

Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
MARTIN KMENT

*Schriften zum
Infrastrukturrecht*

Mohr Siebeck

Schriften zum Infrastrukturrecht

herausgegeben von

Wolfgang Durner und Martin Kment

20



Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht

Aktuelle Entwicklungslinien

Herausgegeben von
Martin Kment

Mohr Siebeck

Martin Kment ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht der Universität Augsburg und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Umweltrecht.

ISBN 978-3-16-157530-3 / eISBN 978-3-16-157531-0

DOI 10.1628/978-3-16-157531-0

ISSN 2195-5689 / eISSN 2569-4456 (Schriften zum Infrastrukturrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

In den letzten Jahren hat der EuGH durch seine Entscheidungen, die sich mit der Auslegung und Fortbildung des EU-Rechts befassen, spürbaren Einfluss auf das nationale Umwelt- und Infrastrukturrecht ausgeübt. In keiner anderen Regelungsmaterie wird das Prinzip des Mehrebenensystems so deutlich wie hier. Neuerungen und Fortentwicklungen im EU-Recht sowie eine veränderte Auslegung des EU-Rechts durch den EuGH schlagen sich unmittelbar im hierzu erlassenen nationalen Recht nieder. Dies gab den Anlass, am 23. November 2018 den Blick des 5. Deutschen Umwelt- und Infrastrukturrechtstags auf dieses Rechtsproblem zu richten und die Entwicklungen sowohl in abstrahierter Form als auch an ganz konkreten umwelt- und infrastrukturechtlichen Problemfeldern nachzuzeichnen.

Der vorliegende Tagungsband dient als Dokumentation der wissenschaftlichen Fachvorträge, die im Rahmen des vom Institut für Umweltrecht der Universität Augsburg veranstalteten Symposiums zum Generalthema „Der Einfluss des EuGH auf das Umwelt- und Infrastrukturrecht – Aktuelle Entwicklungslinien“ gehalten wurden.

Die Abfolge der aufgeführten Tagungsbeiträge folgt der Struktur der Veranstaltung. An ihrem Anfang steht mein Beitrag zu der Auslegung und Fortbildung des EU-Rechts durch den EuGH im Allgemeinen, in dem die Bedeutung des EuGH als Integrationsspiegel, aber auch die Kritik an dessen Vorgehensweise hervorgehoben wird. Anschließend behandelt *Prof. Dr. Kurt Faßbender*, Universität Leipzig, die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 WRRL, insbesondere unter Betrachtung der Urteile zur Weser und Gert Folk als (sehr spezifische) Ausgestaltung der Wasserrahmenrichtlinie, sowie die praktischen Probleme von Vorabentscheidungsverfahren. Als dritter Beitrag schließt sich eine Darstellung der Spannungen zwischen nationalen Energieförderungen und dem europäischen Beihilfenrecht von *Dr. Thomas Schmidt-Kötters*, Hengeler Mueller, an, wobei er besonders auf die Entwicklung des Beihilfenbegriffs näher eingeht. Anschließend stellt *Dr. Bettina Hoffmann*, Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, die Auswirkungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie auf Großprojekte anhand diverser Beispiele wie der Festen Fehmarnbeltquerung dar. *Prof. Dr. Alexander Schink*, Redeker Sellner Dahs, thematisiert die Gestaltungsspielräume bei der Nichteinhaltung der NO₂-Grenzwerte der Luftqualitätsrichtlinie, wobei er insbesondere auch den neuen § 40 Abs. 1a BImSchG als einen Lösungsansatz untersucht. Abschließend vergleicht *Prof. Dr. Karl Stöger*, Univer-

sität Graz, die rechtliche Situation vor und nach dem Urteil zu Protect in Österreich und Deutschland und gibt, mit Blick auf die Aarhus-Konvention, einen Ausblick auf die Entwicklung des Rechtsschutzes von Umweltverbänden.

Für die finanzielle Unterstützung der Tagung gilt besonderer Dank dem Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation (ACELR), den Rechtsanwaltskanzleien Arnecke Sibeth Dabelstein, Becker Büttner Held und Beiten Burkhard, wie auch der Gesellschaft der Freunde der Universität Augsburg, sowie den Verlagen Mohr Siebeck, lexxion und C.H.Beck. Für die freundliche Zurverfügungstellung der Tagungsräumlichkeiten danke ich zudem dem Bayerischen Landesamt für Umwelt sowie für die organisatorische Unterstützung den Mitarbeitern meines Lehrstuhls, insbesondere Frau *Dr. Jennifer Fechter* und Frau *Manuela Herrnböck*.

Augsburg, im April 2019

Martin Kment

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Martin Kment</i> Auslegung und Fortbildung des EU-Rechts durch den EuGH	1
<i>Kurt Faßbender</i> Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 4 WRRL – Segen oder Fluch?	25
<i>Thomas Schmidt-Kötters</i> Nationale Förderung erneuerbarer Energien und europäisches Beihilfenrecht	45
<i>Bettina Hoffmann</i> Vorgaben zum Verständnis des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL aus Luxemburg – Auswirkungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf Großprojekte	75
<i>Alexander Schink</i> Nichteinhaltung der Grenzwerte der Luftqualitätsrichtlinie – Welche Gestaltungsspielräume belässt das Unionsrecht?	121
<i>Karl Stöger</i> Rechtsschutz von Umweltverbänden unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung – Ein Blick aus Österreich nach Protect	151
Autorenverzeichnis	175
Sachregister	177

