. nur EuGH, Rs. C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg. 2002, I-4731, Rdnr. 47 f.; EuGH, Rs. C-98/01, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 2003, I-4641, Rdnr. 47 ff.

¹⁴⁴ Vgl. *Rusche*, (Fn. 141), S. 146.

¹⁴⁵ *Schmid-Kühnböfer*, (Fn. 141), S. 30 f. m.w.N.

¹⁴⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 80/723/EWG der Kommission v. 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35.

¹⁴⁷ Art. 2 Abs. 2 RL 80/723/EWG in der Fassung der RL 2005/81/EG, ABl. Nr. L 312 v. 29.11.2005, S. 47.

¹⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-482/99, *Marine Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rdnrn. 32, 57.

¹⁴⁹ *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 155 ff.; *Koenig/Kübling/Ritter*, (Fn. 49), Rdnr. 155; EuGH, Rs. C-482/99, *Marine Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rdnrn. 23, 38; EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139, Rdnr. 35; EuGH, verb. Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, *van der Kooy*, Slg. 1988, 219, Rdnr. 35 ff.

zur Finanzierung der Förderung verwendeten Mittel sind als staatliche Mittel zu betrachten, wenn der Staat „durch die Ausübung seines beherrschenden Einflusses auf diese Unternehmen die Verwendung ihrer Mittel zu steuern [vermag], um gegebenenfalls besondere [Eingriffe] zugunsten anderer Unternehmen zu finanzieren“.¹⁵⁰ Durch Indizien wird von Fall zu Fall der Einfluss des Staats ermittelt; der allgemein erforderliche Grad der Beeinflussung ist dabei unklar,¹⁵¹ er muss aber über die abstrakte Einflussnahme hinausgehen.¹⁵² Die Kommission hat in ihren Entscheidungen unter Rückgriff auf die „Marine Stardust“-Kriterien¹⁵³ bzw. unter Bezugnahme allein auf das Eigentum¹⁵⁴ Geldtransfers als Beihilfen angesehen, die jedoch in allen bisherigen Fällen als gerechtfertigt angesehen wurden.¹⁵⁵

Im Prinzip mögen die so dargestellten Grundsätze durchaus einleuchten, wenn man schlicht feststellt, dass auch staatliche Unternehmen eben „Staat“ seien. Und in der Tat können Unternehmen der öffentlichen Hand nicht umstandslos den Schranken des öffentlichen Rechts entkommen. Besondere freiheitssichernde Formalregularien wie die Zuständigkeitsordnung gelten auch dann („keine Flucht ins Privatrecht“). Konkret für das EEG bestehen freilich Zweifel, ob diese Gegebenheiten zur Annahme einer Beihilfe führen. Jedenfalls käme dies nur bei solchen Unternehmen in Betracht, die tatsächlich von der öffentlichen Hand weitgehend dominiert werden – und zwar von der deutschen; bei Vattenfall träfe dies etwa nicht zu. Die sich damit abzeichnende Rechtsfolge, dass beim EEG manchmal eine Beihilfe vorläge und manchmal keine, erscheint wenig plausibel. Zu berücksichtigen ist desgleichen, dass die deutschen Energieunternehmen, selbst wenn sie wie RWE erhebliche Staatsanteile aufweisen mögen, *in praxi* keinesfalls politisch gelenkt werden, sondern weitgehend wie normale Privatunternehmen am Markt agieren. Deshalb kommt insoweit eine teleologische Reduktion der Konstellation von „staatlichen Mitteln“ in Fällen von Unternehmen wie RWE in Be-

¹⁵⁰ EuGH, Rs. C-482/99, *Marine Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 37 f.

¹⁵¹ *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 67 m.w.N.

¹⁵² Der EuGH nimmt staatliche Mittel an, soweit der Staat eine Einflussmöglichkeit hat, schließt aber die Zurechnung aus, soweit dieser Einfluss im konkreten Einzelfall nicht genutzt wurde. EuGH, Rs. C-482/99, *Marine Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rdnrn. 32 ff., 57 ff.; anders noch in EuGH, Rs. C-83/98, *Ladbroke Racing*, Slg. 2000, I-3271, Rdnr. 50; *Ruge*, Das Beihilfe-Merkmal der staatlichen Zurechenbarkeit in der Rechtsprechung des EuGH am Beispiel des Stromerzeugungsgesetzes, WuW 2001, S. 561.

