

EEG UND BINNENMARKT:

**ZUR VEREINBARKEIT DES ERNEUERBARE-ENERGIEN-
GESETZES (EEG) MIT DEN AKTUELLEN BESTIMMUNGEN
ZUM ELEKTRIZITÄTSBINNENMARKT UND MIT DER
WARENVERKEHRSFREIHEIT**

GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

Berlin, 24. August 2005

vorgelegt im Rahmen des BMU-Projekts

**„Rechtliche und administrative Hemmnisse für den Ausbau erneuer-
barer Energien in Deutschland“**

Inhalt

Aufgabenstellung	3
1 Argumente gegen die Vereinbarkeit des EEG mit dem Binnenmarkt	4
2 Die handelsbeschränkenden Wirkungen des EEG	6
3 Vereinbarkeit mit den sekundärrechtlichen Vorgaben des EG-Rechts (Richtlinien und Verordnungen)	7
3.1 Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2003/54/EG	7
3.2 Vereinbarkeit mit der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003	13
3.3 Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2001/77/EG	15
3.4 Zwischenergebnis	20
4 Vereinbarkeit mit Art. 28 EGV	21
4.1 Kernelemente der Rechtsprechung zu Art. 28 und 30 EGV	22
4.2 Die Beschränkungswirkungen des EEG im Lichte des Art. 28 EGV	24
4.3 Verhältnismäßigkeit	27
4.4 Zwischenergebnis	30
5 Gesamtergebnis	31

Haftungshinweis:

Diese Ausarbeitung trägt rein rechtswissenschaftlichen Charakter. Sie gibt allein die Rechtsauffassung des Autors wieder. Die Begutachtung dient nicht der Beratung von Einzelnen. Der Autor übernimmt keine Haftung.

Aufgabenstellung

In der aktuellen energiepolitischen Debatte wird, nachdem der EuGH im Jahr 2001 das deutsche Stromeinspeisungsgesetz aus dem Jahr 1998 für vereinbar mit dem EG-Recht erklärt hatte und damit zunächst eine gewisse Ruhe um das deutsche Abnahme- und Vergütungssystem eingetreten zu sein schien, neuerdings wieder in Frage gestellt, ob die Bestimmungen des EEG mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts im Einklang stehen.

Von der Seite der den deutschen Strommarkt dominierenden Elektrizitätsunternehmen ist der Druck in Richtung eines grundlegenden Systemwechsels groß. In den Kreisen des VDEW wird aktuell ein Modell zur Heranführung der erneuerbaren Energien (EE) an den Wettbewerb diskutiert, nach dem an die Stelle eines Abnahme- und Vergütungsanspruches für die Erzeugung von EE-Strom eine Regelung treten soll, welche die Strom vertreibenden Unternehmen dazu verpflichtet, einen bestimmten Anteil des von ihnen veräußerten Stroms aus EE bereit zu stellen (sog. Quoten-/Zertifikatmodell). Die Hersteller von EE-Strom würden danach für jede erzeugte Kilowattstunde ein „Grünstrom-Zertifikat“ erhalten, dessen Preis sich an dem entstehenden Zertifikatemarkt bilden würde.¹ Dies würde einen deutlichen Verlust an Investitionssicherheit für die Anlagenbetreiber bedeuten. In der Folge wäre nach Auffassung des Bundesverbandes der Erneuerbaren Energien (BEE) mit einem höheren Preisniveau für Strom aus erneuerbaren Energien und mit geringeren Wachstumsaussichten für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu rechnen.²

Vor dem Hintergrund derartiger Forderungen kommt der Frage, ob die aktuellen Entwicklungen im europäischen Gemeinschaftsrecht Änderungen am System des EEG erforderlich machen, eine große Bedeutung zu. In diese Richtung argumentiert namentlich ein neuerer Aufsatz aus der rechtlichen Literatur, in dem die Autoren (*Karpenstein/Schneller*) darlegen, an dem Abnahme- und Vergütungsmodell des EEG könne auf Grund der kürzlich in Kraft getretenen Bestimmungen der zweiten EG-Richtlinie zum Elektrizitätsbinnenmarkt (2003/54/EG) mittelfristig nicht mehr festgehalten werden.³ Gewisse Bedenken hinsichtlich der längerfristigen Perspektive von Fördermodellen, die wie das EEG mit einer Ausschaltung des freien Wettbewerbs für größer werdende Segmente des Strommarkts einhergehen, lässt – ohne insoweit allerdings eine Unvereinbarkeit mit bestehenden EG-rechtlichen Vorgaben in den Raum zu stellen – auch *Salje* durchblicken.⁴

In der folgenden gutachterlichen Betrachtung soll im Einzelnen der Frage nachgegangen werden, ob das Abnahme- und Vergütungsmodell des EEG im Konflikt mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts steht.

¹ Vgl. *Verband der Elektrizitätswirtschaft (VDEW)*: Diskussionsvorschlag zur künftigen Förderung Erneuerbarer Energien: „Ausbauziele effizient erreichen“, Berlin, Juni 2005.

² Vgl. *Bundesverband Erneuerbare Energien (BEE)*: Der VDEW-Vorschlag: Ineffizienz statt Effizienz (Positionspapier), Paderborn, Juni 2005.

³ *Karpenstein/Schneller*, in: RdE 2005, 6 ff.

⁴ Vgl. *Salje*, in: RdE 2005, 60/64 f.; beachte aber andererseits die Ausführungen *Saljes* in: EEG, 3. Aufl. 2005 § 2 Rdnr. 69 ff., in denen der Autor die Prüfung der Handelsbeeinträchtigungen des EEG an den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts positiv abschließt.

Aufbautechnisch werden nach einer kurzen Zusammenschau der kritischen Argumentationslinie von *Karpenstein/Schneller* (Kap. 1) zunächst die marktbeschränkenden Wirkungen des EEG beschrieben (Kap. 2). Sodann wird im Einzelnen hinterfragt, ob und inwieweit das EEG mit den *sekundärrechtlichen* Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im Einklang steht (Kap. 3). Angesprochen sind damit zum einen die zweite Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG⁵ sowie die parallel dazu ergangene Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel⁶, zum anderen die Bestimmungen der Richtlinie über die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt (2001/77/EG).⁷ Im anschließenden vierten Kapitel widmet sich die Ausarbeitung der Vereinbarkeit des EEG mit den *primärrechtlichen* Vorgaben des EGV zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV), auf die es nur ankommt, soweit sich nach Würdigung der sekundärrechtlichen Vorgaben noch Raum für ihre Anwendung ergibt.

1 Argumente gegen die Vereinbarkeit des EEG mit dem Binnenmarkt

Im Zentrum der aktuellen (rechtlichen) Kritik an dem Modell EEG steht, anders als es im Streit um die Vereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes (StrEG) mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht der Fall war, nicht mehr die Überlegung, dass es sich bei der gesetzlichen Mindestvergütung um eine unzulässige staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV handele. Diese Auffassung, die in der deutschen Rechtsliteratur zunächst relativ verbreitet war, hat der EuGH in seinem Urteil vom 13. März 2001 zum StrEG zweifelsfrei verneint⁸, so dass kein tragfähiger Ansatzpunkt dafür verblieben ist, die Übereinstimmung des EEG mit dem EG-Recht unter dem Gesichtspunkt des Beihilfeverbots ernstlich in Frage zu stellen.⁹

Anknüpfungspunkt der neuerlichen Kritik ist der Umstand, dass die Richtlinie 2003/54/EG den Eintritt in eine neue Phase der Liberalisierung des Elektrizitätsbinnenmarkts markiert. Damit sei, so das Ergebnis der Gedankengänge von *Karpenstein/Schneller*, national abgegrenzten Abnahme- und Vergütungssystemen für EE-Strom gemeinschaftsrechtlich der Boden entzogen. Durch die Richtlinie 2003/54/EG werde der freie Binnenmarkt mit Elektrizität nämlich vollendet. Der EuGH habe jedoch in seinem Urteil vom 13. März 2001 über das StrEG¹⁰ (in der Fassung 1998) zum Ausdruck gebracht, dass die betrachteten Regelungen nur im Hinblick auf den *damals erreichten* „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Ge-

⁵ RL 2003/54/EG vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG 2003 Nr. L 176, 37.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. EG 2003 Nr. L 176, 1.

⁷ RL 2001/77/EG vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 2001 Nr. L 283, 33.

⁸ EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 54 ff./66.

⁹ Vgl. nur *Oschmann*, in: *Danner/Theobald: Energierecht*, VI EEG N 1 Einf., Rdnr. 53 ff. m.w.N.; *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, Einf. Rdnr. 71 ff.; *Brandt/Reshöft/Steiner*, Hk-EEG, Einl. Rdnr. 98 ff.

¹⁰ EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099.

biet des Elektrizitätsmarkts¹¹ nicht gegen das Verbot von Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit verstoße. Der damalige Stand des Gemeinschaftsrechts habe sich dadurch ausgezeichnet, dass die (erste) Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG¹² im Unterschied zu ihrer Nachfolgeregelung noch keine Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts vorgesehen habe.¹³ Hierauf habe der EuGH bewusst hingewiesen.¹⁴

Da der EuGH von einem nicht vollständig harmonisierten Strommarkt ausgegangen sei, habe er folgerichtig geprüft, ob ein Verstoß gegen das im damaligen Art. 30 EGV (dem heutigen Art. 28 EGV) verankerte grundsätzliche Verbot von Einschränkungen des Warenverkehrs vorliege. Das Gericht habe einen Verstoß gegen diese Vorschrift verneint. Dabei habe es an seine ständige Rechtsprechung angeknüpft, nach der Handelshemmnisse unter bestimmten Voraussetzungen aus zwingenden Gründen der Umweltpolitik gerechtfertigt werden könnten, solange die betreffende Materie durch EG-Richtlinien nicht abschließend harmonisiert sei.¹⁵

Sobald die Richtlinie 2003/54/EG vollständige Wirkung entfalte, sei jedoch von einer abschließenden Harmonisierung des betreffenden Rechtsbereichs auszugehen, so dass eine Berufung auf diese Rechtsprechung nicht mehr möglich sei. Den Mitgliedstaaten verblieben dann für nationale Instrumente zur Förderung von erneuerbaren Energien nur noch diejenigen Spielräume, die ihnen die Richtlinie ausdrücklich eröffne.¹⁶ Sie könnten demnach ausweislich von Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie zwar Vorrangregelungen für den Netzzugang von Strom aus erneuerbaren Energien aufstellen. Dabei seien sie durch Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie aber daran gebunden, ihre Vorrangregelungen nichtdiskriminierend auszugestalten und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen aus der EU sicherzustellen.¹⁷ Bei dem deutschen EEG, dessen Vergünstigungen nur inländischen Anlagenbetreibern offen stünden, sei das nicht gewährleistet.

Dass die Richtlinie 2003/54/EG auf die Binnenmarktvollendung angelegt sei, zeigten, so die Autoren weiter, nicht nur die Erwägungsgründe zur Richtlinie, sondern auch die Bestimmungen der zeitgleich ergangenen Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Strommarkt, die keinerlei Hinweis darauf gäben, dass regenerativ erzeugter Strom insoweit eine Sonderbehandlung erfahren solle.¹⁸

Auch die Richtlinie 2001/77/EG zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen bestätige diese Einschätzung. Sie lasse zwar grundsätzlich die Frage des zu wählenden Förderinstruments offen, gebiete jedoch die Einführung eines gemeinschaftsweit verwendbaren Herkunftsnachweises für EE-Strom und schaffe damit die Voraussetzungen für einen gemeinschaftsweiten Handel mit EE-Strom auf Basis von Quotenverpflichtungen. Das Fehlen eines Herkunftsnachweises sei für den EuGH im StrEG-Urteil ein weiteres Begrün-

¹¹ EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 81.

¹² RL 96/92/EG vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 1997 Nr. L 27, 20.

¹³ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/7 f.

¹⁴ *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/8.

¹⁵ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/7.

¹⁶ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/8 ff.

¹⁷ *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10.

¹⁸ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10.

dungselement gewesen, um den Mitgliedstaaten vorläufig einen Freiraum für die Einführung von preisgestützten Systemen mit Abnahme- und Vergütungspflichten zu belassen.¹⁹

2 Die handelsbeschränkenden Wirkungen des EEG

Für zentrale Regelungen des EEG ist – ebenso wie es schon beim Stromeinspeisungsgesetz der Fall war – davon auszugehen, dass sie den innergemeinschaftlichen Handel mit Strom beschränken. Die rechtlichen Anknüpfungspunkte hierfür ergeben sich aus verschiedenen Normen:

- § 4 Abs. 1 Satz 1 EEG verpflichtet die Betreiber der (jeweils nächstgelegenen) Netze dazu, EE-Strom „vorrangig abzunehmen und zu übertragen“. Eine entsprechende Verpflichtung enthält § 4 Abs. 6 des Gesetzes für die weitere Übertragung im Netz.
- § 2 Abs. 1 EEG beschreibt den räumlichen Anwendungsbereich des EEG, indem er festlegt, dass das Gesetz „1. den vorrangigen Anschluss von Anlagen (...) im Bundesgebiet einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (Geltungsbereich des Gesetzes) an die Netze der allgemeinen Versorgung mit Elektrizität“ und „2. die vorrangige Abnahme, Übertragung und Vergütung dieses Stroms durch die Netzbetreiber (...)“ regelt.
- § 5 Abs. 1 EEG spricht den Anlagenbetreibern nach Maßgabe von §§ 6 bis 12 des Gesetzes einen Anspruch auf Zahlung einer Mindestvergütung durch die Netzbetreiber zu. Die entstehende Belastung wird über bestimmte Ausgleichsmechanismen gleichmäßig auf alle Strom veräußernde Unternehmen verteilt und schließlich finanziell auf die Endverbraucher überwältigt (vgl. § 14 EEG).

Im Zusammenwirken dieser Vorschriften ergeben sich *zwei* im Hinblick auf das grundsätzliche Gebot des freien Warenverkehrs relevante Wirkungen: Zum einen bleibt ein Teil des Strommarktes für den allgemeinen Wettbewerb unzugänglich, weil er dem vorrangig abzunehmenden und zu übertragenden EEG-Strom vorbehalten ist. Damit werden (auch) Anbieter für Strom aus anderen Mitgliedstaaten im Umfange des allein dem EEG-Strom vorbehaltenen Marktanteils daran gehindert, ihre Produkte in Deutschland zu veräußern. Zum anderen haben Anlagenbetreiber, die in anderen Mitgliedstaaten Strom aus regenerativen Energien herstellen, keinen Zugang zu den Abnahme- und Vergütungsregelungen des EEG.