Auslegung und Fortbildung des EU-Rechts durch den EuGH

Martin Kment

I. Erfordernis der Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung in der EU

1. Unvollständiges EU-Recht

Die EU ist nicht nur eine politische Größe, sondern auch eine Rechtsgemeinschaft. Ihre tragenden rechtlichen Säulen – ihre „Wirbelsäule“ – sind die europäischen Gründungsverträge und hier an erster Stelle der Vertrag über die Europäische Union (EUV)¹ und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)². Dieses normative Gerippe war seit dem Moment seiner völkervertragsrechtlichen Ratifizierung auf eine dynamische Entwicklung angelegt. Selbst spätere Vertragsänderungen oder -ergänzungen durch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (etwa durch die Verträge von Maastricht,³ Amsterdam,⁴ Nizza⁵ und Lissabon⁶) erzeugten keine geschlossene Kodifikation.⁷ Das Unionsrecht gab zwar die Grundlinien der Rechtsbeziehung zwischen den Mitgliedsstaaten vor und nahm auch Bezug auf seine Organe, deren Rechte und Pflichten bzw. deren Kompetenzen. Überdies finden sich im Primärrecht Grundlagen zum Rechtsschutz, nicht nur zwischen den Mitgliedsstaaten, son-

¹ Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon v. 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306/01), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte v. 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112/21).

² Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung v. 09.05.2008 (ABl. Nr. C 115/47), zuletzt geändert durch Art. 2 Änderungsbeschluss 2012/419/EU v. 11.07.2012 (ABl. Nr. L 204/131).

³ Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht am 07.02.1992 (ABl. Nr. C 191/1).

⁴ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte v. 10.11.1997 (ABl. Nr. C 340/01).

⁵ Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte v. 10.03.2001 (ABl. Nr. C 80/01).

⁶ Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon v. 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306/01), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte v. 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112/21).

⁷ *Everling*, JZ 2000, 217 (220).

dern auch zugunsten von Bürgern der EU.⁸ Gleichwohl konnte das vorgegebene Unionsrecht nicht auf alle wesentlichen Rechtsfragen, die sich innerhalb der Gemeinschaft bzw. der Union stellten, eine Antwort bereithalten. Aus diesem Grund lag es am EuGH, die in den Gründungsverträgen angelegten Rechte und Pflichten der Akteure wie auch der von ihren Rechtsakten Betroffenen präzise herauszuarbeiten. Insofern tritt der EuGH schon früh als „europäisches Verfassungsgericht“ auf, um als Interpret der unionsrechtlichen Verträge den ange-troffenen Regelungsgrundstock anzufüttern.⁹ Infolgedessen wird der EuGH nicht selten als „Integrationsmotor“¹⁰ der höchsten europäischen Rechtsebene bezeichnet, obliegt es doch ihm, durch eine umsichtige Auslegung wie auch Fortbildung des vorgefundenen Unionsrechts die Mitgliedsstaaten der EU rechtlich aufeinander zuzuführen. Man könnte nun annehmen, dass es sich bei dieser Aufgabe des EuGH um einen Randaspekt seiner Tätigkeit handelt. Schließlich wird die EU nicht müde, durch fortwährend erlassene Sekundär-rechtsakte neue unionsrechtliche Rechtsquellen zu schaffen. Bisweilen findet sich sogar der Vorbehalt, dass die europäische Regelflut die nationalstaatliche Souveränität zu sehr einschränke.¹¹ Vielerorts fühlt man sich auch von der EU bevormundet.¹² Diese Kritik soll jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass viele Sekundärrechtsakte mitunter „Kompromisswerke“ sind, die den wahren Konflikt, der in ihrem Regelungsgegenstand ruht, überdecken. Deshalb ist der EuGH auch hinsichtlich des Sekundärrechts dazu aufgerufen, für Klarheit zu sorgen und dabei auf die Instrumente der Rechtsauslegung und der -fortbildung zurückzugreifen, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Allerdings sind Rechtsauslegung und -fortbildung durch den EuGH gleichwohl keine Allheils-

⁸ Siehe hierzu Art. 258 ff. AEUV.

⁹ *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand 2018, Art. 19 EUV Rn. 19; *Rinze*, Public Law, 1993, S. 426; *Everling*, in: Festschr. Redeker, 1993, S. 293 (294); *Kutscher*, EuR 1981, 392 (399): „Verfassungs- und Verwaltungsgericht“; *Schwarze*, in: Schwarze (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, S. 11; *Skouris*, Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht, in: Seminar Bettermann, 1989, S. 67 ff.; *Oppermann*, DVBl. 1994, 901 (902).

¹⁰ *Bayer/Schmidt*, KSzW 2014, 69 (76); *Höreth*, Die Selbstautorisierung des Agenten – Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court, 2007, S. 191; *Stein*, in: Jur. Fakultät Heidelberg (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung, 1986, S. 619. Kritisch hierzu *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2018, Art. 19 EUV Rn. 32.

¹¹ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2016, Art. 19 EUV Rn. 18. Siehe aus der Presse etwa *Osman/Rezmer*, Neue Regelflut – Was Mifid II für Anleger bedeutet, Handelsblatt v. 06.11.2017 (<https://www.handelsblatt.com/finanzen/anlagestrategie/trends/neue-regelflut-was-mifid-ii-fuer-anleger-bedeutet/20546266.html?ticket=ST-3516950-OCJXeTXv4uuREM4LpwTb-ap2>, abgerufen am 04.07.2019); *Fiebig*, Fleischereien: Ärger über EU-Richtlinie, Westfalenpost v. 29.12.2009 (<https://www.wp.de/staedte/warstein-und-umland/fleischereien-aerger-ueber-eu-richtlinie-id2315470.html>, abgerufen am 04.07.2019).