¹⁵³ Zu konventionellen Energieträgern Entscheidung KOM v. 9.1.2005, Beihilfe-Nr. C-41/2005 (Ungarn), ABl. Nr. C 324 v. 21.12.2005, S. 12.

¹⁵⁴ Zu konventionellen Energieträgern Entscheidung KOM v. 4.4.2006, Beihilfe-Nr. NN 53/2005 (Ungarn), ABl. Nr. C 90 v. 25.4.2007, S. 10; Entscheidung KOM v. 2.2.2005, Beihilfe-Nr. C-7/2005 (Slowenien), ABl. Nr. C 63 v. 15.3.2005, S. 2.

¹⁵⁵ Entscheidung KOM v. 18.2.2004, Beihilfe-Nr. N 448/2003 (Dänemark), ABl. Nr. C 307 v. 3.12.2005, S. 4; Entscheidung KOM v. 19.5.2004, Beihilfe-Nr. N 618/2003 (Dänemark), ABl. Nr. C 250 v. 8.10.2005, S. 11; Entscheidung KOM v. 21.12.2007, Beihilfe-Nr. N 567/2007 (Dänemark), noch nicht veröffentlicht.

tracht. Möglicherweise ist dies nicht einmal eine teleologische Reduktion, sondern einfach eine enge Wortlautauslegung. Träfe dies zu, wäre eine Beihilfe erneut zu verneinen.

3. Einrichtungen unter staatlicher Kontrolle: Fonds und parafiskalische Abgaben

Einspeisetarife können allerdings, neben dem beschriebenen deutschen EEG-System, bei dem ein Ausgleichsmechanismus zwischen Unternehmen, die die Abnahmeverpflichtung trifft und die Kosten dann (zumindest teilweise) an die Verbraucher durchgereicht werden, auch so ausgestaltet werden, dass Verbraucher in einen Ausgleichsfonds einzahlen, aus dem die zusätzlichen Kosten für die Einspeisevergütung erstattet werden (z.B. in Luxemburg, den Niederlanden, Österreich und Slowenien).

Diese Leistung an den Fonds ist als parafiskalische Abgabe einzustufen.¹⁵⁶ Diese Abgabe ist eine staatliche Beihilfe, wenn die Zwangsbeiträge aus dem Fonds ausschließlich zugunsten einheimischer Erzeugnisse verwendet werden,¹⁵⁷ wodurch ein Verstoß gegen Art. 25 EG im Raum steht, und folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Der Fonds wird vom Mitgliedstaat errichtet oder betraut,¹⁵⁸ die Beiträge in den Fonds werden vom Staat auferlegt und der Fonds wird genutzt, um spezifische Unternehmen zu begünstigen.¹⁵⁹ Zwischen Abgabe und Beihilfe muss nach gängiger Ansicht ein zwingender Verwendungszusammenhang bestehen, d.h. das Abgabenaufkommen notwendig für die Finanzierung der Beihilfe verwendet werden, die Einnahmen aus der Abgabe also unmittelbar Einfluss auf die Höhe der Beihilfe haben.¹⁶⁰ In den meisten Fällen wird solch ein Verwendungszusam-

¹⁵⁶ Parafiskalische Abgaben sind solche, die von ausländischen wie inländischen Händlern oder Anbietern erhoben werden, deren Ertrag dann zur Förderung des betroffenen Wirtschaftszweigs verwendet wird.

¹⁵⁷ In diesem Fall ist die Abgabe bereits nach Art. 25 EG unzulässig EuGH, Rs. 77/72, *Capolongo*, Slg. 1973, 611; EuGH, Rs. 73/79, *Sovraprezzo*, Slg. 1980, 1533; EuGH, Rs. 173/73, *Familienzusagen im Textilsektor*, Slg. 1974, 709, Rdnrn. 33, 35; *Ebricke*, (Fn. 53), Art. 87 EG, Rdnr. 69.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. 74/76, *Ianelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, Rdnr. 26; EuGH, Rs. C-126/01, *GEMO*, Slg. 2003, I-1369.