Beide Wirkungen können vom Ansatz her unter der Zielsetzung eines möglichst von „Fremdeinwirkungen“ freien Verkehrs mit Elektrizität problematisiert werden. Dabei und bei der Untersuchung, ob sie dennoch gemeinschaftsrechtlich zulässig sind, wird es – jedenfalls an manchen Stellen – auch darauf ankommen können, welche der beiden Beschränkungswirkungen jeweils in den Blick genommen wird.²⁰

¹⁹ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10 f. unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 79 f.

²⁰ Schon insoweit bleibt der Aufsatz von *Karpenstein/Schneller* (RdE 2005, 6) ungenau. Speziell zur Nichterfassung der direkten Einspeisung von EE-Strom aus dem EU-Ausland *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 61 ff.

3 Vereinbarkeit mit den sekundärrechtlichen Vorgaben des EG-Rechts (Richtlinien und Verordnungen)

Erscheint es demnach nahe liegend, die marktbeschränkenden Wirkungen des EEG sogleich auf ihre Vereinbarkeit mit dem in Art. 28 EGV statuierten grundsätzlichen Gebot der Warenverkehrsfreiheit zu überprüfen, so ist indes zu beachten, dass der EuGH die *primärrechtlichen* Bestimmungen des EGV für *nicht anwendbar* erachtet, sofern der jeweils angesprochene Rechtsbereich durch Regelungen auf der Ebene des *Sekundärrechts* (d.h. durch eine Richtlinie oder eine EG-Verordnung) abschließend harmonisiert worden ist. Das Gericht beurteilt die Vereinbarkeit der betrachteten nationalen Maßnahme mit dem EG-Recht dann nur noch anhand der Bestimmungen der jeweiligen Harmonisierungsregelung.²¹ Nur wenn keine abschließend harmonisierende Regelung festzustellen ist, tritt der EuGH in eine Prüfung am Maßstab des Art. 28 EGV ein.

Bei alledem beurteilt der Gerichtshof die Frage, ob eine abschließende Harmonisierung erfolgt ist, nicht lediglich pauschal für das jeweilige gesamte sekundärrechtliche Instrument, sondern mit spezifischem Blick auf dessen einzelne jeweils in Betracht kommende Bestimmungen.²²

3.1 Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2003/54/EG

Mit der Richtlinie 2003/54/EG hat der Gemeinschaftsgesetzgeber eine neue Phase der Verwirklichung eines freien Binnenmarkts für die handelbare Ware Elektrizität eingeleitet. Ausweislich der Erwägungsgründe sah sich der Gemeinschaftsgesetzgeber zum Erlass der Richtlinie veranlasst, um wesentliche Hindernisse auf dem Weg zur Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts zu beseitigen.²³ Das Parlament und die Kommission seien durch die Lissabon-Erklärung des Europäischen Rates aufgefordert, „einen detaillierten Zeitplan festzulegen, innerhalb dessen genau beschriebene Ziele verwirklicht werden müssen, um stufenweise zu einer völligen Liberalisierung der Energiemärkte zu gelangen“.²⁴

Die durch die Richtlinie zu beseitigenden „Haupt Hindernisse für einen voll funktionsfähigen und wettbewerbsorientierten Binnenmarkt hängen“, so die Erwägungsgründe, „unter anderem mit dem Netzzugang, der Tarifierung und einer unterschiedlichen Marktköpfung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zusammen“.²⁵ Deshalb greift die Richtlinie in ihren Kernbestimmungen genau diese Aspekte auf und verpflichtet die Mitgliedstaaten – im Kontrast zu der in-

²¹ Grundlegend EuGH, Rs. C-37/92 (Vanacker und Lesage), Slg. 1993, I-4947, Rdnr. 9. Dem folgend EuGH, Rs. C-324/99 (DaimlerChrysler), Slg. 2001, I-9897, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Urt. v. 11. Dezember 2003, Rdnr. 64; EuGH, Rs. C. 309/02 (Pflichtpfand), Urt. v. 14. Dezember 2004, Rdnr. 53.

²² Vgl. z.B. den Untersuchungsgang in Rs. C. 309/02 (Pflichtpfand), Urt. v. 14. Dezember 2004, Rdnr. 53 ff.

²³ Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 3, in dem unter Bezugnahme auf die Lissabon-Erklärung des Europäischen Rates aus dem Jahr 2000 herausgestellt wird, dass die Liberalisierung beschleunigt werden solle, um in den betreffenden Bereichen einen voll funktionsfähigen Binnenmarkt zu verwirklichen.

²⁴ So Erwägungsgrund 3 (a. E.).

²⁵ Erwägungsgrund 5.

soweit noch recht „weichen“ Vorgängerrichtlinie 96/92/EG – ausdrücklich zur Sicherstellung von nichtdiskriminierenden, transparenten Bedingungen für Netzzugang und Übertragung (vgl. insb. Art. 11 und 14), zum sog. Unbundling der Energieversorgungsunternehmen (Trennung von Netzbetriebs- und Stromlieferungsunternehmen, vgl. insb. Art. 10, 16 sowie 18 ff.) sowie zu einer relativ umfassenden behördlichen Regulierung wesentlicher Elemente des Elektrizitätsmarktes (vgl. insb. Art. 23).²⁶

Im Gegensatz zu dem durch den Aufsatz von *Karpenstein/Schneller* erweckten Eindruck erhebt die Richtlinie indes nicht explizit den Anspruch, den freien Elektrizitätsbinnenmarkt mit ihren Bestimmungen bereits vollendet zu *haben*. Sie sieht ihre Vorgaben als diesem Ziel dienend an, formuliert aber nicht, dass mit ihrem Wirksamwerden der freie Binnenmarkt uneingeschränkt erreicht sei.²⁷

Gleichwohl kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Elektrizitätsbinnenmarkt mit der Richtlinie hinsichtlich zentraler Strukturmerkmale als harmonisiert anzusehen ist, so dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die betreffenden Aspekte des Marktzugangs, der Marktregulierung und der Entflechtung der Versorgungsunternehmen außerhalb des durch die Richtlinie gesetzten Handlungsrahmens keine weiteren Regelungsspielräume mehr besitzen.

Mit alledem ist aber nicht auch zum Ausdruck gebracht, dass außerhalb des durch die Richtlinie geflochtenen, insgesamt relativ engen Regelungskorsetts speziell im Hinblick auf Instrumente zur Förderung des Ausbaus von erneuerbaren Energien kein Spielraum mehr für nationale Eigenregelungen bestünde. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn und soweit die Bestimmungen der Richtlinie gerade auch in *dieser* Hinsicht als abschließende Harmonisierungsvorgaben anzusehen sein sollten.

In ihrem Art. 11 Abs. 3 spricht die Richtlinie 2003/54/EG ausdrücklich die Behandlung von regenerativ erzeugtem Strom im Übertragungsnetz an. Sie bestimmt dort:

„Ein Mitgliedstaat kann dem Netzbetreiber zur Auflage machen, dass er bei der Inanspruchnahme von Erzeugungsanlagen solchen den Vorrang gibt, in denen erneuerbare Energieträger oder Abfälle eingesetzt werden oder die nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung arbeiten.“

Eine vom Wortlaut her deckungsgleiche Befugnis spricht Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie für Auflagen gegenüber dem Verteilernetzbetreiber aus.

²⁶ Eingehend zum Ganzen Schneider/ Prater: Das europäische Energierecht im Wandel, RdE 2004, S. 57, 60 ff.; Neveling, in: Danner/ Theobald, Energiewirtschaftsrecht, Kommentierung Europäisches Energierecht Rdnr. 412 ff.

²⁷ Auch die von *Karpenstein/Schneller* insoweit in den Vordergrund gestellte Formel des ersten Satzes im 31. Erwägungsgrund lässt Entsprechendes nicht erkennen. Sie lautet vollständig: „Da 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 und daher wegen des Umfangs und der Wirkungen der Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen ist, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden.“ Schon die Stellung der Formulierung am Ende der Erwägungsgründe und ihre Funktion, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu erläutern, verbieten es, die Eingangsworte der Formulierung als eine Art zentralen Obersatz für die Erwägungsgründe zu verwenden und aus ihr sogar zu schließen, damit würde zum Ausdruck gebracht, dass der Binnenmarkt mit der Verwirklichung der Richtlinie vollendet sei.

Die Formulierungen von Art. 11 Abs. 3 und 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie erwecken auf den ersten Blick den Eindruck, als würden mit ihnen abschließende Regelungen über die Zulässigkeit von nationalen Maßnahmen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien ausgesprochen. Nimmt man das an und spricht den Bestimmungen zugleich die Aussage zu, abschließend auch zu regeln, dass hinsichtlich des Vorrangs nicht zwischen in- und ausländischen Erzeugern differenziert werden dürfe, so liegt die Folgerung nahe, das Abnahme- und Vergütungsmodell des EEG und andere vergleichbare Instrumente der Mitgliedstaaten seien unvereinbar mit der Richtlinie.²⁸ Hierfür lässt sich das Argument vorbringen, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten in ihren allgemeinen Vorschriften zwar gestatte, den Elektrizitätsunternehmen „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ aufzuerlegen, dies aber unter die Voraussetzung stelle, dass die Verpflichtungen „klar festgelegt, transparent, nicht-diskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen“ müssen (Art. 3 Abs. 2 RL 2003/54/EG).²⁹

Dieser Argumentationsgang greift jedoch zu kurz. Er verkennt, dass es schon von der Anlage her nicht zu den Aufgaben der Richtlinie 2003/54/EG gehört, die Förderinstrumente für den Ausbau der Nutzung von erneuerbaren Energien zur Stromerzeugung zu harmonisieren bzw. – was die praktische Konsequenz wäre – die auf nationalen Preisstützungsmechanismen basierenden Förderinstrumente der *Mehrzahl* der Mitgliedstaaten quasi mit einem Federstrich zu beseitigen. Übersehen wird bei der Argumentation der schlichte Umstand, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber zuvor mit der im Oktober 2001³⁰ ergangenen Richtlinie 2001/77/EG eine andere Sekundärrechtsvorschrift erlassen hat, der die spezifische Aufgabe zukommen soll, die Harmonisierung der verschiedenen Förderinstrumente der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Nutzung von erneuerbaren Energien für die Stromerzeugung einzuleiten. Damit liegt für diesen besonderen Bereich eine sekundärrechtliche Regelung vor, welche der Richtlinie 2003/54/EG als die *speziellere Vorschrift* vorgeht.³¹

Dass die Richtlinie 2001/77/EG („Förderrichtlinie“, „EE-Richtlinie“) zu dem Zweck geschaffen wurde, im Speziellen den Prozess der Harmonisierung nationaler Förderinstrumente für die EE-Stromerzeugung zu regeln, kann nicht ernsthaft bestritten werden. In den Erwägungsgründen zum Erlass der EE-Richtlinie heißt es, es müsse „ein Rechtsrahmen für den Markt für erneuerbare Energiequellen geschaffen werden“ (Erwägungsgrund 13). Angesichts der Verschiedenartigkeit der von den einzelnen Mitgliedstaaten hierzu entwickelten Förderinstrumente sei es für einen verbindlichen Gemeinschaftsrahmen zwar noch zu früh (vgl. Erwägungsgrund 15). Die Kommission solle die Wirksamkeit der Instrumente daher zunächst in einem festgelegten Zeitrahmen auswerten, um diese nach angemessener Übergangszeit an den Elektrizitätsbinnenmarkt anzupassen; hierzu solle ggf. ein Gemeinschaftsrahmen entwickelt werden (vgl. Erwägungsgrund 16). Bis zu diesem Zeitpunkt solle das ungestörte Funkti-

²⁸ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/9 f.

²⁹ Vgl. *Karpenstein/Schneller*, ebenda.

³⁰ Die Richtlinie datierte selbst auf den 27. September 2001 und wurde am 27. Oktober 2001 im Amtsblatt veröffentlicht, also erst rund ein halbes Jahr nach dem Urteil des EuGH vom 13. März 2001 über das StrEG. In der EuGH-Entscheidung konnte sie deshalb noch keine Rolle spielen.

³¹ Ausdrücklich in diesem Sinne *Oschmann*, in: *Danner/Theobald: Energierecht*, VI EEG N 1 Einf., Rdnr. 56 ff./59. Mit in der Sache vergleichbarem Ergebnis *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 69 ff/71.

onieren der verschiedenen Förderinstrumente gewährleistet werden (vgl. Erwägungsgrund 14).³²

Zur Umsetzung dieser Regelungsabsichten gibt die EE-Richtlinie den Staaten unter anderem nationale Richtziele vor (Art. 3), fordert sie zur Ergreifung geeigneter Förderinstrumente auf (Art. 4), verlangt die Einführung eines Herkunftsnachweises (Art. 5) und stellt Regelungen über den Netzanschluss und die Übertragung im Netz auf (Art 7). Entscheidend dafür, der Richtlinie die Rolle zuzusprechen, einen eigenständigen Regelungsbereich zu markieren, ist indessen der Umstand, dass die Richtlinie ein zeitlich wie sachlich eng aufeinander abgestimmtes System von Berichtspflichten aufbaut, an dessen Ende ein Vorschlag für einen Gemeinschaftsrahmens stehen soll (vgl. einerseits Art 6, andererseits Art. 4 Abs. 2 sowie den zentralen Erwägungsgrund 16 der Richtlinie).

Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass der Komplex der Zulässigkeit nationaler Förderinstrumente für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien mit der Richtlinie 2001/77/EG einem eigenen Regelungsrahmen unterstellt worden ist. Ob und in welchem Umfang dieser durch die Richtlinie tatsächlich in Gestalt von harmonisierenden Bestimmungen ausgefüllt wird oder nicht, ist eine andere Frage. Jedenfalls ist der Gemeinschaftsgesetzgeber seit Inkrafttreten der Richtlinie damit konfrontiert, dass er die Arbeiten in Richtung eines Gemeinschaftsrahmens für die Förderung der Nutzung von regenerativen Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt im Oktober 2001 in ein eigenständiges Richtlinienwerk verlagert hat.