¹² *Fried*, Ein mysteriöses Angebot, Süddeutsche v. 19.05.2010 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/stoiber-und-die-eu-kommission-ein-mysterioeses-angebot-1.894145>, abgerufen am 04.07.2019).

bringer. Jede mit Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung verbundene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts geht zwangsläufig zu Lasten der Kompetenzen der Mitgliedsstaaten.¹³ Hierin liegt ein spürbares Konfliktpotenzial.

2. Kritische Stimmen: Prinzip der Einzelermächtigung

Die Auslegung des Europäischen Rechts wie auch die Rechtsfortbildung sind in der Vergangenheit nicht unkommentiert geblieben. Einige Autoren haben den EuGH offen kritisiert. So meldet sich etwa *Scholz* zu Wort und bemängelt ein Urteil des EuGH wie folgt:¹⁴

„Insoweit hat der EuGH eine richterrechtliche Regelungskompetenz im Bereich des Gemeinschaftsrechts ‚begründer‘, die in ihrer Qualität gegen das Prinzip der abgeleiteten und begrenzten Einzelermächtigung bzw. das Verbot der gemeinschaftsautonomen Begründung oder Erweiterung von Zuständigkeiten über den Rahmen des geltenden und ratifizierten primären Gemeinschaftsrechts hinaus verstößt. [...] Dies führt nach eigener Rechtsprechung des EuGH zur Nichtigkeit der eigenen Entscheidung.“

Die Schärfe, die in der Kritik liegt, dem EuGH unverholen die Nichtigkeit¹⁵ der eigenen Entscheidung vorzuwerfen und nicht lediglich auf rechtliche Mängel oder Unstimmigkeiten zu verweisen (sofern diese überhaupt bestehen), wird von anderen Autoren noch übertroffen. Durchaus noch stärkeren politischen und rechtlichen Sprengstoff haben etwa die Äußerungen von *Herzog* und *Gerken* in der FAZ vom 08.09.2008. Unter dem Titel „Stoppt den Europäischen Gerichtshof“ gehen sie hart mit dem EuGH ins Gericht. So stellen die beiden Autoren fest:

„Es kracht gewaltig im Gebälk der europäischen Rechtsprechung. Ursache ist der Europäische Gerichtshof, der mit immer erstaunlicheren Begründungen den Mitgliedsstaaten ureigene Kompetenzen entzieht und massiv in ihre Rechtsordnungen eingreift. Inzwischen hat er so einen Großteil des Vertrauens verspielt, das ihm einst entgeggebracht wurde.“

Die Autoren empören sich insbesondere darüber, dass der EuGH

„zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst und systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrunde legen kann.“

¹³ *Wieland*, NJW 2009, 1841 (1843); *Calliess*, NJW 2005, 929 (930); *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 2016, Art. 19 EUV Rn. 18 f.

¹⁴ *Scholz*, DÖV 1998, 261 (265 f.).

¹⁵ Siehe zur Qualifikation der Entscheidung EuGH, C-105/14, ABl. C 363 vom 03.11.2015, S. 11 als Ultra-Vires-Akt *Lochmann*, EuR 2019, 61 (79 ff.).

So würden „die Kompetenzen der Mitgliedsstaaten selbst in Kernbereichen nationaler Zuständigkeit ausgehöhlt.“ Selbst zurückhaltende Urteile des EuGH werden kritisch gesehen und als Ablenkungsmanöver eingestuft, denn sie werden „bisweilen bewusst eingestreut [...], um den wachsenden Unmut in den Mitgliedsstaaten vorübergehend zu dämpfen.“ Diese hitzige Debatte veranschaulicht, dass sich der EuGH bei der Anwendung der Regeln zur Rechtsauslegung und -fortbildung innerhalb der EU in einem Dilemma befindet. Auf der einen Seite ist er darauf angewiesen, verstärkt von diesen rechtlichen Instrumenten Gebrauch zu machen, um das ihm anvertraute Unionsrecht zur Gewährleistung seiner Funktionsfähigkeit weiter auszugestalten und auszuformen. Auf der anderen Seite wird er genau bei dieser Tätigkeit immer wieder in Frage gestellt, da er nicht wie viele höchste nationale Gerichte fest in der nationalen Rechtstradition verankert ist.¹⁶ Mehr als jedes andere Gericht in Deutschland bedürfte er also eines rechtlichen Rückgrats und eines kollektiven Zuspruchs, kann sich aber gerade dieser institutionellen Selbstverständlichkeit nicht sicher sein.

II. Grundlagen der Rechtsauslegung und Fortbildung des Rechts

1. Begriffsbildung und Abgrenzungsschwierigkeiten

Die weitere kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsauslegung und Fortbildung des Rechts durch den EuGH setzt voraus, sich der einzelnen Komponenten beider Rechtsfiguren zu vergewissern. Dies macht eine Begriffsbildung zu Beginn notwendig.

a) Auslegung

Die Auslegung nähert sich dem Rechtsverständnis typischerweise durch die Anwendung von tradierten Auslegungsmethoden. Hier unterscheidet die dogmatische Literatur, in Anlehnung an das von *Savigny* geprägte „Methodenquartett“, regelmäßig die grammatische, die systematische, die historisch/genetische und die teleologische Auslegung.¹⁷ Die Wortlautauslegung konzentriert sich auf die Terminologie der Rechtsregeln. Sie setzt also beim Sprachgebrauch des Gesetzes an und stellt dieses in einen Bezug zur Alltagssprache.¹⁸ Hinzu kommt bei Spezialregelungen für bestimmte Lebensbereiche auch der Fach-

¹⁶ *Everling*, JZ 2000, 217 (222).