¹⁵⁹ Die parafiskalischen Einrichtungen unterliegen der Beihilfenaufsicht. Vgl. Entscheidung KOM v. 18.7.1969, *französische Textilindustrie*, ABl. Nr. L 220 v. 1.9.1969, S. 1; Entscheidung KOM v. 30.11.1988, *belgische Fonds zur Förderung des Absatzes von Agrarerzeugnissen*, ABl. Nr. L 85 v. 30.3.1989, S. 45, und v. 17.5.1989, ABl. Nr. L 179 v. 12.7.1990, S. 38; Entscheidung KOM v. 7.5.1991, *Ausfuhrbeihilfen in Form von Befreiungen und Rückerstattungen*, ABl. Nr. L 47 v. 22.2.1992, S. 19.

¹⁶⁰ EuGH, Rs. C-174/02, *Streekgewest*, Slg. 2005, I-85; unter Verweis auf EuGH, Rs. 47/69, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1970, 487, Rdnrn. 17, 20 f.

menhang vorliegen. Ein Grund für die Einrichtung des Fonds ist in der Regel, dass der Mitgliedstaat, statt auf allgemeine Steuereinnahmen zurückzugreifen, Gelder speziell zu diesem Zweck bestimmt („geohrmarkt“) und verhindern will, dass das Geld für einen anderen Zweck verwendet wird.¹⁶¹

Aus den angeführten Kriterien erschließt sich, dass es auch hier nach EuGH-Meinung auf die Zurechenbarkeit an den Staat ankommt. Der Mitgliedstaat muss Kontrolle über die verwendeten Gelder erlangen, wobei wiederum auf die „Marine Stardust“-Kriterien zurückgegriffen werden kann, ohne allerdings auf das öffentliche Eigentum abzustellen. Eine danach für die Zurechenbarkeit erforderliche steuernde Einflussnahme des Staats liegt beispielsweise vor, wenn Maßnahmen von einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung abhängig waren oder unter ständiger staatlicher Kontrolle standen.¹⁶² Nicht ausreichend ist, wenn der erhobene Pflichtbeitrag nur zu einer von den Belasteten selbst finanzierten und organisierten Werbemaßnahme verwendet wird, d.h. der Fonds lediglich als Instrument für die Erhebung und Zweckbestimmung der Mittel dient, der Staat also keine hinreichende Verfügungsgewalt hat.¹⁶³ Angesichts des Zwecks Klimaschutz, welcher von den Mitgliedstaaten zur Begründung ihrer Fördermaßnahmen angeführt wird, liegt zumindest kein ausschließlicher Eigennutzen vor. Aus dem Fonds werden den Netzbetreibern die erhöhten Einspeisetarife erstattet bzw. bei Selbstvermarktung durch die EE-Erzeuger eine staatliche Prämie finanziert (z.B. Slowenien).¹⁶⁴ Finanziert wird der Fonds in der Regel durch eine haushaltsgebundene Anschlussgebühr (Niederlande,¹⁶⁵ Österreich¹⁶⁶) oder über eine verbrauchsabhängige Abgabe (Luxemburg,¹⁶⁷ Österreich¹⁶⁸), die durch den Elektrizitätsversorger oder Netzbetreiber¹⁶⁹ oder durch den Verwalter des Fonds¹⁷⁰ erhoben wird.

¹⁶¹ *Rusche*, (Fn. 141), S. 148.

¹⁶² EuGH, Rs. 290/83, *CNCA*, Slg. 1985, 439, Rdnrn. 5, 14 f.; EuGH, Rs. C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, Slg. 2000, I-3271; EuGH, verb. Rs. 67/85, 68/85 und 70/85, *van der Kooy*, Slg. 1988, 219, Rdnr. 36 f.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-345/02, *Pearle*, Slg. 2004, I-7139.

