

Lucyne Ghazarian und Christian Koenig\*

## Anrechenbarkeit tierfetthaltiger Fette und Öle auf die THG-Quote und die Pflicht zur Anerkennung der Massenbilanzierung nach der EE-RL<sup>1</sup>

Nach § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG können Biokraftstoffe, die vollständig oder teilweise aus tierischen Ölen oder Fetten hergestellt wurden, nicht oder anteilig nicht auf die THG-Quote angerechnet werden. Zudem werden nach § 3 Nummer 9 BiomasseV i.V.m. § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG Energieerzeugnisse, die aus tierischem Material der Kategorien 1, 2 oder 3 hergestellt wurden, bis auf wenige Ausnahmen schon definitionsgemäß nicht oder anteilig nicht als Biokraftstoff anerkannt. In der Folge lehnen deutsche Behörden und Zertifizierungssysteme bislang die Anwendbarkeit von Massenbilanzsystemen im Falle der Vermischung mit anderer Biomasse ab. Der Ausschluss der Anrechenbarkeit nach § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG, die Verengung des Biomassebegriffs nach § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG i.V.m. §§ 2 und 3 der BiomasseV und die Ablehnung der Massenbilanzierung verstoßen allerdings gegen die RL 2009/28<sup>2</sup> (im Folgenden „EE-RL“) und sind somit unionsrechtswidrig.

In Abschnitt I wird zunächst die unionsrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Anrechenbarkeit der auf tierische Fette und Öle zurückgehenden Anteile auf die Quote des § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 4 untersucht, um anschließend in Abschnitt II die mitgliedstaatliche Pflicht der Anerkennung von Massenbilanzierungssystemen für die Zuordnung nicht quotenerfüllender Anteile zu erläutern.

### I. Ausschluss der Anrechenbarkeit nach § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG

Dem Wortlaut des § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG in der am 1.1.2015 in Kraft getretenen Gesetzesfassung<sup>3</sup> lässt sich ausdrücklich entnehmen, dass Biokraftstoffe, die vollständig oder teilweise aus tierischen Ölen oder Fetten hergestellt werden oder entstanden sind, nicht oder anteilig nicht auf die Quotenverpflichtung des § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 4 angerechnet werden können.<sup>4</sup>

Gemäß § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG sind aufgrund der dynamischen Verweisung auf die Biomasseverordnung bestimmte Energieerzeugnisse nicht nur von der Anrechenbarkeit ausgeschlossen, sondern fallen schon nicht unter die Biokraftstoffdefinition. Energieerzeugnisse werden vollständig oder anteilig nicht als Biokraftstoff angesehen, soweit das für die Erzeugung verwendete tierische Material *per definitionem* keine nach der Biomasseverordnung anerkannte Biomasse darstellt:

*„Biokraftstoffe sind unbeschadet der Absätze 2 bis 6 Energieerzeugnisse ausschließlich aus Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung vom 21. Juni 2001 (BGBl. I S. 1234), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung. Energieerzeugnisse, die anteilig aus Biomasse hergestellt werden, gelten in Höhe dieses Anteils als Biokraftstoff.“*

Damit werden nach § 3 Nummer 9 BiomasseV i.V.m. § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG Energieerzeugnisse, die vollständig oder teilweise aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt wurden oder entstanden sind, die als Material der Kategorien 1, 2 oder 3 zu qualifizieren sind – unbeschadet der in § 3 Nummer 9 BiomasseV formulierten Rückausnahmen – schon *per definitionem* nicht oder anteilig nicht als Biokraftstoff anerkannt.

Energieerzeugnisse wiederum, die teilweise oder vollständig aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt wurden oder entstanden sind, die kein seuchenhygienisch relevantes Material darstellen, werden zwar als Biokraftstoff qualifiziert, aber vollständig oder anteilig nicht auf die Verpflichtung des § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 4 angerechnet.

Zusammenfassend resultiert der Ausschluss der Anrechenbarkeit eines Energieerzeugnisses, das aus tierischen

\* Lucyne Ghazarian ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

1 Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten.