Innerhalb des – zeitlich späteren – legislativen Verfahrens zur Schaffung der zweiten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie fand der Gemeinschaftsgesetzgeber die Richtlinie 2001/77/EG als geltendes Recht vor. Hätte er den durch die EE-Richtlinie geregelten Rechtsbereich entgegen Wortlaut und Zweck jener Richtlinie ganz oder zum Teil (wieder) in den „Schoß“ der allgemeinen Bestimmungen über den Elektrizitätsbinnenmarkt eingliedern wollen, hätte es dazu einer klaren Regelung bedurft, die entweder in einer Änderung der EE-Richtlinie oder in deren formeller Aufhebung, zumindest aber in den Erwägungsgründen der neuen Richtlinie ihren Ausdruck hätte finden müssen. Nichts davon ist unterdessen geschehen (anders übrigens als im Falle der Richtlinie 96/92/EG, die durch Art. 29 der Richtlinie 2003/54/EG aufgehoben wurde). Die EU-Kommission ging vielmehr von vornherein ausdrücklich davon aus, dass sich beide Richtlinien ergänzen werden.³³

Daraus kann nur geschlossen werden, dass mit der zweiten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie ein beschränkendes Eingreifen in den Regelungsbereich der Richtlinie 2001/77/EG nicht beabsichtigt war. Auch die Beratungen der verschiedenen legislativen Organe innerhalb des Verfahrens zur Richtlinie 2003/54/EG geben keinen Hinweis auf entsprechende Intentionen, obwohl in den Dokumenten mehrfach konkrete Bezüge zur Richtlinie 2001/77/EG hergestellt wurden.³⁴ Zwar hatte die EU-Kommission in dem Verfahren bereits frühzeitig darauf hinge-

³² Siehe zum Ganzen eingehend unten, Kap. 3.3.

³³ Bereits in ihrem ersten Vorschlag für die jetzige Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie betonte die EU-Kommission, dass der damals noch nicht verabschiedete Entwurf der EE-Förderrichtlinie als *Ergänzung* zu den Binnenmarktvorschriften konzipiert sei. Davon, die geplante Förderrichtlinie durch die Bestimmungen zum Elektrizitätsbinnenmarkt sogleich wieder obsolet machen zu wollen, war nicht die Rede; vgl. Drs. KOM(2001) 125 endg., S. 25.

³⁴ Der im Juni 2002 vorgelegte geänderte Vorschlag der Kommission zur jetzigen Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie nahm an zwei Stellen ausdrücklich auf die zu diesem Zeitpunkt bereits exis-

wiesen, dass die Öffnung der Märkte für den Wettbewerb mit negativen Konsequenzen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien verbunden sein könne. Damit zielte sie jedoch nicht auf eine Aufgabe oder Herabsetzung des zum gleichen Zeitpunkt noch in der Diskussion befindlichen Vorschlags für eine EE-Richtlinie, sondern betonte im Gegenteil deren besondere Bedeutung.³⁵

Von daher ist zu schließen, dass die EE-Richtlinie von den Bestimmungen der zweiten Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie grundsätzlich *unberührt* gelassen wird und im Hinblick auf die in ihren sachlichen Anwendungsbereich fallende Frage der Zulässigkeit nationaler Förderinstrumente nach wie vor als die speziellere Regelung des Sekundärrechts anzusehen ist. In Anbetracht dessen kann aus Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2003/54/EG schon aus rechtssystematischen Gründen nicht gefolgert werden, den Mitgliedstaaten seien in Bezug auf die Wahl ihres rechtlichen Instrumentariums zur Förderung des Ausbaus der EE-Stromerzeugung durch diese Bestimmungen die Hände gebunden.³⁶

Dem kann auch nicht mit Überzeugung entgegen gehalten werden, bei einer derartigen Auslegung könne nicht mehr sinnvoll beantwortet werden, wie zu erklären sei, dass Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2003/54/EG dennoch ausdrücklich Regelungen über die vorrangige Behandlung von EE-Strom hinsichtlich des Netzzugangs und der Verteilung im Netz treffen. Dahinter steht, dass die in Art. 11 Abs. 3 und 14 Abs. 4 der Richtlinie 2003/54/EG angesprochenen Fragen sowohl für den Regelungsbereich der Binnenmarktrichtlinie als auch für die Wirksamkeit der EE-Richtlinie von zentraler Bedeutung sind. Die Komplexe des Netzzugangs und der Stromübertragung gehören zu den Schlüsselthemen des Strombinnenmarkts.³⁷ Wenn die auf Grundlage der Richtlinie 2001/77/EG zulässigerweise ergriffenen nationalen EE-Förderinstrumente Wirksamkeit entfalten sollen, bedarf es insoweit ebenfalls spezieller Regelungen über den Netzzugang und die Übertragung. Ohne Sicherung eines *Vorrangs* beim Zugang zum und bei der Übertragung im Netz würden insbesondere diejenigen Förderinstrumente ins Leere laufen, die auf eine gesicherte Abnahme und Übertragung des regenerativ erzeugten Stroms angewiesen sind (wie etwa das deutsche EEG).

Dementsprechend finden sich in Art. 7 Abs. 1 der EE-Richtlinie ausdrückliche Ermächtigungen der Mitgliedstaaten für die Schaffung von Vorrangregelungen. Da die allgemeinen Regelungen über den Netzzugang und die Stromübertragung aber nach dem Konzept der Binnenmarktrichtlinie ebendort platziert werden müssen, erschien es regelungstechnisch geboten, Vorrangoptionen für regenerativen Strom auch an dieser Stelle ausdrücklich zu verankern – wie es in Art. 11 Abs. 3 und 14 Abs. 4 der Richtlinie 2003/54/EG geschehen ist.

Daraus ergibt sich allerdings die Folgefrage, welche der Regelungen maßgebend sind. Die Bestimmungen beider Richtlinien sind nicht vollständig deckungsgleich. Während die Art. 11

tierende Richtlinie 2001/77/EG Bezug, ohne deren Regelungsgehalt in Frage zu stellen; vgl. Drs. KOM(2002) 304 endg., S. 8 und 62. Auch das EU-Parlament stellte in seinen Änderungsanträgen Verbindungen zur Richtlinie 2001/77/EG her; vgl. den Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie vom 1. März 2002, Dok. A5-0077/2002.

³⁵ Vgl. Drs. KOM(2001) 125 endg., S. 24 f.

³⁶ Folgerichtig findet die Richtlinie 2003/54/EG daher in den Ausführungen von *Salje* über die Frage, ob die im EEG vorgesehene Nichteinbeziehung von im Ausland erzeugtem EE-Strom mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (in: EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 69 ff.) nicht einmal eine Erwähnung, während er der EE-Richtlinie insoweit eine wichtige Rolle zuspricht.

³⁷ Siehe dazu bereits Art. 8 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 96/92/EG.

Abs. 3 und 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie die Aufstellung von Vorrangregelungen nicht an besondere Voraussetzungen knüpfen, sind die Bestimmungen der EE-Richtlinie vom Wortlaut her etwas enger gehalten. Andererseits kann nicht übersehen werden, dass die Vorrangregelungen der Binnenmarktrichtlinie breiter angelegt sind, schon weil sie auch den Bereich der Kraft-Wärme-Kopplung und der Stromerzeugung aus Abfällen umfassen. Von daher wird man wohl im Ergebnis davon auszugehen haben, dass beide nebeneinander anwendbar sind, weil es der Gemeinschaftsgesetzgeber versäumt hat, sie im Einzelnen aufeinander abzustimmen.

Ungeachtet dessen bleibt festzuhalten, dass die Binnenmarktrichtlinie mit ihren Vorrangoptionen jedenfalls keine Aussage darüber trifft, welche Arten von nationalen Förderinstrumenten ergriffen werden dürfen. Der Regelungsgehalt von Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie erstreckt sich nicht auf Fragen jenseits des reinen Zugangs- und Übertragungsvorrangs, also namentlich nicht auf weitergehende Aspekte der Ausgestaltung von spezifischen Förderinstrumenten. Die Entscheidung über die Zulässigkeit verschiedener Förderinstrumente bleibt demnach in jedem Falle allein der EE-Richtlinie vorbehalten.

Damit ist weiter zu folgern, dass aus Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie auch nicht geschlossen werden kann, die Regelungen träfen eine abschließend harmonisierende Aussage darüber, ob es zulässig ist, den Netzzugangs- und Übertragungsvorrang auf inländisch erzeugten regenerativen Strom zu beschränken. Diese Frage ist so eng mit derjenigen nach der Zulässigkeit verschiedener Förderinstrumente verknüpft, dass auch sie als dem Anwendungsbereich der Binnenmarktrichtlinie entzogen angesehen werden muss. Praktisch kann diese im Ansatz *neutrale* Stellung der Binnenmarktrichtlinie gegenüber nationalen Vorrangregelungen, die allein inländischen Erzeugern zugute kommen, allerdings nur Wirkung entfalten, soweit sich aus der EE-Richtlinie oder – die Anwendbarkeit vorausgesetzt – aus den primärrechtlichen Bestimmungen des EGV der notwendige Freiraum für die Bildung von entsprechenden nationalen Förderinstrumenten ergibt.

Interpretierte man die Vorschriften an diesem Punkt anders, so würde das im Ergebnis darauf hinaus laufen, mit der Binnenmarktrichtlinie die Regelungsspielräume der EE-Richtlinie gegenüber der vorangegangenen Rechtssituation substantiell einzuschränken, ohne dass der Gemeinschaftsgesetzgeber eine entsprechende Regelungsabsicht transparent gemacht hätte. Den existierenden Fördermodellen der Mehrzahl der Mitgliedstaaten, die auf Grundlage der EE-Richtlinie bislang allgemein als zulässig erachtet wurden, würde entgegen den in der EE-Richtlinie aufgestellten Zielen zur Steigerung der nationalen EE-Anteile übergangslos der gemeinschaftsrechtliche Boden entzogen. Ausweislich des Fehlens entsprechender Überlegungen oder auch nur Andeutungen in diese Richtung in den Erwägungsgründen sowie in den Materialien des legislativen Verfahrens³⁸ ist nicht ersichtlich, dass mit der Binnenmarktrichtlinie derart einschneidende Änderungen in der Praxis der Förderung der Stromerzeugung aus regenerativen Energien verbunden sein sollten.

³⁸ Vgl. den ersten Richtlinienvorschlag in Drs. KOM(2001) 125 endg.; ferner den geänderten Richtlinienvorschlag Drs. KOM(2002) 304 endg.; des weiteren den Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des EU-Parlaments vom 1. März 2002, Dok. A5-0077/2002; schließlich den Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 3. Februar 2003, ABl. EG 2003 Nr. C 50E/15.

Mithin wird man dem hier gefundenen Ergebnis auch nicht entgegenhalten können, Art. 3 Abs. 2 der Strombinnenmarktrichtlinie gestatte den Mitgliedstaaten die Auferlegung gemeinschaftlicher Verpflichtungen lediglich, wenn diese „nichtdiskriminierend“³⁹ seien und den „gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen in der Europäischen Union zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen“.⁴⁰ Art. 3 Abs. 2 der Binnenmarktrichtlinie ist, wie sein Wortlaut zu erkennen gibt, darauf angelegt, den Mitgliedstaaten nach Art einer Generalklausel weitere, über die speziellen Befugnisse aus Einzelregelungen der Richtlinie hinausgehende *allgemeine* Spielräume für die Auferlegung von gemeinschaftlichen Verpflichtungen zu verleihen. Soweit demgegenüber – wie im Falle des Art. 11 Abs. 3 oder des Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie – speziellere Vorschriften über einzelne Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten bestehen, ist für eine ergänzende Anwendung der Klausel kein Raum.

Somit bleibt für die Prüfung des EEG am Maßstab der Richtlinie 2003/54/EG festzuhalten, dass der Richtlinie keine abschließenden Bestimmungen zur Harmonisierung der nationalen Förderinstrumente für EE-Strom entnommen werden können. Dieser Regelungskomplex fällt vielmehr innerhalb des Sekundärrechts der EE-Richtlinie 2001/77/EG zu. Soweit diese keine abschließende Regelung trifft, kommen insofern die allgemeinen Bestimmungen des EGV zum Tragen. Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie dienen lediglich der Flankierung von (durch die Richtlinie selbst nicht geregelten) nationalen Förderinstrumenten. Aus ihnen kann nicht geschlossen werden, sie entfaltet eine Sperrwirkung für jene Förderinstrumente, die mit einem Vorrang für den Zugang und die Übertragung im Netz verbunden sind, der nur inländischen Erzeugern zugute kommt. Hierüber zu befinden, ist sekundärrechtlich eine Angelegenheit der EE-Richtlinie, nicht der Binnenmarktrichtlinie.

3.2 Vereinbarkeit mit der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003

Auch die parallel zur Binnenmarktrichtlinie ergangene Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel⁴¹ enthält sich jeder Aussage über die Zulässigkeit von nationalen EE-Förderinstrumenten.

³⁹ Zur Bedeutung des in der RL 2003/54/EG häufig verwendeten Begriffes der „Nichtdiskriminierung“ sei ergänzend darauf hingewiesen, dass es ein Fehlverständnis wäre, den Begriff im Zusammenhang mit der Richtlinie so zu verstehen, als beziehe er sich auf Unterscheidungen zwischen in- und ausländischen Unternehmen (so verwenden ihn allerdings *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/9 f.). Wie sich aus dem Entstehungskontext der Richtlinie und ihren Regelungszielen ergibt, wird der Begriff „Nichtdiskriminierung“ hier in einen anderen Zusammenhang gestellt: Er bringt zum Ausdruck, dass die *Versorgungsunternehmen* in einem freien Binnenmarkt ihre Marktstellung nicht dazu missbrauchen können sollen, Dritten den Zugang zu ihren historisch angestammten Versorgungsgebieten zu verwehren oder zu erschweren (vgl. EU-Kommission, Drs. KOM(2001) 125 endg., S. 6). Der Terminus steht also für das Ziel, die Voraussetzungen für einen von Wettbewerbsverzerrungen *zwischen den Unternehmen* freien Markt zu schaffen. Das erklärt, dass der Begriff vor allem dort auftaucht, wo es um das Verhalten der Unternehmen selbst geht. Ganz in diesem Sinne verwendet auch die EU-Kommission den Begriff in ihrem der heutigen Richtlinie zugrunde liegenden ursprünglichen Richtlinienentwurf (Vgl. EU-Kommission, Drs. KOM(2001) 125 endg., S. 6 f., 12, 16, 35, 38, 39, 41).

⁴⁰ So aber *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10.

⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. EG 2003 Nr. L 176, 1.

Die Verordnung verpflichtet die im Elektrizitätsmarkt tätigen Unternehmen dazu, bestimmte Bedingungen einzuhalten, um einen reibungslosen und diskriminierungsfreien grenzüberschreitenden Stromhandel sicherzustellen. Als EG-Verordnung ist sie unmittelbar an die Unternehmen adressiert und bedarf keiner Umsetzung durch die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 249 Abs. 2 und 3 EGV).