¹⁷ *Schäfers*, JuS 2015, 875 (877f.); *Bleckmann*, JuS 2002, 942 (943f.); *Pache*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2018, Art. 19 EUV Rn. 16ff.; *Wenger*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, 2016, Art. 19 EUV Rn. 13ff.

¹⁸ *Kudlich*, in: Münch-StPO, 2015, Einl. Rn. 585.

sprachgebrauch der jeweiligen Gruppe.¹⁹ Diese Herangehensweise wird von der Idee getragen, dass der Gesetzgeber einen Begriff im Zweifel so verwandt wissen will, wie dieser allgemein oder in Fachkreisen der geregelten Materie verstanden wird oder wie der Gesetzgeber ihn selbst an anderer Stelle im Gesetz verwendet.²⁰

Gefolgt wird diese von der systematischen Auslegung, die sich näher mit dem Verhältnis der einzelnen Normen zueinander beschäftigt. Sie untersucht, in welchem Zusammenhang die auszulegende Norm oder der auszulegende Begriff mit anderen Normen eines bestimmten Gesetzes, eines im Gesetz ausgewiesenen Abschnitts oder Unterabschnitts steht. Auch kann die Paragraphenfolge eine Rolle spielen oder die Positionierung einer Normaussage als selbstständiger Absatz oder Satz.²¹ Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist die Annahme, dass die Rechtsordnung ein logisches, in sich stimmiges Ganzes und damit in sich widerspruchsfrei ist.²²

Hieran schließt sich die historische Auslegung an, die sich zum einen mit der Gesetzesgeschichte auseinandersetzt (historische Auslegung im engeren Sinne), also mit den Veränderungen des Normenbestands über die Jahre. Man sucht nach Veränderungen im Verhältnis zu Vorgängerregelungen oder betrachtet die Entwicklungen im Verhältnis zu früheren Rechtsgrundsätzen. Dabei wird unterstellt, dass sich der Gesetzgeber in der Regel an Vorgängerregelungen orientiert und bewusst eine Anlehnung oder eben Distanzierung zu den Vorgängervorschriften sucht.²³ Bei der genetischen Auslegung liegt der Schwerpunkt zum anderen bei der Untersuchung der Gesetzesmaterialien. So soll der ursprüngliche Wille des historischen Gesetzgebers in die Auslegung einfließen, wie er sich aus Protokollen, Gesetzesvorlagen und -begründungen herleiten lässt. Zielpunkt der genetischen Auslegung ist, ein Auslegungsergebnis zu vermeiden, das dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers widerspricht.²⁴

Abgeschlossen wird der Kanon der Auslegungsmethoden durch die teleologische Auslegung, die den Sinn und Zweck der einzelnen Vorschriften in den Vordergrund rückt.²⁵ Mit Hilfe der teleologischen Auslegung versucht man, den Zweck eines Gesetzes aufzuspüren und ihn in das Begriffsverständnis der Normen hineinzutragen.²⁶ Der Betrachter macht sich also auf die Suche nach den praktischen Motiven, die einer Norm zugrunde liegen.²⁷

¹⁹ Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 114.

²⁰ Larenz, Methodenlehre, 1995, S. 320, 345.

²¹ Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 2015, Rn. 76.

²² BVerfGE 80, 269 (279).

²³ Kudlich, in: Münch-StPO, 2015, Einl. Rn. 588.

²⁴ Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 2015, Rn. 76.

²⁵ Kramer, Juristische Methodenlehre, 2013, S. 152.

²⁶ Kudlich, in: Münch-StPO, 2015, Einl. Rn. 589.

²⁷ So schon Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 1983, VIII.

b) Rechtsfortbildung

Die Rechtsfortbildung will demgegenüber eine planwidrige Regelungslücke schließen, die gerade im Wege der Auslegung nicht zu bewältigen ist.²⁸ Im Vergleich zur Rechtsauslegung belastet die Rechtsfortbildung damit stärker das traditionelle Rollenverständnis zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung, da im Rahmen der Rechtsfortbildung das Gesetzesrecht zumindest partiell fortgeschrieben wird.

Erscheint die Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung mit Blick auf die klassischen Definitionen zunächst eindeutig, verschwimmt die klare Grenzziehung dann jedoch bei der näheren Betrachtung und praktischen Anwendung. Ursache hierfür ist, dass die Rechtsfortbildung die planwidrige Regelungslücke zum Ansatzpunkt ihrer Aktivierung nimmt, dieses Tatbestandsmerkmal aber zugleich auch bei den klassischen Auslegungsmethoden von Bedeutung ist. So wird etwa bei jedem durch Auslegung abgesicherten Analogieschluss bereits die Lücke des Rechts als auslösendes Moment herangezogen. Folge dieser Überschneidung ist ein fließender Übergang zwischen der Auslegung des Rechts und seiner Fortbildung, der keine klare Grenzziehung zwischen beiden Komponenten erlaubt.²⁹ Diese Problematik spitzt sich im unionsrechtlichen Kontext noch weiter zu. Das als „Recht im Werden“ konzipierte Unionsrecht ist verstärkt auf Weiterentwicklung (auch durch Gerichte) angelegt.³⁰ Deshalb finden sich im unionsrechtlichen Kontext verstärkt planwidrige Regelungslücken bzw. bewusst vom Gesetzgeber zurückgelassene Regelungsdefizite, wenn nicht gar Regelungsaufträge.³¹