2 Erwägungsgrund 76 der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140 vom 5.6.2009, S. 16.

3 § 37b neu gef. mWV 1. 1. 2015 durch Gesetz v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1740).

4 Siehe zu dem weitestgehend wortgleichen § 37b S. 13 alte Fassung: Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 75. Ergänzungslieferung 2015, BImSchG § 37b Begriffsbestimmungen und Anrechenbarkeit von Biokraftstoffen, Rn. 1–2.

Fetten oder Ölen hergestellt wurde oder entstanden ist, mit hin entweder daraus, dass das Energieerzeugnis schon definitionsgemäß vollständig oder anteilig keinen Biokraftstoff darstellt oder der § 37b Absatz 8 BImSchG die Anrechenbarkeit ausdrücklich ausschließt.

### 1. Vereinbarkeit des Ausschlusses der Anrechenbarkeit und der Verengung des Biomassebegriffs mit der EE-RL

Die anteilige Verwendung tierischer Fette und Öle beeinflusst hingegen nach der Richtlinie die Eigenschaft der Masse als Biomasse und des daraus erzeugten Kraftstoffes als Biokraftstoff nicht, sondern führt nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EE-RL bei unterschiedlicher Nachhaltigkeit zu dem Erfordernis, ein Massenbilanzsystem anzuwenden, welches die Zuordnung der Materialien ermöglicht.

Artikel 2 Buchstabe e der EE-RL fasst tierische Öle und Fette unter den für die gesamte Richtlinie geltenden Begriff der Biomasse:

„Biomasse‘ den biologisch abbaubaren Teil von Erzeugnissen, Abfällen und Reststoffen der Landwirtschaft mit biologischem Ursprung (einschließlich pflanzlicher und tierischer Stoffe), der Forstwirtschaft und damit verbundener Wirtschaftszweige einschließlich der Fischerei und der Aquakultur sowie den biologisch abbaubaren Teil von Abfällen aus Industrie und Haushalten“

Gemäß Artikel 2 Buchstabe i sind Biokraftstoffe, die in ihrer Definition an dem Begriff der Biomasse anknüpfen, folgendermaßen definiert:

„Biokraftstoffe‘ flüssige oder gasförmige Kraftstoffe für den Verkehr, die aus Biomasse hergestellt werden“

Die EE-RL geht ausweislich dieser Passagen davon aus, dass tierische Fette und Öle für die Herstellung von Biokraftstoffen verwendet werden dürfen und Biomasse darstellen.<sup>5</sup>

Eine Ausnahme, wie die des § 37b Absatzes 1 Satz 1 BImSchG i.V.m. §§ 2 und 3 der BiomasseV für Energieerzeugnisse, die aus Material der Kategorien 1, 2 und 3 hergestellt wurden oder entstanden sind, lässt sich der Richtlinie nicht entnehmen.<sup>6</sup>

#### a. Praktische Wirksamkeit der Artikel 17 und 18 EE-RL

Die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie darf durch einen (regulatorisch restriktiven) mitgliedstaatlichen Biomassebegriff oder einen Ausschluss der Anrechenbarkeit nicht konterkariert werden. Die rechtstechnische Ausgestaltung durch den Mitgliedstaat, vorliegend ein Herausfallen aus der Förderregelung aufgrund eines engeren Biomassebegriffs oder durch direkte Anordnung der Nichtanrechenbarkeit wie in § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG, ist dabei im Hinblick auf den mitgliedstaatlichen