¹⁶⁴ Entscheidung KOM v. 2.2.2005, Beihilfe-Nr. C-7/2005 (Slowenien), ABl. Nr. C 63v. 15.3.2005, S. 2; Entscheidung KOM v. 4.4.2006, Beihilfe-Nr. NN 53/2005 (Ungarn), ABl. Nr. C 90 v. 25.4.2007, S. 10.

¹⁶⁵ Entscheidung KOM v. 19.03.2003, Beihilfe-Nr. N 707 und N 708/2002 (Niederlande), ABl. Nr. C 148 v. 25.6.2003, S. 12.

¹⁶⁶ Entscheidung KOM v. 19.5.2006, Beihilfe-Nr. NN 162/A/2003, N 317/A/2006, NN 161/B/2003 und N 317/B/2003, ABl. Nr. C 221 v. 14.9.2006, S. 8 f.

¹⁶⁷ Entscheidung KOM v. 5.6.2002, Beihilfe-Nr. C-43/2002 (Luxemburg), ABl. Nr. C 255 v. 23.10.2002, S. 15.

¹⁶⁸ Vgl. Fn. 166.

¹⁶⁹ Vgl. Fn. 165.

¹⁷⁰ Vgl. Fn. 166.

Begünstigte solcher Fonds sind im Ergebnis die EE-Erzeuger, die von den Netzbetreibern erhöhte Einspeisentgelte erlangen.¹⁷¹ Eine staatliche Kontrolle erfolgt entweder durch eine direkte Verwaltung durch den Staat oder durch die Festlegung der Höhe der Vergütung, Vergabe von Lizenzen für den An- und Verkauf von EE sowie Vorgaben für die Verwaltung der Mittel (Österreich).¹⁷² Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Fonds, die „nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften durch Zwangsbeiträge gespeist werden und [...] gemäß diesen Rechtsvorschriften verwaltet und verteilt werden, als staatliche Mittel [...] zu betrachten, selbst wenn ihre Verwaltung nichtstaatlichen Organen anvertraut“ wird.¹⁷³ Die Mittel stehen damit unter der Kontrolle des Staats und sind ihm zurechenbar. Entsprechend hat die Kommission in den zitierten Fällen eine Zahlung aus staatlichen Mitteln und ergo eine Beihilfe angenommen, diese jedoch immer als mit dem gemeinsamen Markt für vereinbar angesehen.¹⁷⁴ Die „PreussenElektra“-Rechtsprechung wurde demnach von der Kommission nicht auf Einspeisetarife mit Ausgleichsmechanismus übertragen, sondern restriktiv gehandhabt.¹⁷⁵ Während eine Finanzierung der Begünstigung bestimmter Unternehmen, die ausschließlich von privater Hand durchgeführt und finanziert wird, nicht unter den Beihilfebegriff fällt, ist ein Ausgleichsmechanismus mit parafiskalischer Abgabe und Ausgleichsfonds unter Art. 87 Abs. 1 EG zu fassen. Ob dies im Hinblick auf die Argumentation bis hierher zu überzeugen vermag, erscheint freilich zweifelhaft.¹⁷⁶

¹⁷¹ Vgl. Fn. 167.

¹⁷² Vgl. Fn. 166.

¹⁷³ EuGH, Rs. 173/73, *Italien/Kommission*, Slg. 1974, 709, Rdnr. 35.

¹⁷⁴ Z.B. Entscheidung KOM v. 24.4.2007, Beihilfe-Nr. C-7/2005 (Slowenien), ABl. Nr. L 219 v. 24.8.2007, S. 9.

¹⁷⁵ So Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-206/06, *Essent*, noch nicht in amtl. Slg.