Von gewisser Bedeutung im Verhältnis zu nationalen EE-Förderinstrumenten sind die Bestimmungen der EG-VO über das *Engpassmanagement*. Die Verordnung fordert von den Netzbetreibern, etwaigen Engpässen mit „nichtdiskriminierenden marktorientierten Lösungen“ zu begegnen, und zwar „vorzugsweise (...) mit Methoden, die keinen Unterschied zwischen den Verträgen einzelner Marktteilnehmer“ machen (vgl. Art 6 Abs. 1 der EG-VO Nr. 1228/2003). Unter einem „Engpass“ versteht die Verordnung „eine Situation, in der die Verbindungsleitung zwischen nationalen Übertragungsnetzen verschiedener Mitgliedstaaten wegen unzureichender Kapazität der Verbindungsleitung und/oder der betreffenden nationalen Übertragungsnetze nicht alle Stromflüsse im Rahmen des von den Marktteilnehmern gewünschten internationalen Handels bewältigen kann“ (Art. 2 Abs. 2 c) der EG-VO Nr. 1228/2003).

Die ausdrücklich auf bestimmte „Situationen“ abstellende Begriffsdefinition macht deutlich, dass die Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 der EG-VO das Verhalten der Unternehmen in *bereits eingetretenen* Engpassituationen betrifft, nicht aber die Frage, ob es den Mitgliedstaaten *grundsätzlich* erlaubt ist, für bestimmte Stromarten Vorrangregelungen für die Übertragung aufzustellen. Diese Frage fällt, jedenfalls soweit allein der Vorrang als solcher und nicht ein komplexes EE-Förderinstrument in Rede steht, in den Regelungsbereich der Richtlinie 2003/54/EG.

Allerdings stellt sich auf der vorgelagerten Stufe die Frage, ob die Vorgabe zum Engpassmanagement so verstanden werden kann, dass sie den in § 4 Abs. 6 EEG festgelegten Übertragungsvorrang für EE-Strom einschränkt. Die EG-VO äußert sich nicht konkret dazu, ob und inwieweit im Rahmen des Engpassmanagements Rücksicht auf nationale Bestimmungen zum Übertragungsvorrang von EE-Strom genommen werden darf. Daher erscheint es denkbar, die Vorschriften so auszulegen, dass auch nationalgesetzlich angeordnete Vorrangbestimmungen für die Übertragung von EE-Strom im Engpassfall zurückzutreten haben sollen.⁴²

Eine solche Interpretation erweist sich bei näherer Betrachtung indessen nicht als belastbar:

- Ihr ist *erstens* schon vom Wortlaut her entgegen zu halten, dass Art. 6 Abs. 1 der EG-VO im Falle von Engpässen nur die Unterscheidung zwischen „Verträgen“ mit verschiedenen Marktteilnehmern untersagt, während es hier um gesetzliche Vorrangbestimmungen geht.
- *Zweitens* ist zu beachten, dass die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie den Mitgliedstaaten entsprechende Vorrangregelungen für Strom aus erneuerbaren Energien ausdrücklich gestattet (Art 14 Abs. 4 der RL 2003/54/EG). Dieser Vorrang würde stark eingeschränkt, wenn er sich im Engpassfall dem zwischenstaatlichen Handel mit sonstigem Strom unterzuordnen hätte. Es würde dem Sinn von Art. 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie widersprechen, die EG-VO Nr. 1228/2003 derart einengend zu interpretieren. Von daher hätte

⁴² *Karpenstein/Schneller* gehen sogar so weit, hierin ein Indiz für deren Unzulässigkeit zu sehen, siehe RdE 2005, 6/10.

es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, um eine Rechtsfolge derartiger Tragweite herbeizuführen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Richtlinien- und Ordnungsgeber Entsprechendes beabsichtigt hätte.⁴³

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung annehmen sollte, die Vorgaben der Verordnung Nr. 1228/2003 zum Engpassmanagement seien geeignet, auf der Binnenmarkttrichtlinie beruhende nationale Vorrangregelungen für EE-Strom im Einzelfall zu verdrängen, so würde das jedoch ebenfalls nichts darüber aussagen, ob und unter welchen Voraussetzungen nationale Vorrangregelungen zulässig sind, die ausschließlich inländischen Erzeugern zugute kommen.

Karpenstein/Schneller deuten den Umstand, dass die Verordnung keinerlei Sonderregelungen für den Umgang mit regenerativ erzeugtem Strom enthält, mit der Interpretation, dies sei dadurch zu erklären, dass die Strombinnenmarkttrichtlinie die „uneingeschränkte Vollendung des Binnenmarkts“ verlange.⁴⁴ Sie übersehen dabei, dass es die Binnenmarkttrichtlinie selbst ist, mit der die Verordnung insoweit in ein erklärungsbedürftiges Konkurrenzverhältnis gerät. Denn die Möglichkeit der Einrichtung eines Übertragungsvorrangs für EE-Strom ist in der Binnenmarkttrichtlinie verankert. Von daher kann das Fehlen ausdrücklicher Regelungen zum Umgang mit Strom, für dessen Übertragung ein solcher Vorrang in Anspruch genommen werden soll, nicht mit den Zielen eben dieser Richtlinie erklärt werden.⁴⁵

3.3 Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2001/77/EG

Nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen fällt die Aufgabe, die Zulässigkeit nationaler Förderinstrumente für regenerativ erzeugten Strom zu regeln, unter den sekundärrechtlichen Vorschriften des EG-Rechts der Richtlinie 2001/77/EG zu. Außerhalb dessen ist in der Richtlinie 2003/54/EG lediglich *im Grundsatz* – nicht aber abschließend – geregelt, dass die Mitgliedstaaten einen Vorrang für EE-Strom hinsichtlich des Netzzugangs und der Übertragung im Netz festlegen können.

Daraus allein kann allerdings noch nicht geschlossen werden, dass die EE-Richtlinie den ihr sekundärrechtlich zugewiesenen Rechtsbereich der Regelungen über spezifische Förderin-

⁴³ Im Hinblick auf das Verhältnis beider Arten von Rechtsnormen zueinander darf nicht der Fehler begangen werden, die EG-VO als vorrangig gegenüber der EG-RL zu betrachten, weil sie keine nationalen Umsetzungsakte erfordert, sondern unmittelbar gilt. EG-VO und EG-RL stehen zueinander nicht in einem hierarchischen Verhältnis. Ihre jeweilige Bedeutung ergibt sich vielmehr aus ihrer unterschiedlichen Funktion: Die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten, die Verordnung unmittelbar an die Unionsbürger (vgl. schon den Wortlaut von Art. 249 Abs. 2 und 3 EGV). Vgl. zum Ganzen *Schroeder*, in: Streinz: EUV/EGV, Art. 249 Rdnr. 21 m.w.N.

⁴⁴ *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10.

⁴⁵ Der Schlüssel zum Verständnis des Fehlens von Sonderregelungen für den Umgang mit Fällen des Übertragungsvorrangs in der Verordnung dürfte eher darin liegen, dass die VO (EG) Nr. 1228/2003 ausschließlich die *vertragliche* Ebene anspricht: Sie ist an die Übertragungsnetzbetreiber adressiert und fordert von ihnen für die Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen ein diskriminierungsfreies Vorgehen. Demgegenüber richtet sich die Binnenmarkttrichtlinie an die Mitgliedstaaten – und räumt ihnen die Möglichkeit ein, durch Rechtsvorschriften nationale Vorrangregelungen auszusprechen. Von daher besteht kein Anlass, eine der beiden Rechtsnormen als die andere einschränkend zu interpretieren. In der Konsequenz führt das zu der Erkenntnis, dass Art. 6 der VO (EG) Nr. 1228/2003 keine Anwendung finden kann, soweit Strom betroffen ist, der einem gesetzlichen Übertragungsvorrang unterliegt.

strumente selbst abschließend harmonisiert hat. Insoweit bedarf es einer genaueren Prüfung über den Inhalt und die Regelungstiefe der maßgebenden Einzelbestimmungen. Soweit sich herausstellen sollte, dass die Richtlinie über die jeweilige Frage keine abschließende Regelung getroffen hat, ist im Anschluss anhand des Art. 28 EGV zu untersuchen, ob das primäre Gemeinschaftsrecht für die jeweilige nationale Regelung genügend Spielraum lässt.

Inwieweit die Richtlinie den Bereich der EE-Förderinstrumente abschließend regeln soll, lässt sich aus den Erwägungsgründen 14 bis 16 der Richtlinie ableiten:

„(14) Die Mitgliedstaaten praktizieren auf nationaler Ebene unterschiedliche Systeme zur Unterstützung erneuerbarer Energiequellen; hierzu zählen grüne Zertifikate, Investitionsbeihilfen, Steuerbefreiungen oder -erleichterungen, Steuererstattungen und direkte Preisstützungssysteme. Ein wichtiges Element zur Verwirklichung des Ziels dieser Richtlinie besteht darin, das ungestörte Funktionieren dieser Systeme zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt, bis ein Gemeinschaftsrahmen zur Anwendung gelangt ist.

(15) Für die Entscheidung über einen Gemeinschaftsrahmen für Förderregelungen ist es in Anbetracht der begrenzten Erfahrung mit den einzelstaatlichen Systemen und des gegenwärtig relativ geringen Anteils subventionierten Stroms aus erneuerbaren Energiequellen in der Gemeinschaft noch zu früh.

(16) Allerdings müssen die Förderregelungen nach einer angemessenen Übergangszeit an den sich entwickelnden Elektrizitätsbinnenmarkt angepasst werden. Deshalb sollte die Kommission die Entwicklung beobachten und einen Bericht über die bis dahin gewonnenen Erfahrungen bei der Anwendung einzelstaatlicher Regelungen vorlegen. Ausgehend von den Schlussfolgerungen dieses Berichts sollte die Kommission gegebenenfalls einen Vorschlag für einen Gemeinschaftsrahmen für Regelungen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen erarbeiten. Dieser Vorschlag sollte (...).“

Hernach ist auf der einen Seite eindeutig, dass die Richtlinie 2001/77/EG den Rechtsbereich der Förderinstrumente für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien nicht in dem Sinne harmonisiert, als sie bereits eine Harmonisierung ihres gesamten Regelungsbereichs oder eine Entscheidung über ein gemeinschaftsweit abgestimmtes Förderinstrumentarium herbeiführte. Auf eine Harmonisierung des gesamten Regelungsbereichs soll zwar – unter dem hier verwandten Begriff des „Gemeinschaftsrahmens“ – hingearbeitet werden. Zu diesem Zwecke sollen aber zunächst die Erfahrungen der Mitgliedstaaten mit ihren unterschiedlichen Instrumenten ausgewertet werden, um im zweiten Schritt – hierauf aufbauend – den künftigen Gemeinschaftsrahmen formulieren zu können.

Bemerkenswert ist auf der anderen Seite, dass Erwägungsgrund 14 explizit davon spricht, ein „wichtiges Element der Richtlinie“ bestehe darin, aus Gründen des Vertrauensschutzes „das ungestörte Funktionieren dieser Systeme zu gewährleisten“ bis ein Gemeinschaftsrahmen zur Anwendung gebracht wird. Die Richtlinie bringt damit zum Ausdruck, dass es zu ihren Zwecksetzungen gehört, die bestehenden nationalen Förderinstrumente vorerst zu bewahren.⁴⁶ Zu den zu bewahrenden nationalen Fördermodellen gehören, wie der Erwägungsgrund ausdrücklich aufzählt, auch „direkte Preisstützungssysteme“, also unter anderem Modelle mit Abnahme- und Vergütungspflichten wie das deutsche EEG. Zu den typischen Gestaltungsmerkmalen solcher Instrumente gehört, dass sie in ihrem Wirkungsbereich auf die inländische Erzeugung von regenerativem Strom beschränkt sind. Dass dies so ist und den zuständigen

⁴⁶ Dies betont auch *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 69.

Organen bei ihrer Entscheidung über den Inhalt der Richtlinie 2001/77/EG auch bekannt war, lässt sich bereits dem ersten Vorschlag der Kommission für die EE-Richtlinie entnehmen, in dem diese die verschiedenen Modelle im Einzelnen gegenüberstellte.⁴⁷

Betrachtet man die konkreten Bestimmungen der Richtlinie im Lichte der in den Erwägungsgründen 14 bis 16 zum Ausdruck gebrachten Zielsetzungen, so erschließt sich, dass ihnen bereits im Vorfeld eines späteren Gemeinschaftsrahmens eine *bestimmte* harmonisierende Wirkung zukommen soll: nämlich in dem Sinne, dass sie für den Bestand nationaler Förderinstrumente einen Schutzraum schaffen sollen, um so *erstens* das Erreichen der im Anhang der Richtlinie festgelegten Steigerungsziele für den EE-Anteil an der Stromversorgung sicherstellen zu können⁴⁸ und *zweitens* genügend Erfahrungen sammeln zu können, um die Voraussetzungen für eine fundierte gemeinschaftsweite Systementscheidung zu schaffen. Die bezweckte Schutzwirkung der EE-Richtlinie erstreckt sich dabei, wie Erwägungsgrund 14 mit seinem Hinweis auf die damals bereits in einigen Ländern praktizierten „Preisstützungssysteme“ erkennen lässt, nicht nur auf solche Instrumente, die einheitlich auf in- und ausländische Erzeuger angewandt werden.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist es nur folgerichtig, wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten in ihrem Artikel 3 in Verbindung mit den Bestimmungen des Anhangs lediglich nationale Richtziele für die Steigerung des EE-Anteils am Stromverbrauch vorgibt, ihnen aber grundsätzlich die Wahl geeigneter Instrumente für die Erreichung der Richtziele lässt. Auffälligerweise werden übrigens *nationale* Richtziele gesetzt, womit ein weiterer Hinweis darauf gegeben ist, dass die Staaten bei der Instrumentenwahl nicht daran gebunden sein sollen, ihre Förderregelungen gleichermaßen für in- und ausländische Erzeuger zu öffnen.

Besondere Bedeutung kommt für die vorliegende Betrachtung den Regelungen des Art. 4 der EE-Richtlinie zu. Absatz 1 und 2 der Vorschrift haben folgenden Wortlaut:

„(1) Unbeschadet der Artikel 87 und 88 des Vertrags bewertet die Kommission die Anwendung der in den Mitgliedstaaten genutzten Mechanismen, durch die ein Stromerzeuger aufgrund von Regelungen, die von öffentlichen Stellen erlassen worden sind, direkt oder indirekt unterstützt wird und die eine Beschränkung des Handels zur Folge haben könnten, wobei davon auszugehen ist, dass sie zur Verwirklichung der Ziele der Artikel 6 und 174 des Vertrags beitragen.