2. Auslegung und Fortbildung im europäischen Kontext

Die EU ist ein Zusammenschluss vieler Mitgliedsstaaten. Diese Pluralität verlangt, dass auch die Rechtsprechung des EuGH aus dem Blickwinkel eines gesamteuropäischen Betrachters zu beurteilen und nicht mit rein nationalen Augen zu betrachten ist. Unternimmt man diesen gesamteuropäischen Betrachtungsversuch, darf man feststellen, dass sowohl Rechtsauslegung als auch Rechtsfortbildung in Europa eine lange Tradition besitzen.³² Ihre Wurzeln reichen weit zurück bis in die Antike.³³

²⁸ Sandler, DVBl 1988, 828 (831).

²⁹ Das BVerfG (BVerfGE 128, 193 [211]; BVerfGE 132, 99 Rn. 73) spricht zum Teil auch von „rechtsfortbildender Auslegung“ und lässt beide juristischen Methoden miteinander verschmelzen. Vgl. auch Everling, JZ 2000, 217 (218); Stein, Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift 600 Jahre Juristische Fakultät Heidelberg, 1986, S. 619 (627).

³⁰ Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, Stand 2018, Art. 19 EUV Rn. 19.

³¹ Calliess, NJW 2005, 929 (930); Borchardt, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/AEU/GRCh, 2012, Art. 19 EUV Rn. 40f.

³² BVerfGE 75, 223 (243f.).

³³ Everling, JZ 2000, 217 (218).

Wendet man sich nach Großbritannien, wird man für die Rechtsauslegung und die Rechtsfortbildung ein offenes Ohr finden. Schließlich liegt in der häufig am stärksten kritisierten Rechtsfortbildung die Wiege des Common Law: Die Orientierung an Präjudizien erlaubte im englischen Raum nämlich stets eine Rechtsfortbildung unter veränderten Realitätsbedingungen.³⁴ Vor diesem Hintergrund muss es umso mehr verwundern, dass sich das englische Recht mit seiner Common Law-Tradition bei der Auslegung der Rechtsregeln vergleichsweise strikt an den Auslegungsregeln des kontinental-europäischen Statute Law orientiert.³⁵ Bezieht nun der EuGH im Gegenzug das in der englischen Rechts-tradition verankerte Instrument der Präjudizien in seine Rechtsprechung ein, erntet er hierfür mitunter heftige Kritik,³⁶ obschon Großbritannien (zumindest noch) ein gleichberechtigter Partner der EU ist und sein Rechtssystem damit ein gleichwertiger Bezugspunkt europäischer Rechtsprechung sein darf.

Auch in Frankreich sind die Rechtsauslegung und die Rechtsfortbildung lebendig. Sie haben den Code Civil, der noch auf Napoleon zurückgeht, geformt und damit zugleich einen wichtigen Beitrag geleistet, dass der Code Civil überhaupt bis in die Gegenwart überdauert hat. Rechtsauslegung und -fortbildung haben also die erforderliche Transformationsleistung erbracht, um den Code Civil in die Gegenwart zu überführen.³⁷

In Deutschland wird die Auslegung des Rechts ebenfalls als vitales Instrument gepflegt und gehört zum juristischen Tagesgeschäft. Weniger häufig tritt richterliche Rechtsfortbildung in Erscheinung, wobei es sich hierbei nicht lediglich um eine Ausnahmerecheinung handelt. Teile des Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsrechts lassen sich durchaus auf Richterrecht zurückführen.³⁸ Verfassungsrechtlich ist dies unbedenklich; das BVerfG stellt weder die Auslegung des Rechts noch die Rechtsfortbildung grundsätzlich in Frage.³⁹ Allerdings hat das BVerfG der Rechtsfortbildung verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. In seiner Entscheidung vom 12.11.1997⁴⁰ stellt der 1. Senat Folgendes fest:

„Ebenso wie bei der Auslegung von Generalklauseln ist bei der Rechtsfortbildung in besonderem Maße auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Bedacht zu nehmen. Übersehen oder verkennen die Gerichte deren Ausstrahlungswirkung bei der Entscheidung eines konkreten Falls, so verletzen sie als Träger öffentlicher Gewalt die dadurch betroffene Prozesspartei in ihren Grundrechten.“

³⁴ *Lester*, Public Law 1993, 269 (288); *Häcker*, JuS 2014, 872 (873).

³⁵ *HP Bulmer Ltd & Anor v J. Bollinger SA & Ors* [1974] EWCA Civ 14.

³⁶ *Kluth*, AöR 122 (1997), 557 (566f.); vgl. auch *Everling*, JZ 2000, 217 (219).

³⁷ *Everling*, JZ 2000, 217 (219); *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 1994, S. 155 ff.

³⁸ *Dänzer-Vanotti*, RIW 1991, 733 (736).

³⁹ BVerfGE 128, 193 (211); BVerfGE 132, 99 Rn. 73; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 2018, Art. 20 Rn. 65 f.

⁴⁰ BVerfGE 96, 375 (398).