¹⁷⁶ Eine parafiskalische Abgabe müsste dann aber mit dem EG-Vertrag im Übrigen vereinbar sein. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen Art. 25 EG als Abgabe zollgleicher Wirkung oder Art. 90 EG als innerstaatliche Abgabe. Die Erstgenannten treffen nur ein- oder ausgeführte Erzeugnisse und nicht konkurrierende inländische Erzeugnisse, während die zweitgenannten beide erfassen. Die beiden Normen schließen sich demnach gegenseitig aus und ergänzen sich; vgl. EuGH, Rs. 15/81, *Schul Douane Expéditeur*, Slg. 1982, 1409, Rdnr. 26. Eine Abgabe zollgleicher Wirkung liegt vor, wenn die finanzielle Belastung an den Grenzübergang anknüpft, selbst wenn sie nicht zugunsten des Staats erhoben wird, keine diskriminierende oder protektionistische Wirkung hat und die belastete Ware nicht mit inländischen Erzeugnissen in Wettbewerb steht; vgl. EuGH, Rs. 24/68, *Kommission/Italien*, Slg. 1969, 193, Rdnr. 9; EuGH, Rs. 158/82, *Kommission/Dänemark*, Slg. 1983, 3573, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-347/95, *UCAL*, Slg. 1997, I-4911, Rdnr. 18. Dies ist auch der Fall, wenn eine Abgabe auf inländische und ausländische Produkte erhoben wird, das Aufkommen aus der Abgabe aber speziell inländischen Erzeugnissen zugutekommt, so dass im Ergebnis nur ausländische Erzeugnisse belastet werden und die Belastung inländischer Erzeugnisse vollständig aufgehoben wird; vgl. EuGH, Rs. 73/79, *Kommission/Italien*, Slg. 1980, 1533, Rdnr. 15; EuGH, Rs. C-347/95, *UCAL*, Slg. 1997, I-4911, Rdnr. 21. Bei einem nur teilweisen Ausgleich liegt eine inländische Abgabe gemäß Art. 90 EG vor. Die beschriebene Konstellation ist insofern ein Sonderfall, als die parafiskalische Abgabe durch

4. Liegt überhaupt eine Wettbewerbsverfälschung vor?

Bei der Feststellung, ob eine Beihilfe aus staatlichen Mitteln stammt, ist nach dem bis hierher Gesagten auf den Umfang staatlicher Kontrolle abzustellen. Der EuGH hatte mangels Beteiligung der öffentlichen Hand im „PreussenElektra“-Urteil eine Staatlichkeit der Mittel abgelehnt. Die Kommission ist geneigt, bei staatlicher Kontrolle über ein öffentliches Unternehmen oder einen Fonds die Staatlichkeit der Mittel anzunehmen, wobei die besseren Argumente – wie gesehen – für die Beibehaltung der EuGH-Position sprechen, jedenfalls in puncto EEG.

Um den Tatbestand einer Beihilfe zu erfüllen, muss die Gewährung des finanziellen Vorteils weiter zu einer aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsverfälschung führen. Dies ist der Fall, wenn die Stellung des Begünstigten am relevanten Markt zulasten seiner Konkurrenten verbessert wird.¹⁷⁷ Hier ist ein wirtschaftlicher Vorteil der nationalen EE-Erzeuger gegenüber ausländischen EE-Erzeugern sowie in- und ausländischen Erzeugern konventionellen Stroms darin zu sehen, dass sie höhere Preise erzielen als ohne eine entsprechende Förderregelung.¹⁷⁸ In Anbetracht der höheren Kosten schlägt sich diese jedoch nur zugunsten der Erzeuger nieder, wenn sie durch höhere Effizienz Mitnahmeeffekte nutzen können. Man könnte ebenso darüber nachdenken, eine Wettbewerbsverfälschung auszuschließen, da konventionellen Energieträgern externe Kosten nicht angelastet werden und diese demgegenüber bei EE jenseits der Bioenergie nur in sehr geringem Maße anfallen. Man könnte in der Förderung somit auch eine Beseitigung einer Wettbewerbsverfälschung erblicken und daran das Vorliegen einer Beihilfe scheitern sehen.