Umsetzungsspielraum allerdings nicht der primäre Anknüpfungspunkt der unionsrechtlichen Prüfung. Harmonisierungsrichtlinien ordnen grundsätzlich nicht eine bestimmte formell-rechtliche Ausgestaltung an, vielmehr wird der Mitgliedstaat zu der praktisch wirksamen Umsetzung des Richtlinienzieles verpflichtet.<sup>7</sup> Er wird also angehalten, die rechtstechnische Ausgestaltung des nationalen Umsetzungsaktes im Rahmen des mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraums an einer effizienten Erreichung des Richtlinienzieles – dem *effet utile* – auszurichten.<sup>8</sup> Die rechtstechnische Ausgestaltung des nationalen Umsetzungsaktes hat dabei die regulatorischen sowie die gesetzestechnischen Spezifika des jeweiligen nationalen Regelungskomplexes (hier des BImSchG sowie der BiomasseV) zur bestmöglichen Umsetzung des Richtlinienzieles einzusetzen. Primärer Anknüpfungspunkt der unionsrechtlichen Prüfung ist vorliegend also die effiziente Erreichung der Nachhaltigkeitsziele und -kriterien für Biokraftstoffe (Artikel 1 der EE-RL). Der Mitgliedstaat ist damit verpflichtet, die Nachhaltigkeitskriterien der EE-RL entsprechend den Vorgaben der Richtlinie *praktisch wirksam* umzusetzen.<sup>9</sup>

#### b. Verkürzung des Anwendungsbereichs der Artikel 17 und 18 EE-RL

Der Anwendungsbereich der Artikel 17 und 18 EE-RL wird über die Biokraftstoffdefinition eröffnet und durch mitgliedstaatliche (restriktive) Definitionsmaßnahmen verkürzt. Durch eine Verengung des Biomassebegriffs wird in der Folge auch eine Verengung des Anwendungsbereichs der Nachhaltigkeitsziele und -kriterien der Richtlinie her-

5 Ebenso werden tierische Öle in Anhang III bezüglich des Energiegehalts von Kraftstoffen aufgeführt.

6 Die Eigenschaft als Material, das in der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 als Material der Kategorie 3 eingestuft wird, wird im Anhang der EE-RL im Rahmen der typischen Werte und Standardwerte für Biokraftstoffe bei der Herstellung ohne Netto-CO<sub>2</sub>-Emissionen infolge der Landnutzungsänderungen und der disaggregierten Standardwerten für Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe berücksichtigt.

7 EuGH, Urteil vom 9.3.2004 – C-397-403/01 – Pfeiffer u.a., Rn. 114; Urteil vom 15.5.2003 – C-160/01 – Mau, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 18.12.1997 – C-129/96 – InterEnvironnement Wallonie, Rn. 45; vgl. auch Ehrlicke, Vermerke der Kommission zur Umsetzung von Richtlinien, EuZW 2004, S. 359 (362).

8 EuGH, Urteil vom 16.7.1956 – C-8/55 – Fédération Charbonnière de Belgique; EuGH, Urteil vom 15.7.1963 – C-34/62 – Deutschland gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; EuGH, Urteil vom 25.6.1981 – C-246/80 – Broekmeulen; EuGH, Urteil vom 17.9.1970 – 9/70 – Grad; EuGH, Urteil vom 13.11.1974 – 41/74 – Van Duyn; Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 55. Ergänzungslieferung 2015, Rn. 57–58.

9 EuGH, Urteil vom 09.03.2004 – C-397-403/01 – Pfeiffer u.a., Rn. 114; Urteil vom 15.5.2003 – C-160/01 – Mau, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 18.12.1997 – C-129/96 – InterEnvironnement Wallonie, Rn. 45; vgl. auch Ehrlicke, Vermerke der Kommission zur Umsetzung von Richtlinien, EuZW 2004, S. 359 (362).

beigeführt, da der in Bezug genommene Regelungsgegenstand der Nachhaltigkeit – nämlich für die von der Regelung ausgenommene Biomasse – regulatorisch verkürzt wird. Eine Harmonisierung der Nachhaltigkeitsziele und -kriterien durch die Richtlinie kann nur dann praktisch wirksam werden, wenn die Richtlinienvorgaben im mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt auf den *identischen* Regelungsgegenstand (Biokraftstoffe aus Biomasse) Anwendung finden.