Hieran anknüpfend entwickelt das BVerfG eine

„Kontrollkompetenz, die allerdings auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkt ist. Sie betrifft nur Auslegungsfehler, die eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, erkennen lassen und auch in ihrer materiellen Tragweite von einigem Gewicht sind.“⁴¹

Grundsätzliche Bedenken gegen die Rechtsauslegung oder die Fortbildung des Rechts bestehen somit auch in Deutschland nicht;⁴² allerdings sind verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten.⁴³

Hierfür spricht letztlich auch, dass auch das BVerfG zur Rechtsauslegung und zur Rechtsfortbildung greift. Immer wieder wird es in gerichtlichen Verfahren dazu gezwungen, die recht abstrakt gehaltenen verfassungsrechtlichen Normen auszulegen, um ihnen Sinngehalte entnehmen zu können.⁴⁴ Bisweilen ist sogar eine Rechtsfortbildung nötig. Ein markantes Beispiel der Rechtsfortbildung ist etwa die „Entwicklung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁵ Mit Blick auf die Zunahme der Technologisierung und Digitalisierung der modernen Welt hat das Gericht aus der Zusammenschau zweier Grundrechtsgewährleistungen eines der zentralsten Grundrechte der Gegenwart entwickelt und damit zu einer dringend erforderlichen Fortentwicklung des deutschen Grundrechtsschutzes beigetragen.⁴⁶

III. Legitimation der Auslegung und Fortbildung des Rechts

1. Auftrag des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV

Nur auf die Rechtstradition in der Europäischen Union abzustellen, reicht für sich allein nicht aus, um den Problembereich zur Auslegung und Fortbildung des Rechts zu erschöpfen. Auch wäre der Rückgriff auf die Rechtstraditionen wohl keine hinreichende rechtliche Absicherung, um dem EuGH diese beiden Rechtsinstrumente in die Hand zu legen. Hierzu bedarf es vielmehr einer normativen Verankerung, die sich im europäischen Primärrecht in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV findet. Dort bestimmen die EU-Mitgliedsstaaten, dass der EuGH „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge [sichert]“.

⁴¹ BVerfGE 96, 375 (398 f.).

⁴² *Lochmann*, EuR 2019, 61 (75).

⁴³ BVerfGE 132, 99 Rn. 75.

⁴⁴ Siehe auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 2018, Art. 20 Rn. 60 ff.

⁴⁵ Vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und seiner Entstehung: *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Stand 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127; *Brandner*, JZ 1983, 689 (690); *Seifert*, NJW 1999, 1889 (1891); *Jarass*, NJW 1989, 857 (857).

⁴⁶ Besonders eingehend hierauf BVerfGE 54, 148 (153); BVerfGE 65, 1 (41).

Dieser Anordnung des EUV darf man entnehmen, dass der EuGH nicht allein auf den Vertragstext fixiert ist, um aus diesem Recht zu schöpfen.⁴⁷ Die Vorschrift muss vielmehr so verstanden werden, dass sie den EuGH ermächtigt, mit der offenen Ausgestaltung des Unionsrechts sachgerecht umzugehen. Hierzu gehört auch, die Auslegung und die Rechtsfortbildung als allgemein gültige Regeln des Rechts heranzuziehen, und sie bei der Bewältigung der Rechtsfragen anzuwenden.⁴⁸

Ein solches Verständnis des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV entspricht auch der Auffassung des BVerfG. So erkennt das BVerfG ausdrücklich eine entsprechende Befugnis des EuGH an: Es können

„keine Zweifel bestehen, daß die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gerichtshof ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offenstehen sollen, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind.“⁴⁹

Diese Grundhaltung wird selbst im kritischen Maastricht-Urteil⁵⁰ nicht aufgegeben.

Die bundesverfassungsgerichtliche Bestätigung der Kompetenz des EuGH zur Auslegung und Fortbildung des Rechts durch das BVerfG darf allerdings nicht als Freibrief verstanden werden. Ebenso wie es sicher scheint, dass der EuGH zur Rechtsauslegung und Fortbildung des Rechts greifen kann, steht auch fest, dass der EuGH keine Kompetenz besitzt, seine Rechtsprechung entgegen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 EUV auf neue Rechtsfelder auszudehnen oder politisch zu agieren.⁵¹ Anders gewendet: Es ist in den Vertragstexten nicht vorgesehen, durch einen Rückgriff auf die Gewährleistung des Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV die Befugnisse der EU durch eine extensive Rechtsprechung des EuGH auszuweiten. Art. 19 EUV ist keine Kompetenzerweiterungsnorm, sondern setzt eine bestehende Kompetenz voraus.⁵²

⁴⁷ *Calliess*, NJW 2005, 929 (930).

⁴⁸ *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh, 2012, Art. 19 EUV Rn. 40f.; *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2018, Art. 19 EUV Rn. 12f.

⁴⁹ BVerfGE 75, 223 (243f.). Diese Position wird bestätigt durch BVerfGE 123, 267 (351f.); BVerfGE 126, 286 (305).

⁵⁰ BVerfGE 89, 155 (189ff.).

⁵¹ *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2019, Art. 19 EUV Rn. 42f.; vgl. auch *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand 2018, Art. 19 EUV Rn. 69ff.