II. Hilfsweise: Rechtfertigung einer etwaigen Beihilfe zugunsten erneuerbarer Energien

Sollte man entgegen diesen tentativen Ergebnissen beim EEG oder anderen mitgliedstaatlichen Fördermodellen dennoch vom Vorliegen einer Beihilfe ausgehen, stellt sich – für uns allerdings nur hilfsweise – die Frage nach der Rechtfertigbarkeit einer solchen EE-Beihilfe. Artikel 87 Abs. 2 und 3 EG legen fest, unter welchen

Verbraucher gezahlt wird, die Erstattung der gezahlten Förderung aber an die Netzbetreiber gezahlt wird und die Förderung im Ergebnis den Anlagebetreibern zugutekommt. Damit fließt die Abgabe nicht, wie für Art. 25 EG angenommen, an diejenigen zurück, die die Abgabe ursprünglich gezahlt haben. Es ist damit allenfalls eine Vereinbarkeit mit Art. 90 EG zu prüfen. Fördern die Mitgliedstaaten nur im Inland erzeugten Strom und sehen nur insoweit einen Ausgleichsmechanismus vor, stellt sich das Problem nicht. Sobald aber Einspeisetarife für ausländisch erzeugte Energie gewährt werden, muss insoweit wohl auch der Ausgleichsmechanismus erweitert werden.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. 730/79, *Philipp Morris*, Slg. 1980, 2671, Rdnr. 11; *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 21; *Beljin*, (Fn. 52), Rdnr. 69; *Koenig/Kühling/Ritter*, (Fn. 49), Rdnr. 176.

¹⁷⁸ EuGH, Rs. C-379/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 54.

Voraussetzungen Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sein können. Bei Art. 87 Abs. 2 EG, nach dem Beihilfen ohne Ermessen der Kommission mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, käme lit. b) in Betracht, der die Beseitigung von Naturkatastrophen und sonstigen außergewöhnlichen Ereignissen erfasst. Die Auswirkungen des Klimawandels sind aber bisher – jedenfalls in Europa – noch nicht zu einer Naturkatastrophe oder einem vergleichbaren Ereignis angewachsen (und wenn doch, dann wäre dies eine Frage der Klimawandelsadaptation und nicht des Klimaschutzes, wie er von nationalen EE-Fördersystemen wie dem EEG angestrebt wird), so dass eine Beihilfe wohl nur nach Art. 87 Abs. 3 EG bei Vorliegen des von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägten Tatbestands im Ermessen der Kommission¹⁷⁹ mit dem gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt werden kann. In Betracht kommt eine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. b) oder c) EG. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, da nach lit. b), 1. Alternative grundsätzlich höhere Beihilfen zulässig sind.¹⁸⁰ Die Kommission hat zur Konkretisierung Leitlinien für die Vereinbarkeit von Umweltschutzbeihilfen¹⁸¹ mit dem Gemeinsamen Markt erlassen, die sie auch selbst binden.¹⁸² Diese Leitlinien müssen aber ihrerseits mit Art. 87 EG in Einklang stehen. Bereits in ihrem Aktionsplan staatliche Beihilfen¹⁸³ war die Kommission von einer dreistufigen Prüfung zur Feststellung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ausgegangen: Erstens muss die Beihilfe einem Ziel von gemeinschaftlichem Interesse dienen. Zweitens muss sie geeignet sein, dieses Ziel zu verwirklichen: Die Beihilfe muss das geeignete Instrument sein, muss zu Anreizeffekten führen und verhältnismäßig sein, d.h. dieselbe Verhaltensweise darf nicht durch eine Beihilfe von geringerer Höhe erreicht werden können. Drittens müssen die Verfälschungen von Wettbewerb und Handel in ihrem Ausmaß begrenzt sein, so dass die positiven Aspekte der Beihilfe überwiegen. Eine derartig ausführliche Prüfung soll im Falle von Energieerzeugungsanlagen aber nur für Standorte über 125 Megawatt und Beihilfen, die auf Grundlage der vermiedenen externen Kosten berechnet werden, stattfinden.¹⁸⁴ Für das Gros der gezahlten Beihilfen gelten geringere Anforderungen nach Kapitel 3 der Leitlinien, welche jedoch nicht von der

¹⁷⁹ EuGH, Rs. 74/76, *Ianelli/Meroni*, Slg. 1977, 557, Rdnr. 11 f.; EuGH, Rs. C-482/99, *Marine Stardust*, Slg. 2002, I-4397, Rdnrn. 41, 33.