(2) Die Kommission legt spätestens am 27. Oktober 2005 einen ausführlich dokumentierten Bericht über die Erfahrungen mit der Anwendung und dem parallelen Bestehen der in Absatz 1 genannten unterschiedlichen Mechanismen vor. In dem Bericht wird der Erfolg, einschließlich der Kostenwirksamkeit, der in Absatz 1 genannten Regelungen zur Förderung des Verbrauchs von Strom aus erneuerbaren Energiequellen in Übereinstimmung mit den in Artikel 3 Absatz 2 genannten nationalen Richtzielen bewertet. Zusammen mit diesem Bericht wird gegebenenfalls ein Vorschlag zur Schaffung eines gemeinschaftlichen Rahmens für Regelungen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen vorgelegt.“

Im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 14 wird deutlich, dass Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie die Funktion zukommen soll, eine vorübergehende Schutzwirkung für nationale Instrumente zur EE-Förderung zu begründen. Im Text der Vorschrift wird dies zwar nicht positiv ausgespro-

⁴⁷ Vgl. Drs. KOM(2000) 279 endg. vom 10. Mai 2000, S. 5 ff./6.

⁴⁸ In seinem Gemeinsamen Standpunkt vom 23. März 2001 betont der Rat, dass die Erreichung der Steigerungsziele für ihn prioritäre Bedeutung hat; vgl. ABl. EG 2001 Nr. C 142, S. 5/13.

chen. Es folgt jedoch einerseits daraus, dass die Bestimmung eine grundsätzlich unbeeinträchtigte Fortführung der nationalen Förderinstrumente bis zum Zeitpunkt der Schaffung eines Gemeinschaftsrahmens logisch voraussetzt, andererseits aus dem systematischen Zusammenhang mit Erwägungsgrund 14, der ins Leere laufen würde, wenn man den Vorschriften der Richtlinie nicht die Rolle einer Schutzbestimmung für nationale Förderinstrumente zusprechen würde.⁴⁹

Hinsichtlich der konkreten *Reichweite* der Schutzwirkung lassen sich der Vorschrift auch die nötigen Einzelheiten entnehmen, um von einer insofern harmonisierenden Wirkung ausgehen zu können:

- Indem es heißt, die Kommission bewerte die nationalen Instrumente „unbeschadet der Artikel 87 und 88“ des EGV, verdeutlicht die Vorschrift, dass sich die Schutzwirkung *nicht* auch auf Instrumente erstrecken soll, die mit den Beihilfavorschriften des EGV unvereinbar sind.
- Im auffälligen Kontrast dazu steht die zugleich ausgesprochene Feststellung, dass die nationalen Förderinstrumente „eine Beschränkung des Handels zur Folge haben könnten“, und dass „davon auszugehen ist, dass sie zur Verwirklichung der Ziele der Art. 6 und 174 des Vertrages“ beitragen (womit die Zielsetzungen des EGV zur nachhaltigen Entwicklung und zur Umweltpolitik angesprochen werden).

Damit behandelt die Vorschrift verschiedene Anforderungen des EG-Vertrages auf gegensätzliche Weise. Während die Beihilfavorschriften uneingeschränkt Geltung beanspruchen können sollen, bringt die Vorschrift mit einer schlichten Feststellung zum Ausdruck, dass die betrachteten Instrumente Beeinträchtigungen des freien Binnenmarkts darstellen könnten, die aus Gründen des Umweltschutzes und der Ziele einer nachhaltigen Entwicklung gerechtfertigt seien. Daraus kann – wiederum mit dem Blick auf Erwägungsgrund 14 – nur geschlossen werden, dass die Vorschrift die den Binnenhandel beeinträchtigenden Wirkungen der nationalen Förderinstrumente für *hinnehmbar* erklären soll. In der Konsequenz heißt das, dass der Vorschrift die Wirkung zukommen soll, nationale EE-Förderinstrumente ungeachtet ihrer möglichen Beeinträchtigungen des Binnenhandels (vorerst) zu *gestatten*.⁵⁰

Vom Wortlaut her lässt sich Art. 4 Abs. 1 der EE-Richtlinie zwar auch so verstehen, dass er die Kommission schlicht mit dem Blick auf den nach Absatz 2 der Vorschrift zu erstellenden Bericht zu einer Prüfung der nationalen Förderinstrumente auf ihre Eignung auffordern soll, ohne sich hierbei der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem primären Gemeinschaftsrecht zu widmen. Indes lässt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ablesen, dass tatsächlich eine weitergehende Gestattungswirkung intendiert ist. Ursprünglich war nämlich vorgesehen, in allgemeiner Form auszusprechen, dass sämtliche Bestimmungen des EGV zu beachten sind.⁵¹ Diese Regelungsabsicht wurde seitens des EU-Parlaments beanstandet.

⁴⁹ In diesem Sinne auch *Oschmann*, in: Danner/Theobald: Energierecht, VI EEG N 1 Einf., Rdnr. 59; ferner *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 69/71.

⁵⁰ *Salje* spricht damit in der Sache übereinstimmend (bei rechtssystematisch anderer Prüfungsweise) von einer durch die Richtlinie intendierten „rechtfertigenden Wirkung“ (*Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 71).

⁵¹ Vgl. Drs. KOM(2000) 279 endg., S. 22. Die Bestimmung sollte lauten: „Die Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Artikel 87 und 88, gelten für Förderregelungen.“

Das Parlament schlug stattdessen eine Einschränkung der Klausel auf das Beihilfeverbot vor, die durch folgende, von der Zielrichtung her sehr klare Formulierung ergänzt werden sollte:⁵²

„Bis zu einer vollständigen Harmonisierung, Internalisierung der Kosten, Abschaffung von Beihilfen und somit der Verwirklichung fairer Bedingungen im Elektrizitätsbinnenmarkt können die Mitgliedstaaten Förderregelungen anwenden, die den Handel möglicherweise beschränken, sofern diese zur Erreichung der in Artikel 6 und 174 des Vertrags festgelegten Ziele beitragen.“

Dieser Vorschlag stieß zwar zunächst bei der Kommission nicht auf Zustimmung⁵³, wurde jedoch schließlich durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates in der später angenommenen leicht veränderten Form aufgegriffen.⁵⁴ In seiner Begründung sprach der Rat insofern von einer „sinngemäßen“ Übernahme des Abänderungsvorschlags des Parlaments.⁵⁵ Zugleich ergänzte er den Richtlinienentwurf um den bis dahin nicht vorgesehenen, im vorliegenden Zusammenhang entscheidenden Satz 2 des heutigen Erwägungsgrunds 14⁵⁶ und untermauerte damit die Funktion der Richtlinie, den Mitgliedstaaten bewusst einen Freiraum für nationale Eigenregelungen zu verschaffen, auch wenn sich diese an sich als Handelsbeeinträchtigungen darstellen sollten.

Aus alledem ist zu folgern: Art. 4 Abs. 1 der EE-Richtlinie ist im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 14 dahin auszulegen, dass er den Mitgliedstaaten vorläufig gestattet, auf nationaler Ebene Förderinstrumente einzusetzen, auch wenn mit diesen die Wirkung einer Beeinträchtigung des Binnenhandels mit Elektrizität verbunden ist, sofern die Instrumente durch Ziele der Artikel 6 und 174 getragen werden. Die Gestattungswirkung erstreckt sich im Übrigen lediglich nicht auf Instrumente, mit denen gegen Bestimmungen über das europäische Beihilferecht verstoßen wird. Positiv umfasst sie auch solche Förderinstrumente, die nur durch inländische Erzeuger wahrgenommen werden können. Hinsichtlich der Gestattungswirkung kommt Art. 4 Abs. 1 der EE-Richtlinie der Charakter einer abschließend harmonisierenden Regelung zu. Letzteres folgt daraus, dass die Regelung einen präzise bestimmbaren Regelungsgehalt erkennen lässt, wenn man sie im Lichte von Erwägungsgrund 14 auslegt.⁵⁷

In Anbetracht dessen besteht auch kein Anlass, den Bestimmungen des Art. 7 der EE-Richtlinie über den Netzanschluss und die Übertragung von EE-Strom eine die Spielräume für nationale Förderregelungen substanziell begrenzende Bedeutung beizumessen. Namentlich

⁵² EU-Parlament, Beschluss vom 16. November 2000, Dok. A5-0320/2000 (Abänderung 64), ABl. EG 2001 Nr. C 223, 294/305.

⁵³ Vgl. EU-Kommission, Geänderter Vorschlag v. 28.12.2000, Drs. KOM(2000) 884 endg., S. 11 (vgl. auch die hervorhebende Änderung im Vorschlag zu Erwägungsgrund 20 auf S. 7).

⁵⁴ Rat, Gemeinsamer Standpunkt v. 23. März 2001, ABl. EG 2001 Nr. C 142, 5/8.

⁵⁵ Rat, Gemeinsamer Standpunkt v. 23. März 2001, ABl. EG 2001 Nr. C 142, 5/14 (dort Punkt 14 der Begründung, bezogen auf Abänderungsvorschlag 64/zweiter Teil). Die genaue Formulierung des Rates lautete: „Auf der Grundlage der obigen Ausführungen hat der Rat ein Drittel der 55 vom Europäischen Parlament angenommenen Abänderungen vollständig oder teilweise übernommen, in einigen Fällen sinngemäß; dies gilt auch für die Abänderungen 14, 42 und 64 (zweiter Teil), die von der Kommission abgelehnt worden waren“.

⁵⁶ Rat, Gemeinsamer Standpunkt v. 23. März 2001, ABl. EG 2001 Nr. C 142, 5/6.

⁵⁷ An diesem Punkt setzt *Salje* den Akzent etwas anders, wenn er betont, die RL 2001/77/EG sei nur um eine *Rahmenrichtlinie*, und daraus folgert, den betreffenden Bestimmungen komme rechtsdogmatisch lediglich der Stellenwert eines *Rechtfertigungsgrundes* für einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) zu (vgl. *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 70 f.).

kann aus ihnen nicht der Schluss gezogen werden, sie stünden nationalen Förderregelungen entgegen, die den Anschluss- oder Übertragungsvorrang ausschließlich für inländisch erzeugten EE-Strom vorsehen. Denn damit würde Art. 7 in einen unauflösbaren Widerspruch zu den Zielen der Richtlinie geraten.

Das gleiche gilt für die Anforderungen aus Art. 5 der EE-Richtlinie über die Schaffung eines gemeinschaftsweit gültigen Herkunftsnachweises.⁵⁸ Dass jene Anforderungen nicht als Präjudiz in die Richtung der Einführung eines gemeinschaftswerten Zertifikatehandels gemeint sind, sondern lediglich ein Mittel zur Herstellung von Transparenz für den möglichen Fall eines grenzüberschreitenden Handels darstellen, wird schon durch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie klargestellt.⁵⁹

Bezogen auf die konkret zu betrachtende Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen EEG mit der Richtlinie 2001/77/EG lässt sich auf Grundlage dieses Normverständnisses die klare Antwort geben, dass das Abnahme- und Vergütungssystem des EEG durch die EE-Richtlinie nicht in Frage gestellt wird, sondern im Gegenteil von deren Schutz- und Gestattungswirkung für nationale Förderinstrumente profitiert. Der Umstand, dass das EEG Wirkungen entfaltet, die objektiv als Beeinträchtigungen des Handels mit Elektrizität zu begreifen sind, kann insofern dahinstehen, weil sich die Schutz- und Gestattungswirkung der EE-Richtlinie auch auf solcherart Instrumente erstreckt. Das gilt unabhängig davon, ob der Abnahme- und Vergütungsanspruch allein durch inländische Stromerzeuger in Anspruch genommen werden kann oder nicht.

An diesem Ergebnis vermögen auch die Bestimmungen der (jüngeren) Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie nichts zu ändern, weil diese Richtlinie – wie oben aufgezeigt – den eigenständigen Regelungsbereich der EE-Richtlinie unberührt lässt.

3.4 Zwischenergebnis

Die Vorschriften der Richtlinie 2003/54/EG sind für die vorliegende Fragestellung ohne Bedeutung, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber den Regelungsbereich der Zulässigkeit von nationalen Förderinstrumenten für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auf der sekundärrechtlichen Ebene einer eigenständigen Richtlinie zugewiesen hat, nämlich der Richtlinie 2001/77/EG („Förderrichtlinie“, „EE-Richtlinie“). Maßgebend für die Beurteilung der Vereinbarkeit des EEG mit dem Sekundärrecht der Gemeinschaft ist daher allein diese Richtlinie.

Die Richtlinie 2001/77/EG entfaltet für nationale Förderinstrumente (sofern diese nicht mit den Vorgaben des EGV über das Beihilfeverbot kollidieren) eine umfassende Schutz- und Gestattungswirkung, bis an ihrer Stelle ein Gemeinschaftsrahmen über die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt in Kraft getreten ist. Das gilt ungeachtet dessen, ob das nationale Förderinstrument mit Beeinträchtigungen für den innergemeinschaftlichen Stromhandel einhergeht oder seine begünstigenden Wirkungen ausschließlich durch inländische Stromerzeuger in Anspruch genommen werden können.

⁵⁸ Entgegen *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/10 f.

⁵⁹ Vgl. dazu auch den Gemeinsamen Standpunkt v. 23. März 2001, ABI. EG 2001 Nr. C 142, 5/14.

Die Richtlinie 2001/77/EG führt den ihr zugewiesenen Rechtsbereich zwar nicht insgesamt einer Harmonisierung zu – wie sich unschwer daraus ersehen lässt, dass sich zentrale Regelungen der Richtlinie auf den Prozess der Vorbereitung eines einheitlichen Gemeinschaftsrahmens beziehen. Um diesen Prozess erfolgreich durchführen zu können, legt sie jedoch (für sich genommen abschließend) fest, dass die Mitgliedstaaten vorerst von bestimmten Freiräumen zur Gestaltung nationaler Förderinstrumente Gebrauch machen dürfen. Im Hinblick auf diesen Einzelaspekt kommt ihr somit eine (vorläufige) abschließende Harmonisierungswirkung zu.

Auch das Abnahme- und Vergütungssystem des EEG wird von der Schutz- und Gestattungswirkung der EE-Richtlinie umfasst. Es ist daher im Resultat als mit dieser Richtlinie vereinbar zu erachten.