Die EE-RL geht in Artikel 19 bezüglich der „*Berechnung des Beitrags von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen zum Treibhauseffekt*“ davon aus, dass diese für die Biokraftstoffherstellung verwandt werden:

*„(7) Anhang V kann, unter anderem durch Hinzufügung von Werten für weitere Biokraftstoff-Herstellungswegen für die gleichen oder andere Rohstoffe und durch Änderung der Methodik nach Teil C, an den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt angepasst werden. Diese Maßnahmen zur Änderung nicht wesentlicher Bestimmungen dieser Richtlinie auch durch Ergänzung werden nach dem in Artikel 25 Absatz 4 genannten Regelungsverfahren mit Kontrolle erlassen.*

*Hinsichtlich der Standardwerte und der Methodologie nach Anhang V ist insbesondere Folgendes zu beachten:[...]*

*Die Standardwerte für Biodiesel aus pflanzlichem oder tierischem Abfallöl werden so bald wie möglich überprüft.“*

Artikel 2 Buchstabe e der EE-RL fasst tierische Öle und Fette unter den für die gesamte Richtlinie geltenden Begriff der Biomasse. Gemäß Artikel 2 Buchstabe i knüpfen wiederum Biokraftstoffe in ihrer Definition an den Begriff der Biomasse an.

Ausweislich dieser Passagen dürfen nach der EE-RL tierische Fette und Öle für die Herstellung von flüssigen Biobrennstoffen und Biokraftstoffen verwendet werden. Ebenso werden tierische Öle in Anhang III bezüglich des Energiegehalts von Kraftstoffen aufgeführt.

Schließlich ergibt auch eine Auslegung der Richtlinie im Rahmen der Erwägungsgründe eine Zulässigkeit der Verwendung tierischer Öle und Fette für die Biokraftstoffherstellung. So heißt es in Erwägungsgrund 12 der Richtlinie:

*„(12) Die Nutzung landwirtschaftlicher Materialien wie Dung, Gülle sowie anderer tierischer und organischer Abfälle zur Erzeugung von Biogas bietet aufgrund des hohen Einsparpotentials bei Treibhausgasemissionen signifikante Umweltvorteile sowohl bei der Wärme- und Elektrizitätserzeugung als auch bei der Verwendung als Biokraftstoff. Biogasanlagen können aufgrund des dezentralen Charakters und der regionalen Investitionsstruktur einen maßgeblichen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung im ländlichen Raum leisten und Landwirten neue Einkommensperspektiven eröffnen.“*

*tätserzeugung als auch bei der Verwendung als Biokraftstoff. Biogasanlagen können aufgrund des dezentralen Charakters und der regionalen Investitionsstruktur einen maßgeblichen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung im ländlichen Raum leisten und Landwirten neue Einkommensperspektiven eröffnen.“*

### c. Vollharmonisierung der Nachhaltigkeitsziele

Der mitgliedstaatliche Umsetzungsspielraum wird bei der Auswahl der rechtstechnischen (tatbestandlichen) Regelungsmerkmale und -kriterien regulatorisch noch weitergehend eingeschränkt, da die EE-RL eine Vollharmonisierung zur Erreichung der Nachhaltigkeitsziele für Biokraftstoffe kodifiziert.<sup>10</sup>

Auf eine Vollharmonisierung<sup>11</sup> deutet zunächst Erwägungsgrund 94 der Richtlinie, der einen abschließenden unionsweiten Harmonisierungsweg insbesondere der Nachhaltigkeitskriterien im Sinne des Artikels 114 (ex. 95 EGV) dokumentiert:

*„Da die in den Artikeln 17 bis 19 vorgesehenen Maßnahmen durch die Harmonisierung der Nachhaltigkeitsbedingungen, die Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe für die Zielerreichung gemäß dieser Richtlinie erfüllen müssen, sich auch auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken und so im Einklang mit Artikel 17 Absatz 8 den Handel mit Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen, die diese Bedingungen erfüllen, zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, stützen sich diese Maßnahmen auf Artikel 95 des Vertrags.“*