¹⁸⁰ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. Nr. C 82 v. 1.4.2008, S. 1, Rdnr. 150: „Wenn die Beihilfe gemäß Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen wird, kann die Kommission höhere als in diesen Leitlinien vorgesehene Beihilfesätze genehmigen.“

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Die Unterscheidung zwischen Leitlinie und Gemeinschaftsrahmen ist dabei ohne Bedeutung; EuGH, Rs. C-135/93, *Spanien/Kommission*, Slg. 1995, I-1651, Rdnr. 29.

¹⁸³ Aktionsplan staatliche Beihilfen, Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009, KOM (2005) 107 endg.

¹⁸⁴ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, (Fn. 180), Rdnr. 165 ff.

Vereinbarkeit mit Art. 87 EG entbinden.¹⁸⁵ Der Gedanke der Kommission ist jedenfalls erkennbar der, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der ja schlicht ein Abwägungsstrukturierungsgrundsatz ist, sinngemäß auch auf Beihilfen anzuwenden.

Artikel 87 Abs. 3 lit. b), 1. Alternative EG betrifft Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse. Im Rahmen dieser recht unscharfen Norm akzeptiert der EuGH jedenfalls von mehreren Mitgliedstaaten getragene Programme zur Bekämpfung gemeinsamer Gefahren wie der Umweltverschmutzung.¹⁸⁶ Die Beteiligung mehrerer Mitgliedstaaten ist zwar Indiz für ein gemeinschaftsweites Interesse, sollte aber keine notwendige Voraussetzung für die Erklärung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt sein. Entscheidend ist das materielle Ziel des Vorhabens.¹⁸⁷

Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem Interesse, mit denen vorrangig der Umweltschutz verfolgt wird, können gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden, wenn erstens ein bestimmtes Vorhaben oder eine Gruppe von Vorhaben nach Kreis der Beteiligten, Ziel, Mittel und Wirkung genau festgelegt ist; das Vorhaben zweitens von gemeinsamem europäischem Interesse ist; drittens nachgewiesen wird, dass die Beihilfe einen Anreiz für die Durchführung des Vorhabens schafft und zur Durchführung erforderlich ist; und viertens muss das Vorhaben von seinem Umfang und seinen Umweltwirkungen von besonderer Bedeutung sein.¹⁸⁸

Die Kommission hat in ihren Leitlinien angenommen, dass Beihilfen zur EE-Förderung grundsätzlich mit Art. 87 Abs. 3 lit. c) EG vereinbare sektorale Beihilfen sein können: Sie dienen der Behebung des Marktversagens bezüglich der externen Effekte konventioneller Energieträger, indem sie Anreize zur Nutzung EE schaffen. Die verstärkte Nutzung von EE entspricht der europäischen Energiepolitik. Insbesondere sollen hierfür Differenzkosten ausgeglichen werden können, wobei angesichts der sich schließenden Kostenschere (zwischen erneuerbaren und konventionellen Energien¹⁸⁹) eine Degression vorzusehen ist, wie sie das EEG ohnehin kennt. Ansonsten wiederholen sich in wesentlichen Hinsichten die Überlegungen, die bereits zur Warenverkehrsfreiheit angestellt wurden.

¹⁸⁵ Vgl. *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 46.

¹⁸⁶ EuGH, verb. Rs. 62/87 und 72/87, *Exécutif régional Wallon*, Slg. 1988, 1573, Rdnr. 22; vgl. eingehender zur Interpretation dieser Passage *Cremer*, Forschungssubventionen im Lichte des EGV, Zugleich ein Beitrag zu den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Subventionen, 1995, S. 143 f.

¹⁸⁷ Vgl. *Cremer*, (Fn. 51), Art. 87 EG, Rdnr. 43.

¹⁸⁸ Hierzu und zum folgenden Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, (Fn. 180), Rdnr. 147.

¹⁸⁹ Würde man den konventionellen Energien ihre externen Kosten anlasten, würde die Kostenschere bereits heute nicht mehr bestehen.