Für eine Prüfung des EEG anhand der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie bleibt mithin kein Raum. Das würde im Ergebnis auch dann gelten, wenn man nicht von einer (vorläufig) abschließenden Harmonisierung durch die EE-Richtlinie auszugehen haben sollte. Denn die Vorschriften der EE-Richtlinie gehen den betreffenden Bestimmungen der Binnenmarktrichtlinie jedenfalls als die spezielleren Regelungen vor. Sie weisen die (endgültige) abschließende Harmonisierung der Förderinstrumente für EE-Strom einem eigenständigen künftigen Gemeinschaftsrahmen zu. Da die in der EE-Richtlinie enthaltenen Regelungen zur Vorbereitung dieses Gemeinschaftsrahmens im Zuge der Binnenmarktrichtlinie unangetastet blieben, verbietet es sich, die Binnenmarktrichtlinie dahin zu interpretieren, ihre auf EE-Strom bezogenen Bestimmungen könnten aus sich heraus ihrerseits als abschließende Harmonisierungen begriffen werden. In der Konsequenz bedeutet das: Verneint man entgegen der hiesigen Auffassung eine umfassende Schutz- und Gestattungswirkung für nationale EE-Förderinstrumente auf Grundlage der EE-Richtlinie, so muss es im Hinblick auf die Frage nach der Vereinbarkeit des EEG mit dem Binnenmarkt zu einer Prüfung am Maßstab des Art. 28 EGV kommen.

Folgt man demgegenüber der hier entwickelten Auslegung, nach welcher der Schutz- und Gestattungswirkung der EE-Richtlinie ein (vorläufig) abschließend harmonisierender Charakter zukommt, kann in der Folge auch Art. 28 EGV nicht verletzt sein. Einer Prüfung des Gesetzes an den allgemeinen Maßstäben des Gebots der Warenverkehrsfreiheit bedarf es dann nicht.

4 Vereinbarkeit mit Art. 28 EGV

Auf Basis der vorstehenden Ausführungen kann Art. 28 EGV im vorliegenden Fall an sich keine Anwendung finden, da bereits festgestellt worden ist, dass das EEG auf Grundlage abschließender Regelungen des Sekundärrechts als gemeinschaftsrechtlich zulässig zu erachten ist. Denn der EuGH geht für Fälle abschließender Harmonisierung durch Sekundärrechtsvorschriften davon aus, dass für eine Anwendung des Art. 28 EGV kein Raum bleibt.⁶⁰

⁶⁰ Vgl. Grundlegend EuGH, Rs. C-37/92 (Vanacker und Lesage), Slg. 1993, I-4947, Rdnr. 9. Dem folgend EuGH, Rs. C-324/99 (DaimlerChrysler), Slg. 2001, I-9897, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-322/01 (Deutscher Apothekerverband), Urt. v. 11. Dezember 2003, Rdnr. 64; EuGH, Rs. C. 309/02 (Pflichtpfand), Urt. v. 14. Dezember 2004, Rdnr. 53.

Die nachfolgenden Überlegungen fungieren von daher als *Hilfserwägungen*. Auf sie kommt es nur an, wenn entgegen der hiesigen Auffassung angenommen wird, dass der Schutz- und Gestattungswirkung der EE-Richtlinie kein abschließend harmonisierender Charakter zukommt.

4.1 Kernelemente der Rechtsprechung zu Art. 28 und 30 EGV

Gemäß Art. 28 EGV sind den Mitgliedstaaten „mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen“ und „Maßnahmen gleicher Wirkung“ grundsätzlich untersagt. Der EuGH legt die Tatbestandsalternative der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ in ständiger Rechtsprechung sehr weit aus. Nach der sog. *Dassonville-Formel* erstreckt sich die Verbotsbestimmung insoweit auf „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“.⁶¹

Gemäß Art. 30 EGV stehen Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit dem Art. 28 EGV indessen nicht entgegen, wenn diese aus bestimmten (genau bezeichneten) Gründen gerechtfertigt sind und weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Zu den hiernach möglichen Rechtfertigungsgründen zählt die Vorschrift unter anderem den Schutz „der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“. Die in Art. 30 EGV genannten Gründe legt der EuGH allerdings wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift grundsätzlich eng aus.⁶² Deshalb erkennt er etwa allgemeine Umweltschutz- oder Verbraucherschutzergänzungen nicht als mit umfasst an.

Nicht zuletzt durch seine strenge Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 30 EGV⁶³ sah sich der EuGH veranlasst, die Reichweite der *Dassonville-Formel* über die Rechtfertigungsgründe des Art. 30 EGV hinaus durch andere Erwägungen zu relativieren. Insbesondere erkennt er seit seiner Entscheidung im Fall *Cassis de Dijon* solche mittelbare Beschränkungen des freien Warenverkehrs als mit Art. 28 EGV vereinbar an, die zum Schutz von „zwingenden und vom Gemeinschaftsrecht anerkannten Erfordernissen“ notwendig sind, welche den Erfordernissen des freien Warenverkehrs im Einzelfall vorgehen.⁶⁴ Das Vorliegen einer „Maßnahme gleicher Wirkung“ wird bei Erfüllung dieser Merkmale durch den EuGH verneint. Praktisch liegt in den „zwingenden Erfordernissen“ damit eine Erweiterung der möglichen Rechtfertigungsgründe, auch wenn der EuGH bislang darauf besteht, sie rechtsdogmatisch bereits im Tatbestand des Art. 28 EGV anzusiedeln.⁶⁵

Von der Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ macht der EuGH namentlich Gebrauch, wenn es um Maßnahmen geht, die durch gemeinschaftsrechtlich anerkannte Umweltschutz-

⁶¹ EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837, Rdnr. 5.

⁶² Vgl. EuGH, Rs. 113/80 (*Kommission/Irland*), Slg. 1981, 1625 Rdnr. 7.

⁶³ Kritisch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 3/33 f.

⁶⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649/662, Rdnr. 8; vgl. zum Ganzen *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 33 ff.

⁶⁵ Zu Recht kritisch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 33 f.

ziele gerechtfertigt sind.⁶⁶ Verstärkt wird das Gewicht solcher Ziele noch durch das querschnittsartig für alle Politikbereiche geltende Nachhaltigkeitsgebot des Art. 6 EGV.⁶⁷

Allerdings kann sich der Mitgliedstaat auf „zwingende Erfordernisse“ in diesem Sinne nur berufen, wenn die nationale Maßnahme *verhältnismäßig* ist.⁶⁸ Insbesondere wird insofern vorausgesetzt, dass die Maßnahme den Binnenmarkt nicht mehr als erforderlich beeinträchtigt. Das bedeutet, dass dem Mitgliedstaat keine andere vergleichbar wirksame Maßnahme zur Verfügung stehen darf, die den Warenverkehr weniger stark beeinträchtigen würde.⁶⁹ Ein wesentlicher Unterschied zum Anwendungsbereich des Art. 30 EGV ergibt sich daraus allerdings nicht, denn nach der Judikatur des EuGH steht die gleiche „Kontrollfrage“ zur Erforderlichkeit auch im Zentrum der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 30 EGV.⁷⁰

Ob und inwieweit die Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ im Einzelfall zur Anwendung kommen kann, beurteilte der EuGH in seinen Entscheidungen zunächst strikt auf Grundlage einer Differenzierung zwischen verschiedenen Arten der Beeinträchtigungswirkung. So sprach der Gerichtshof im Fall *Wurmser* ausdrücklich aus, dass eine Anwendung der Rechtsfigur nicht in Betracht komme, wenn die betrachtete Maßnahme zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen differenziert.⁷¹ Auf „zwingende Erfordernisse“ würde sich ein Mitgliedstaat demnach nur berufen können, wenn die handelsbeschränkende Maßnahme „unterschiedslos“⁷² angelegt ist, also für in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen gilt und dennoch den innergemeinschaftlichen Warenverkehr beeinträchtigt. Unanwendbar wäre die Formel hingegen für Maßnahmen mit „diskriminierendem“ Charakter, worunter in diesem Kontext Regelungen verstanden werden, die entweder schon über ihre tatbestandlichen Voraussetzungen oder zumindest über ihre praktische Wirkung in eine Bevorzugung inländischer Unternehmen hineinführen.⁷³

In der jüngeren Rechtsprechung finden sich allerdings mehrere Fälle, in denen der Gerichtshof der Frage nach dem „unterschiedslosen“ Charakter der Beschränkungsmaßnahme keine tragende Bedeutung beigemessen hat, sondern ungeachtet ihres „diskriminierenden“ Inhalts geprüft hat, ob sie auf Grund von „zwingenden Erfordernissen“ gerechtfertigt sind.⁷⁴ Damit

⁶⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-155/91 (Abfallrahmenrichtlinie) Slg. 1991, I-939/967; EuGH, Rs. 302/86 (Pfandflaschen) Slg. 1988, I-4607/4630; vgl. zum Ganzen *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 41 ff.

⁶⁷ In diesem Sinne auch Generalanwalt *Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge Rdnr. 231 f.

⁶⁸ Grundlegend EuGH, Rs. C-25/88 (*Wurmser*), Slg. 1989, 1105, Rdnr. 13 ff.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-25/88 (*Wurmser*), Slg. 1989, 1105, Rdnr. 17; EuGH, Rs. C-388/95 (Kommission/Belgien), Slg. 2000, I-3123, Rdnr. 65 ff.

⁷⁰ Vgl. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 49 f./53 f. m.w.N.

⁷¹ EuGH, Rs. C-25/88 (*Wurmser*), Slg. 1989, 1105, Rdnr. 10.

⁷² Grundlegend EuGH, Rs. C-25/88 (*Wurmser*), Slg. 1989, 1105, Rdnr. 10; ferner EuGH, Rs. 207/83 (Kommission/Vereinigtes Königreich) Slg. 1985, 1201, Rdnr. 22; verb. Rs. C-1/90 und C-176/90 (*Aragonesa de Publicidad Exterior und Publivia*), Slg. 1991, I-4151, Rdnr. 13; EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431, Rdnr. 34. Vgl. zum Ganzen *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 34 m.w.N.

⁷³ Eingehend zur Entwicklung der Rechtsprechung *Heselhaus*, EuZW 2001, 645 ff.; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 34 m.w.N.; Nowak/Schnitzler, EuZW 2000, 627 ff.

⁷⁴ Vgl. insb. Rs. C-203/96 (*Dusseldorp*), Slg. 1998, I-4075, Rdnr. 44/49; EuGH, C-389/96 (*Aher-Waggon*), Slg. 1998, I-4473, Rdnr. 19; ferner EuGH, verb. Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95

nähert sich der EuGH in der praktischen Konsequenz – ohne sich allerdings bislang ausdrücklich in diesem Sinne geäußert zu haben – der vor allem mit dem Blick auf Art. 6 EGV verbreiteten Forderung an, die enge Auslegung des Art. 30 EGV aufzugeben und damit die gesonderte Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ überflüssig zu machen.⁷⁵

4.2 Die Beschränkungswirkungen des EEG im Lichte des Art. 28 EGV

Da nach der *Dassonville-Formel* selbst potenzielle und mittelbare Behinderungen des Warenverkehrs als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ im Sinne von Art. 28 EGV anzusehen sein können, kann kein Zweifel daran bestehen, dass die oben (Kap. 2) für das EEG festgestellten Wirkungen der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels mit Strom in *tatsächlicher Hinsicht* als Behinderungen des freien Warenverkehrs im Sinne von Art. 28 EGV in Betracht zu ziehen sind. Eine andere Frage ist, ob sie bei Anwendung der *Cassis-de-Dijon-Formel* unter Gesichtspunkten der *rechtlichen Wertung* auch als tatbestandlicher Verstoß gegen Art. 28 EGV anzusehen sind.⁷⁶

Von einem tatbestandlichen Verstoß gegen Art. 28 EGV ist nicht auszugehen, wenn anzuerkennen sein sollte, dass die betrachtete Maßnahme durch „zwingende Erfordernisse“ legitimiert ist und nicht über das Gebot der Verhältnismäßigkeit hinausgeht. Liegt weitergehend ein spezifischer Rechtfertigungsgrund im Sinne des Art. 30 EGV vor und stellt sich die Maßnahme im Lichte dieser Vorschrift als vertretbar dar, so kann demgegenüber dahinstehen, ob ein tatbestandlicher Verstoß gegen Art. 28 EGV vorliegt, weil die Maßnahme dann ohnehin im Ergebnis zulässig ist. Hierauf wird am Ende dieses Abschnitts noch zurückzukommen sein.

Der Sache nach kann kein Zweifel daran bestehen, dass das EEG-System von Erwägungen getragen wird, die als „zwingende Erfordernisse“ im Sinne der EuGH-Judikatur zu Art. 28 EGV anzuerkennen sind. Entsprechendes hat der EuGH bereits für die Vorgängerregelungen des StrEG unter anderem unter Bezugnahme auf die gemeinschaftlichen Ziele des Klimaschutzes zum Ausdruck gebracht.⁷⁷ Abgesehen von der im Weiteren noch zu prüfenden Frage der Verhältnismäßigkeit kann daher im Hinblick auf Art. 28 EGV allenfalls fraglich sein, ob die Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ überhaupt Anwendung finden kann. Das könnte unter Berufung auf frühere Entscheidungen des EuGH angezweifelt werden, soweit die betrachtete Maßnahme zwischen in- und ausländischen Adressaten unterscheidet und deshalb als „diskriminierend“ angesehen werden muss.

In Bezug auf diesen Aspekt ist zwischen den beiden Beschränkungswirkungen des EEG zu differenzieren:

- Die durch das EEG bewirkte Verringerung der Aufnahmefähigkeit des deutschen Elektrizitätsmarktes für konventionell erzeugten Strom („Teilabschottung“) trifft *unterschiedslos* al-

(De Agostini und TV-Shop), Slg. 1997, I-3843, Rdnr. 44 f.; EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831, Rdnr. 36/39; EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931, Rdnr. 35/41.

⁷⁵ Instruktiv *Generalanwalt Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge Rdnr. 230 ff.; vgl. auch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 34 m.w.N.; *Heselhaus*, EuZW 2001, 645 ff.

⁷⁶ Verneinend insb. *Apfelstedt*, ZNER 2000, 200/200 f.; *ders.*, ZNER 2001, 2/8 ff.; *Nagel*, ZNER 2000, 3/5; *Schreiber*, ZNER 2000, 202/203.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 73 f.

le in- und ausländische Stromanbieter. Eine diskriminierende Wirkung ist insoweit zu verneinen.