⁵² Dies ist eine rechtliche Grenze, die ansetzt, bevor man sich der ebenso berechtigten Frage stellt, wie das Verhältnis der Gewalten innerhalb der EU auszugestalten ist und welche Beziehung insbesondere zwischen dem EuGH und der (eigentlichen) Gesetzgebung besteht. Vgl. zu Letzterem etwa *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, 733 (734). Siehe zur Abgrenzung auch *Calliess*, NJW 2005, 929 (930).

2. Institutionelle Legitimation und sonstige Legitimationsansätze

Neben der ausdrücklichen Anordnung des Art. 19 EUV kann man die Befugnis zur Auslegung und Rechtsfortbildung auch aus der institutionellen Stellung des EuGH selbst herleiten.⁵³ Die Richter des EuGH werden zwar nicht demokratisch gewählt, sondern „lediglich“ von den Mitgliedsstaaten in gegenseitigem Einvernehmen ernannt.⁵⁴ Gleichwohl kann der EuGH als Institution dazu beitragen, die freiheitliche, rechtsstaatliche Ordnung abzusichern, um damit zugleich den demokratischen Mängeln, an denen die EU aufgrund der Konstruktion der Gründungsverträge leidet,⁵⁵ entgegenzuwirken. Bei dieser Ausfüllung der Rolle als Schutzpatron der freiheitlichen und rechtsstaatlichen Ordnung⁵⁶ kann es durchaus notwendig sein, zur Rechtsauslegung und zur Rechtsfortbildung zu greifen.

Andere stützen die Legitimation des EuGH noch auf weitere Faktoren. So wird zum einen darauf hingewiesen, dass die Entscheidungsfindung des Gerichts in einem determinierten Verfahren abläuft, wobei dieses Verfahren auf den Regeln der gemeinsamen Rechtsprechungstradition der Mitgliedsstaaten seine Grundlage findet. Es basiere auf Unparteilichkeit des Gerichts und dessen Unabhängigkeit.⁵⁷ Am wenigsten zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die besondere Überzeugungskraft, also die Qualität der Rechtsprechung des EuGH, die einen Beitrag zu seiner Legitimation leiste.⁵⁸ Die Argumentation mit der Qualität eines Urteils ist fragwürdig, da nicht fest-

⁵³ *Schwarze/Wunderlich*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2019, Art. 19 EUV Rn. 11; siehe auch *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 2016, Art. 13 EUV Rn. 2, 11.

⁵⁴ Vgl. im Einzelnen die Anforderungen des Art. 253 AEUV; siehe auch die Kritik von *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, Stand 2018, Art. 253 AEUV Rn. 8 ff.

⁵⁵ Zwar hat das BVerfG die demokratische Legitimation der EU anerkannt (BVerfG, Ur. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92 –; BVerfGE 89, 155 [182 ff.]; BVerfG, Ur. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a. –; BVerfGE 123, 267 [364]; vgl. dazu auch *Ruffert*, DVBl 2009, 1197 [1199 f.]; *Classen*, JZ 2009, 881 [882 f.]), dennoch vermag der rechtstechnische Herleitungsansatz nicht den Anbindungsverlust der Bürger zur Entscheidungsebene zu überdecken (*Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998, S. 246; *Stoll*, DVBl 2007, 1064 [1071]; *Peuker*, ZEuS 2008, 453 [467 f.]; *Pache*, VVDStRL 66 [2006], 106 [137 ff.]; *Wahl*, in: Appel/Hermes [Hrsg.], Mensch – Staat – Umwelt, 2008, S. 135 [S. 146 f.]; *Fisahn*, KritJ 2009, 104 [113 ff.]; sowie zuletzt *Haack*, Verlust der Staatlichkeit, 2008, S. 327 ff., mit staatstheoretischer Kritik an der Legitimationsbasis der Europäischen Union). Auch die Stärkung der sog. Mikroebene durch die Implementierung des Subsidiaritätsprinzips vermag nicht zu kaschieren, dass den Bürgern der EU die Identifikation mit dem Gemeinwesen Europa und den zuständigen Repräsentanten in Straßburg schwerfällt (*Leibfried*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2008, 79 [83]; optimistischer *Ziekow*, in: Pitschas/Kisa [Hrsg.], Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 187 [S. 191 f.]).

⁵⁶ *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEU, 2018, Art. 19 EUV Rn. 11; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/AEU/GRCh, 2012, Art. 19 EUV Rn. 5 ff.; *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, 2017, Art. 19 EUV Rn. 7 ff.

⁵⁷ *Everling*, JZ 2000, 218 (222) unter Verweis auf *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1956, S. 159 ff.; *de Toqueville*, Über die Demokratie in Amerika, 1959, S. 111 (112).

⁵⁸ *Everling*, JZ 2000, 218 (222).

Sachregister

- Aarhus-Konvention 35, 92, 151–174
 - *siehe auch* Präklusion
 - Aarhus-Beteiligungsgesetz 168–173
 - Ausführung 155
 - Säulen 152
 - Vertragsstaatenkonferenz 155
- Alternativlösungen 87–88
- Anwendungsvorrang 16–17, 46, 108, 161–162
- Ausgleichsregelung, besondere 48, 51–52, 62, 64, 71
- Ausschreibungspflicht 50

- Bandlastverbraucher 54, 65, 72
- Beihilfe 46–73
 - Anmeldepflicht 55
 - Durchführungsverbot 55
 - Rückforderung 55, 62
- Beihilfenbegriff 46–47, 54
 - Ausweitung 46
 - Gewährung aus staatlichen Mitteln 56–57, 66–67
 - non-aid 65–66
 - Staatlichkeit 56–59, 63, 66–67, 72
 - doppelter Zurechenbarkeitstest 56
- Bewirtschaftungsplan 27–29, 31–32, 41
- Bürgerinitiative 167