- Etwas anders gelagert ist der Umstand, dass unter den Anbietern von regenerativ erzeugtem Strom nur diejenigen in den Genuss der Abnahme- und Vergütungsbestimmungen kommen, die ihren Strom im Inland erzeugen („Inlandsbindung“). Diese Regelung knüpft an in- und ausländische Sachverhalte *nicht unterschiedslos* an und könnte von daher – in den Kategorien des EuGH zu Art. 28 EGV – als ausländische Erzeuger von EE-Strom diskriminierend betrachtet werden. Hiergegen lässt sich mit einiger Berechtigung allerdings vorbringen, dass es den Bestimmungen des EEG nicht um eine Unterschiedsbehandlung von in- und ausländischen Unternehmen gehe, sondern nur darum, keine extratoritoriale Geltung des Gesetzes herbeizuführen.⁷⁸ Da das Gesetz in seinem Kern dem Umweltschutz dienende Verpflichtungen ausspreche⁷⁹, könne sich der deutsche Gesetzgeber insoweit auf das in Art. 174 EGV verankerte Prinzip stützen, Umweltbeeinträchtigungen an ihrem Ursprung zu bekämpfen.⁸⁰ Mit vergleichbaren Erwägungen hat der EuGH in seinem Urteil zur *wallonischen Abfallregelung* eine diskriminierende Wirkung territorial ansetzender Bestimmungen zur Abfallbeseitigung verneint.⁸¹

Ob und inwieweit das EuGH-Urteil zur *wallonischen Abfallregelung* als tragfähige Grundlage für die Verneinung eines diskriminierenden Charakters herangezogen werden kann, ist jedoch unsicher. Generalanwalt *Jacobs* hielt einem solchen Vorgehen in den Schlussanträgen des Verfahrens zum StrEG aus rechtsdogmatischen Gründen entgegen, Aspekte der Rechtfertigung gehörten nicht in die Tatbestandsprüfung des Art 28 EGV.⁸² Er forderte den Gerichtshof allerdings zugleich auf, die Möglichkeit der Rechtfertigung durch „zwingende Erfordernisse“ auch für Maßnahmen mit diskriminierender Wirkung zu öffnen.⁸³

Unterstellt man im Sinne einer sehr vorsichtigen Prüfung eine diskriminierende Wirkung für die Inlandsbindung der Abnahme- und Vergütungsregelungen, so ließe sich weiter argumentieren, die partielle Marktabschottungswirkung hänge regelungstechnisch untrennbar mit der Inlandsbindung zusammen, so dass im Resultat davon ausgegangen werden müsse, dass beiden ein diskriminierendes Wesen inne wohne. Die Teilabschottungswirkung trete letztlich durch ein gesetzliches Instrument ein, das zwischen in- und ausländischer Herkunft des Stroms unterscheide. Das mag abstrakt so sein. Dennoch vermag dieser Gedankengang nicht zu überzeugen. Auf der konkreten Ebene zeigt sich nämlich, dass die durch das Gesetz ausgelöste teilweise Marktabschottungswirkung keineswegs auf der Unterscheidung des EEG zwischen in- und ausländischer Stromerzeugung beruht. Ohne die „diskriminierende“ Unterscheidung nach der Erzeugungsherkunft wäre die Abschottungswirkung des Gesetzes vielmehr quantitativ (möglicherweise sogar deutlich) größer, weil dann noch mehr vorrangig

⁷⁸ So *Nagel*, ZNER 2000, 3/4 f.

⁷⁹ Instruktiv *Apfelstedt*, ZNER 2001, 2/8 ff.

⁸⁰ *Nagel*, ZNER 2000, 3/4 f.

⁸¹ Vgl. EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992 I-4431, Rdnr. 34 f.

⁸² Vgl. *GA Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge Rdnr. 225.

⁸³ Vgl. *GA Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge Rdnr. 226 ff.

abzunehmender und zu übertragender EE-Strom auf den deutschen Verbrauchsmarkt drängen würde.⁸⁴

Es bleibt also dabei, dass jedenfalls die durch das EEG bewirkte Verdrängung konventionellen Stroms innerhalb des deutschen Elektrizitätsmarkts vor den Maßstäben des Art. 28 EGV nicht als diskriminierenden Charakters angesehen werden kann. Eine entsprechende Verdrängungswirkung ist vielmehr jedweder Regelung zur vorrangigen Abnahme und Übertragung immanent, wie sie als solche den Mitgliedstaaten sowohl durch die Richtlinie 2003/54/EG als auch durch die Richtlinie 2001/77/EG ausdrücklich gestattet wird.⁸⁵

Eine gewisse Unsicherheit verbleibt indes – obgleich auf Grundlage des *Wallonien-Urteils* des EuGH viel dafür spricht – bezüglich der Frage, ob ein diskriminierender Charakter auch für die Inlandsbindung des EEG verneint werden kann. Klarstellend sei hinzugefügt, dass diese Problematik *nur* die *physische* Einspeisung von regenerativ erzeugtem Strom betrifft, nicht aber den Absatz von bloßen Surrogaten wie etwa *Zertifikaten* für anderenorts erzeugten EE-Strom. Dabei würde es sich um eine andere Art von Produkt handeln. Auf eine generelle Gleichbehandlung von Zertifikatstrom und physisch in Deutschland eingespeistem Strom aus regenerativen Quellen kann sich aus dem Gemeinschaftsrecht ohnehin nach keiner Betrachtungsweise ein Anspruch ergeben.

Der Umstand, dass die Eingrenzung der Begünstigungswirkung des EEG auf die Anbieter inländisch erzeugten EE-Stroms im Kontext des Art. 28 EGV als diskriminierender Natur einzuordnen sein könnte, darf aber in der Würdigung nicht überschätzt werden:

- Zum einen ist zu betonen, dass der EuGH offenkundig auf dem Weg ist, die Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ auch bei diskriminierenden Maßnahmen zur Anwendung zu bringen und mehr Wert auf die *konkrete* Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit als auf die abstrakte Kategorienbildung zu legen.⁸⁶
- Zum anderen ist hervorzuheben, dass der EuGH bereits für das StrEG explizit davon gesprochen hat, dass die diesem Gesetz – wie auch dem EEG – zugrunde liegende Politik „zugleich den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“ bezweckt.⁸⁷ Damit hat der Gerichtshof exakt die einschlägige *Formel des Art. 30 EGV* zur Herleitung der Rechtfertigung des StrEG aufgegriffen und so deutlich gemacht, dass er für die betreffende Fallkonstellation Erwägungsgründe für gegeben erachtet, die von Art. 30 EGV getragen werden. Wenn das aber so ist – und hinsichtlich der Regelungszwecke unterscheiden sich StrEG und EEG in der Substanz nicht –, dann bedarf es keiner Prüfung mehr, ob die untersuchte nationale Maßnahme zugleich auf „zwingende Erfordernisse“ gestützt werden kann oder nicht. Folglich bleibt die Unterscheidung zwi-

⁸⁴ Prozessrechtlich ist insofern die – hier nicht näher behandelte – Folgefrage interessant, ob sich die ausländischen Anbieter konventionell hergestellten Stroms ggf. gegen die Beschränkung des Abnahme- und Vergütungsanspruchs auf inländische Erzeugung überhaupt wirksam zur Wehr setzen könnten, da ihnen durch diese Festlegung Vor- und nicht Nachteile erwachsen.

⁸⁵ In diesem Sinne schon *Apfelstedt*, ZNER 2001, 2/8 ff.

⁸⁶ Vgl. die umfangreiche Aufarbeitung der Rechtsprechung durch *Generalanwalt Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge Rdnr. 230 ff.; ferner *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 34 m.w.N.; *Heselhaus*, EuZW 2001, 645 ff.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 75. Vgl. auch *Oschmann*, in: Danner/Theobald: Energierecht, VI EEG N 1 Einf., Rdnr. 57.

schen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Maßnahmen an dieser Stelle ohne praktische Konsequenz.⁸⁸

Stehen dem deutschen Gesetzgeber mithin zur Rechtfertigung der marktbeschränkenden Wirkungen des EEG in jedem Falle Gründe zur Seite, die von Art. 30 EGV erfasst werden, so kommt es im Weiteren nur noch darauf an, ob die beiden Beschränkungswirkungen für den Warenverkehr als *verhältnismäßig* zu würdigen sind. Kann das bejaht werden, so liegt ein Verstoß gegen Art. 28 EGV nicht vor.

4.3 Verhältnismäßigkeit

Die Kernfrage der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, ob die nationale Regelung zu dem von ihr verfolgten Ziel *erforderlich* ist, ob also dem Mitgliedstaat keine andere vergleichbar wirksame Maßnahme zur Verfügung steht, die den Warenverkehr weniger stark beeinträchtigen würde. Der EuGH wendet dieses Kriterium als praktisches Hauptkriterium sowohl im Hinblick auf Maßnahmen an, die auf „zwingende Erfordernisse“ gestützt werden, als auch auf Handelsbeschränkungen, die in den Bereich des Art. 30 EGV fallen.⁸⁹

Spätestens an diesem Punkt kann nicht mehr übersehen werden, dass die Richtlinie 2001/77/EG bezweckt, die verschiedenen nationalen Förderinstrumente bis zum Inkrafttreten eines verbindlichen Gemeinschaftsrahmens über die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Elektrizitätsbinnenmarkt mit einer *Schutzwirkung* für deren „uneingeschränktes Funktionieren“ zu versehen. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie bringt dies, wie oben (Kap. 3.3) im Einzelnen erörtert, klar zum Ausdruck. Der von der Richtlinie hiermit bezweckte Schutz umfasst, wie dort ebenfalls näher ausgeführt wird, auch Instrumente, deren Wirkungsrahmen sich ausschließlich auf inländisch erzeugten EE-Strom erstreckt.⁹⁰

Spricht man den maßgebenden Bestimmungen der Richtlinie 2001/77/EG entgegen der oben entwickelten Argumentationslinie nicht bereits die Funktion von die betreffende Frage abschließend regelnden Vorschriften zu, so wird man doch zumindest anzuerkennen haben, dass ihnen im Rahmen der Gesamtwürdigung möglicher Rechtfertigungsgründe für die von ihnen ausgehenden Warenverkehrsbeeinträchtigungen eine entscheidende Rolle zukommen muss. Konsequenterweise geht daher *Salje* davon aus, dass aus den Bestimmungen der Richtlinie eine „rechtfertigende Wirkung“ folge, weil die Richtlinie die durch Art 6 und 174 EGV zum Ausdruck gebrachten Gemeinschaftsziele konkretisiere.⁹¹ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 28 EGV seien mit dem Blick auf den Regelungsinhalt der Richtlinie großzügige Anforderungen zu stellen.⁹² Vergleichbar verfuhr der EuGH in seinem Urteil vom 14. November 1994 in der Sache *Ortscheid*.⁹³

⁸⁸ Dies übersehen *Karpenstein/Schneller*, RdE 2005, 6/7 f.

⁸⁹ Vgl. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 Rdnr. 49 ff. m.w.N.

⁹⁰ Vgl. auch *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 69 und Fn. 62.

⁹¹ Vgl. *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 71.

⁹² *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, ebenda.

⁹³ Vgl. EuGH, Rs. C-320/93 (*Ortscheid*), Slg. 1994, I-5243, Rdnr. 18 ff./20. Ähnlich auch die Prüfungsweise von *Generalanwalt Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (*PreußenElektra*), Schlussanträge Rdnr. 211 ff.

Soll nicht in Kauf genommen werden, dass Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2001/77/EG seiner rechtlichen Bedeutung gänzlich entleert wird – mit der Konsequenz, dass auch das weitergehende Ziel der Richtlinie in Gefahr geriete, die Erfahrung der Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Förderinstrumenten für den weiteren Harmonisierungsprozess umfassend auswerten zu können – so wird man der Richtlinie hinsichtlich der mit ihr intendierten Schutzwirkung für die nationalen Förderinstrumente jedenfalls im Ergebnis *entweder* den Rang einer verbindlichen Gestattungswirkung *oder* die Bedeutung eines rechtfertigenden Tatbestands einräumen müssen, der seinerseits nicht mehr durch einengende Verhältnismäßigkeitserwägungen in Frage gestellt werden kann.

Raum für eine weitergehende Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt hernach nur, wenn man abweichend hiervon der durch die EE-Richtlinie angestrebten Schutzwirkung *überhaupt* keine rechtliche Relevanz beimisst. Nur unter dieser Prämisse wäre folglich weiter zu prüfen, ob die durch das EEG begründeten Beschränkungswirkungen für den Handel „erforderlich“ sind.

Letztlich würde das EEG aber auch dem auf der letzten Stufe der Prüfung vorzunehmenden Erforderlichkeitskriterium standhalten. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Bundesrepublik Deutschland ein in der Zielrichtung des Gesetzes vergleichbares Mittel zur Verfügung stünde, das auf der anderen Seite den Elektrizitätsbinnenmarkt weniger beeinträchtigen würde. Das ergibt sich aus einer differenzierten Untersuchung der konkret als mildere Alternativen in Betracht kommenden Optionen:

- Häufig wird der Wechsel zu einem *Quoten-/Zertifikatesystem* vorgeschlagen.⁹⁴ Ein solches System kann im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung aber schon deshalb nicht zum Vergleich herangezogen werden, da nicht ersichtlich ist, dass sich mit einem solchen System innerhalb der nächsten Jahre vergleichbar anspruchsvolle Ziele erreichen ließen. Sämtliche von der EU-Kommission bisher zusammengetragenen Erkenntnisse belegen, dass sich mit preisgestützten Systemen deutlich höhere Steigerungskurven für den Anteil des regenerativ erzeugten Stroms am gesamten Stromverbrauch erreichen lassen.⁹⁵
- Denkbar wäre es auch, das deutsche Abnahme- und Vergütungssystem für *sämtlichen* in EU-Europa erzeugten *EE-Strom* zu öffnen, d.h. unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat der Strom erzeugt wird und wo die Einspeisung erfolgt. Das würde auf eine rechnerische Anerkennung von in ausländische Netze eingespeistem Strom auf Basis der jeweiligen Vertragsbeziehungen zwischen Erzeugern und Kunden hinauslaufen. Für ein solches System mag man sich auf den Standpunkt stellen können, dass es für die Erreichung der europäischen Steigerungsziele gleichgültig sei, wo in Europa der EE-Strom hergestellt wird.⁹⁶ Mit einer derartigen Regelung gingen aber gleich mehrere problemati-

⁹⁴ In diese Richtung auch *Karpenstein/Schneller*, in: RdE 2005, 6/12 f.

⁹⁵ Vgl. dazu die (allerdings relativ undeutliche) Darstellung der Entwicklung in den verschiedenen Mitgliedstaaten in der Mitteilung der *Kommission* vom 26. Mai 2004: Der Anteil erneuerbarer Energien in der EU, Drs. KOM(2004) 366 endg., S. 15 f.; ferner schon die entsprechende Einschätzung in Drs. KOM(2000) 279 endg., S. 6; vgl. zum Ganzen auch *BEE: Mindestpreissystem versus Quotenmodell*, Paderborn, Mai 2005.

⁹⁶ In diese Richtung gingen auch die Zweifel von *Generalanwalt Jacobs*, in: EuGH, Rs. C-379/98 (PreußenElektra), Schlussanträge, Rdnr. 236; krit. auch *Salje*, EEG, 3. Aufl. 2005, § 2 Rdnr. 66.

sche Wirkungen einher, die einer Anerkennung als „vergleichbares“ und/oder als „milderes“ Mittel entgegenstehen:⁹⁷

- Erstens könnte Deutschland auf diese Weise keine vergleichbar planvolle Steuerung der Technologieentwicklung im Bereich der Stromerzeugung aus regenerativen Energien erreichen, weil für bestimmte Technologien in anderen Regionen günstigere Bedingungen vorhanden sind. Um Überföörderungseffekte zu vermeiden, müssten die Vergütungssätze den andernorts bestehenden günstigeren Bedingungen angepasst werden. Damit gingen für die inländische Fortentwicklung wichtige Potenziale verloren, weil die hiesige Anwendung der Technologie unattraktiv würde. Die bezweckte Dynamik der Technologieentwicklung würde gefährdet.
- Zweitens würde die uneingeschränkte Einbeziehung von anderenorts eingespeistem EE-Strom ohne eine entsprechende Harmonisierung im gesamten EU-Raum dazu führen, dass auf die deutschen Endverbraucher erhebliche Mehrbelastungen zukommen würden, weil die Teilnahme am System europaweit interessant würde. Um keine unzumutbaren Verbraucherbelastungen zu erzeugen, wäre Deutschland gezwungen, die Vergütungssätze erheblich zu drosseln. In der Folge ginge auch das zu Lasten der Steigerungsziele.
- Drittens würde ein solches Vorgehen die in der Richtlinie 2001/77/EG angelegte Strategie unterlaufen, in allen Mitgliedstaaten (jeweils auf nationaler Ebene) wirksame Steigerungsmaßnahmen für die Nutzung von EE-Strom zu ergreifen, um hierdurch einen umweltpolitischen Nutzen erzielen zu können. Die deutsche Entwicklung erfolgte auf Kosten der Steigerungspotenziale anderer Mitgliedstaaten, weil Deutschland einen Anreiz böte, in anderen Mitgliedstaaten produzierten EE-Strom nach Deutschland zu verkaufen.⁹⁸ Den anderen Staaten würde es erschwert, die ihnen von der EE-Richtlinie vorgegebenen nationalen Richtziele zur Steigerung des jeweils eigenen EE-Verbrauchsanteils zu erreichen. Damit geriete das System in einen Zielkonflikt mit der EE-Richtlinie, der die Intention zugrunde liegt, in allen Mitgliedstaaten erhebliche Zuwächse im Verbrauch von EE-Strom zu bewirken.
- Viertens – und das ist rechtsdogmatisch der vielleicht wichtigste Punkt – stellte eine derartige Öffnung entgegen dem erste Anschein *keine* den Binnenmarkt weniger stark beeinträchtigende Maßnahme dar. Geht man nämlich von einer Öffnung des gesamten Systems für in anderen Mitgliedstaaten erfolgende Einspeisungen aus, so wäre wegen des geltenden (und für das Funktionieren des Systems unabdingbaren) Übertragungsvorrangs zu befürchten, dass der deutsche Strommarkt in sehr viel größerem Umfang dem regenerativ erzeugten Strom vorbehalten werden müsste, weil mehr EE-Strom nach Deutschland flösse. Die Abschottungswirkung des EEG für den *allgemeinen* Wettbewerb im deutschen Elektrizitätsbinnenmarkt wäre so ungleich größer.
- Als letzte Variante verbliebe schließlich die Möglichkeit, das deutsche Abnahme- und Vergütungssystem lediglich für solchen EE-Strom zu erweitern, der außerhalb Deutschlands erzeugt, aber *physisch* unmittelbar in ein deutsches Netz eingespeist worden ist.

⁹⁷ Eingehend zu den Fehlanreizwirkungen einer denkbaren Aufhebung der Inlandsbindung bereits *Apfelstedt*, ZNER 2001, 2/9 f.; *ders.*, ZNER 2000, 200 f.

⁹⁸ Instruktiv *Apfelstedt*, ZNER 2001, 2/9 f.; *ders.*, ZNER 2000, 200 f.

Davon könnten dann Erzeugungsanlagen in Grenznähe profitieren, so dass man von einer gewissen – wenn auch quantitativ eher unbedeutenden – Abmilderung der Warenverkehrsbeeinträchtigung sprechen könnte. In dem Maße, in dem von dieser Erweiterung Gebrauch gemacht würde, würde allerdings wiederum spiegelbildlich die Abschottungswirkung des deutschen Marktes für nicht regenerativ erzeugten Strom verstärkt. Von daher lässt sich auch mit dieser Alternative nicht überzeugend begründen, dass das Abnahme- und Vergütungssystem in seiner bestehenden Struktur eine unverhältnismäßige Binnenmarktbeeinträchtigung darstelle.

4.4 Zwischenergebnis

Nimmt man entgegen der in Kap. 3.3 entwickelten Ansicht an, die Richtlinie 2001/77/EG entfalte keine verbindliche Schutz- und Gestattungswirkung für das Abnahme- und Vergütungssystem des EEG, so ist das System auf seine Vereinbarkeit mit Art. 28 EGV hin zu prüfen.

Dem EEG kommen zwei den Binnenmarkt im Sinne von Art. 28 EGV beeinträchtigende Wirkungen zu: Zum einen tritt durch den Übertragungsvorrang ein den deutschen Versorgungsmarkt für konkurrierende Anbieter teilweise abschottender Vorrangeffekt ein, der auch die Einfuhrmöglichkeiten für im Ausland erzeugten Strom einschränkt. Zum anderen sind im Ausland gelegene Anlagen zur Erzeugung von regenerativem Strom von der Möglichkeit der Inanspruchnahme des Abnahme- und Vergütungssystems ausgeschlossen.

Beide Wirkungen sind durch vorrangige Ziele anderer Art hinreichend gerechtfertigt. Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit dem EEG durch das Gemeinschaftsrecht anerkannte Umweltschutzziele, die zugleich im Sinne von Art. 30 EGV dem Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen dienen. Da Art. 30 EGV einschlägig ist, kommt es für die konkrete Würdigung der Handelsbeeinträchtigung nicht darauf an, welchen rechtsdogmatischen Kategorien die nationalen Regelungen im Hinblick auf die EuGH-Rechtsprechung über „zwingende Erfordernisse“ des Gemeinschaftsrechts zugeordnet werden.

Die deutschen Regelungen halten auch der in Bezug auf Art. 28 EGV vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung stand:

- Es spricht viel dafür, dass die Handelsbeschränkungen schon wegen der durch die Richtlinie 2001/77/EG intendierte Schutzwirkung für nationale Förderinstrumente als gerechtfertigt und als verhältnismäßig angesehen werden muss.
- Ob das so ist, kann aber letztlich dahinstehen, denn auch die klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung würde für das Modell keine unüberwindbare Hürde darstellen. Die entscheidende Frage ist insofern, ob Deutschland eine vergleichbar wirksame, den Binnenmarkt jedoch weniger stark beeinträchtigende Alternative zur Verfügung steht. Eine solche Alternative ist nicht ersichtlich. Namentlich die am ehesten in Betracht kommende Möglichkeit der Öffnung des deutschen Systems für im EU-Ausland produzierten EE-Strom scheidet aus. Sie würde nämlich die Verdrängungswirkung des EEG für konventionell erzeugten Strom noch verstärken, da sie notwendigerweise dazu führen würde, noch größere Anteile des deutschen Strommarkts dem EE-Strom vorzubehalten.

5 Gesamtergebnis

Auf Grundlage der vorliegenden Untersuchung ist zu schließen, dass das Abnahme- und Vergütungssystem des deutschen EEG mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zur Freiheit des Binnenmarkts uneingeschränkt im Einklang steht.

Das ergibt sich aus Folgendem:

1. Die Vorschriften der *Richtlinie 2003/54/EG* (Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie) sind für die vorliegende Fragestellung schon deshalb ohne Bedeutung, weil der Regelungsbereich der Ausgestaltung von nationalen Förderinstrumenten zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auf der sekundärrechtlichen Ebene seit Herbst 2001 einer eigenständigen Richtlinie zugewiesen ist, nämlich der *Richtlinie 2001/77/EG* („Förderrichtlinie“, „EE-Richtlinie“). Maßgebend für die Beurteilung der Vereinbarkeit des EEG mit dem Sekundärrecht der Gemeinschaft ist daher allein diese Richtlinie. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat im Rahmen seiner Bestrebungen zur stringenteren Liberalisierung des Elektrizitätsbinnenmarkts, die schließlich zur Richtlinie 2003/54/EG geführt haben, weder an der Ausgliederung dieses speziellen Rechtsbereichs etwas geändert noch sonst Regelungen getroffen, die das Verhältnis zur Richtlinie 2001/77/EG neu bestimmen oder deren Inhalt relativieren würden.
2. Die EE-Richtlinie 2001/77/EG führt den ihr unterliegenden Regelungsbereich zwar keiner vollständigen Harmonisierung zu. Zentrale Bestimmungen der Richtlinie richten sich vielmehr im Vorfeld dessen lediglich darauf, den Prozess einer späteren Harmonisierung vorbereitend zu steuern. Um diesen Prozess erfolgreich durchführen zu können, legt sich die Richtlinie jedoch verbindlich darauf fest, das „ungestörte Funktionieren“ der verschiedenen in den Mitgliedstaaten praktizierten Systeme zur Förderung erneuerbarer Energien „zu gewährleisten, damit das Vertrauen der Investoren erhalten bleibt, bis ein Gemeinschaftsrahmen zur Anwendung gelangt ist.“
3. Daraus ist zu folgern, dass die Richtlinie 2001/77/EG eine umfassende *Schutz- und Gestattungswirkung* für die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Richtlinie bekannten Arten von nationalen Instrumenten zur EE-Förderung im Strombereich entfaltet. Zu den Instrumentenarten, deren Funktionieren vorläufig gewährleistet werden soll, zählt die Richtlinie ausdrücklich auch „Preisstützungssysteme“ wie das Abnahme- und Vergütungsmodell des EEG, die typischerweise nur für die inländische Stromerzeugung gelten. Als einzige Voraussetzung für die Gewährleistungswirkung sieht Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie vor, dass die Instrumente mit den Vorgaben des EGV über das Beihilfeverbot im Einklang stehen müssen. Außerhalb dessen gilt die Gewährleistung mithin unabhängig davon, ob das nationale Förderinstrument zu Beeinträchtigungen für den innergemeinschaftlichen Stromhandel führt oder seine begünstigenden Wirkungen ausschließlich für die inländische Stromerzeugung in Anspruch genommen werden können.
4. Da die EE-Richtlinie innerhalb des ihr zugewiesenen Regelungsbereichs die Vorgaben der Binnenmarktrichtlinie zurücktreten lässt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Bestimmungen der Binnenmarktrichtlinie über die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, für regenerativ erzeugten Strom einen Vorrang für die Abnahme und die Übertragung im Netz vorzusehen (Art. 11 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 der Binnenmarktrichtlinie), den Cha-

- rakter von abschließend harmonisierenden Rechtsbestimmungen tragen. Sie können folglich auch nicht dahin interpretiert werden, dass sie der Schaffung von nationalen Vorrangbestimmungen entgegenstünden, die ausschließlich inländischen Erzeugern von EE-Strom zugute kommen. Anderenfalls griffe die Binnenmarktrichtlinie unzulässig in den eigenständigen Regelungsbereich der EE-Richtlinie ein.
5. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass die Richtlinie 2001/77/EG eine verbindliche Schutz- und Gestattungswirkung für die in den Mitgliedstaaten üblicherweise praktizierten nationalen Förderinstrumente ausspricht und ihr von daher hinsichtlich dieses Teilaspekts ein abschließend harmonisierender Charakter zukommt, so kann in der Folge auch das in Art. 28 EGV verankerte grundsätzliche Verbot der Beschränkung des Warenverkehrs nicht verletzt sein.
 6. Nimmt man abweichend hiervon an, dass von der EE-Richtlinie keine verbindliche Schutz- und Gestattungswirkung für das EEG-System ausgeht, so ist die Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 28 EGV zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass dem EEG zwei den Binnenmarkt im Sinne von Art. 28 EGV beeinträchtigende Wirkungen zueigen sind:
 - Zum einen tritt durch den mit dem System notwendig verbundenen Übertragungsvorrang für EEG-Strom der Effekt ein, dass ein Teil des deutschen Versorgungsmarkts ausschließlich dem EEG-Strom vorbehalten bleibt. Mit diesem „Abschottungseffekt“ werden auch die Einfuhrmöglichkeiten für im Ausland erzeugten Strom einschränkt.
 - Zum anderen sind im Ausland gelegene Anlagen zur Erzeugung von regenerativem Strom von der Möglichkeit der Inanspruchnahme des Abnahme- und Vergütungssystems ausgeschlossen.
 7. Beide Beeinträchtigungen des freien Stromhandels erweisen sich im Hinblick auf vom Gemeinschaftsrecht anerkannte Ziele (Umweltschutz, Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen) als *hinreichend gerechtfertigt*. Das gilt auch, wenn man nicht bereits annimmt, dass von der EE-Richtlinie eine entsprechende Rechtfertigungswirkung ausgeht. Deutschland kann sich insofern sowohl auf die vom EuGH gebildete Rechtsfigur der „zwingenden Erfordernisse“ des Gemeinschaftsrechts stützen als auch auf Art. 30 EGV (Letzteres unter dem Aspekt des Gesundheitsschutzes).
 8. Das EEG hält schließlich auch der in Bezug auf Art. 28 EGV vorzunehmenden *Verhältnismäßigkeitsprüfung* stand. Die entscheidende Frage ist insofern, ob Deutschland auf eine gegenüber dem EEG *vergleichbar wirksame*, den Binnenmarkt jedoch *weniger stark beeinträchtigende* Alternative zurückgreifen könnte. Entsprechendes ist nicht ersichtlich:
 - Der Umstieg in ein *Quoten-/Zertifikatesystem* kommt unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit nicht in Betracht. Ein solches System würde erheblich veränderte Wirkungen entfalten. Die Erfahrungen zeigen, dass sich mit dem preisgestützten System des EEG deutlich größere Erfolge erzielen lassen.
 - Die *Öffnung* des EEG für im EU-Ausland produzierten EE-Strom genügt den anzulegenden Kriterien ebenfalls nicht. Abgesehen davon, dass durch sie die Funktions- und Steuerungsfähigkeit des Systems in Frage gestellt würde, ist zu bedenken, dass die Marktabschottungswirkung des Gesetzes noch verbreitert würde, weil der dann zusätzlich auf den deutschen Markt drängende, ebenfalls vorrangig zu übertragende EE-Strom den für den übrigen Strom verbleibenden Markt weiter verkleinerte.