- Code Civil 7
- Common Implementation Strategy 38
- Common Law 7

- Dieselfahrverbot 132, 135, 137, 139, 142, 146–149
- Direktvermarktung 49–51, 53

- EEG-Umlage 45, 49–52, 61–66, 68–71
 - *siehe auch* Umlagesystem
 - Ausgleichsmechanismus 52, 62
 - Vermarktungskette 50

- Effektivitätsgrundsatz 83, 108–109
 - Äquivalenzgrundsatz 161
 - Effet utile 16, 18, 107–109
- Einbindung, kontextuelle 13
- Einfuhrkontingent 15
- Einspeisetarif 61
- Einzelermächtigung 3, 9, 18–19, 119
 - Kompetenzerweiterungsnorm 9
- Ergebnisverpflichtung 124–126, 149
- Erhaltungszustand 78, 89–91, 106, 109
- Erneuerbare Energien 39–40, 45–73
 - Fördermaßnahme 54, 73, 123

- Gesetzgebungsnotkompetenz 21
- Gestaltungsspielraum 45, 72, 125, 137, 142, 146–147
- Gewaltenteilung 19, 21, 112, 115
- Grenzwert 121–149, 165

- IG-Luft 169–170
- Infrastrukturprojekt 76–77, 117
 - *siehe auch* Kumulationsprüfung
 - *siehe auch* Monitoringpflicht
 - externe Effekte 77, 81
 - Managementplanung 91
 - Managing Natura 2000 82, 87–89, 107
 - Projektbegriff 97–98, 101–107, 111, 115
 - Summationsprüfung 81
- Integrationsprozess 11, 23
 - Integrationsmotor 2, 174
 - Integrationspiegel 16–18
 - Integrationsziel 18
- Interessentenklage 35–36

- Kohärenz 84, 86, 109, 111, 119
 - ~sicherung 84, 89
 - ~sicherungsmaßnahme 84, 89
 - ~maßnahme 84, 89, 90–91
- Kontrollkompetenz 8
- Kumulationsprüfung 81–84
 - Kumulationsanforderung 83, 90

- Lebensraumtyp 78, 86, 89–90
- Luftreinhalteplan 121–149
 - *siehe auch* Prognoseentscheidung
 - Handlungsoption 128
 - Planungspflicht 125
- Marktprämienmodell 49–50, 52
- Maßnahmenprogramm 27, 32
- Mehrphasenlösung 132
- Monitoringbericht 47
- Monitoringpflicht 90–91
- Nichtregierungsorganisation 152
 - *siehe auch* Umweltverband
- Öffentlichkeitsbeteiligung 80, 152–154, 162
- Output 11, 32
- Phasing-out-Gebot 26
- Pluralität 6, 11, 13
- Präklusion 92, 154, 163–164, 166–169
 - Teil- 163
- Primärrecht 1, 8, 13, 22, 102–109, 161
 - *siehe auch* Sekundärrecht
 - primärrechtskonforme Interpretation 161
- Prognoseentscheidung 129–130
 - Freiwilligkeit 130
- Prüfpflicht 100
- Rechtsauslegung 1–23
 - Legitimation 8–11
- Rechtsfortbildung 1–23, 115, 161
 - Begründung 4
 - Legitimation 8–11
- Rechtsprechung 3, 6–12, 14–18
 - *siehe auch* Integrationsprozess
 - *siehe auch* Rechtsauslegung
 - *siehe auch* Rechtsfortbildung
 - Einzelermächtigung 3, 9, 18–19, 23, 119
 - Gewaltenteilung 19, 21, 115
 - Methodenquartett 4
 - Rechtsfrieden 23
- Rechtsvergleich 13
- Vergangenheitsbewältigung 20
- Sekundärrecht 2, 103, 154
- Soft law 41
- Souveränität 2, 18–19, 23
- Statute Law 7
- Summationseffekt 32
- Umlagesystem 45, 58, 66, 70–72
 - Fördersystem 65, 70, 72
- Umwelt 38, 53, 76, 153
 - ~option 39–40
 - ~schaden 30, 88
 - ~schutzklage 159
 - ~verband 152–153, 156–160
 - ~ziel 26, 28, 32, 38, 41–42
- Verbandsklage 92, 153
- Verbesserungsgebot 26, 28, 32, 41
 - Zielerreichungsgebot 32
- Verkehrsverbot 120, 130–143, 146
 - *siehe auch* Dieselfahrverbot
 - *siehe auch* Mehrphasenlösung
 - Minimierungsgebot 128, 135, 137
 - Streckenbezogen 133, 136–137, 142
 - ultima ratio 132
 - Verlagerungseffekt 135–137
 - Zonal 133–134, 136–137, 140
- Verschlechterungsverbot 26, 27–28, 33, 93, 155, 170
 - Status-quo-Theorie 33
 - Stufen-Theorie 33
 - Zustandsklassentheorie 33
- Vertrauensschutz 111, 113, 134, 145
- Vorabentscheidungsverfahren 25, 41
 - Vorlagefrage 41
- Vorsorgegrundsatz 83, 85
 - Vorsorgeprinzip 78
 - Vorsorgewert 143
- Wasserdirektoren 38
- Wesentlichkeitstheorie 21–22
- Wirkungsbezug 98, 102