Der letzte Satz des Artikels 1 der EE-RL, der den Gegenstand und Anwendungsbereich der Richtlinie determiniert, lautet wie folgt:

*„Ferner werden Kriterien für die Nachhaltigkeit von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen vorgeschrieben.“*

Deutlich wird das Ziel einer Vollharmonisierung der Nachhaltigkeitskriterien schließlich durch den Artikel 17 Absatz 8 der EE-RL. Dieser verbietet ausdrücklich, dass unilaterale mitgliedstaatliche Nachhaltigkeitserwägungen eine Förderung von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen ausschließen:

*„(8) Für die Zwecke des Absatzes 1 Buchstaben a, b und c dürfen die Mitgliedstaaten Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe, die in Übereinstimmung mit diesem Artikel gewonnen werden, nicht aus sonstigen Nachhaltigkeitsgründen außer Acht lassen.“<sup>12</sup>*

Die Richtlinie schreibt also zwingende Nachhaltigkeitskriterien für Biokraftstoffe ohne jegliche mitgliedstaatliche Abweichungsmöglichkeiten vor. Dies bedeutet, dass eine mitgliedstaatliche Berufung auf außerhalb – der Nachhaltigkeitsziele – der EE-RL stehende Einschränkungs- bzw. Be-

10 So wohl auch Müller, Die Umsetzung der europäischen Nachhaltigkeitsstandards für die Nutzung von Bioenergie in Deutschland, ZUR 2011, S. 405 (406 ff).

11 Ebd.

12 Art. 17 Abs. 8 EE-RL, Hervorh. durch Verfasser.

schränkungsgründe ausgeschlossen ist, wie auch Artikel 17 Absatz 8 EE-RL ausdrücklich festhält.

d. „Außerachtlassung“ der Nachhaltigkeitskriterien im Widerspruch zu Artikel 17 Absatz 8 EE-RL

Konkret wird im BImSchG vor allem entgegen Artikel 17 Absatz 8 der EE-RL die Förderung von Biokraftstoffen aus sonstigen Nachhaltigkeitsgründen außer Acht gelassen.

Artikel 17 Satz 2 EE-RL sieht vor, dass die Nachhaltigkeitskriterien für Biokraftstoffe aus Abfällen und Reststoffen geringere Nachhaltigkeitskriterien erfüllen müssen:

*„Aus Abfällen und Reststoffen mit Ausnahme von land- und forstwirtschaftlichen Reststoffen und Reststoffen aus der Aquakultur und Fischerei hergestellte Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe müssen jedoch lediglich die in Absatz 2 dieses Artikels festgelegten Nachhaltigkeitskriterien erfüllen, um für die in den Buchstaben a, b und c genannten Zwecke berücksichtigt zu werden.“*

Erhalten nun Biokraftstoffe, die aus tierischen Abfällen und Reststoffen hergestellt wurden, keine Förderung, dann wird praktisch das Gegenteil von dieser die Nachhaltigkeitsanforderungen herabsetzenden Richtlinienvorgabe erreicht.

Nach Artikel 17 der EE-RL steht es dem Mitgliedstaat zwar frei, ob er Biokraftstoffe fördert. Entschließt sich der Mitgliedstaat aber zu einer Förderung, so schränkt sich sein Gestaltungsspielraum ein. Gemäß Artikel 3 Absatz 2 der EE-RL obliegt es dem Mitgliedstaat, effektive Förderregelungen zu schaffen, um die Ziele des Artikels 3 Absatzes 1 zu erreichen. Dem Mitgliedstaat bleibt es dann lediglich überlassen zu entscheiden, wie – also durch welches Förderinstrument – die Förderziele erreicht werden sollen. Der Mitgliedstaat darf dann den Förderungsgegenstand aber nicht mehr verkürzen.

Verengt der Mitgliedstaat nun den Biomassebegriff, wie Deutschland durch § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG, der auf den engeren Biomassebegriff der Biomasseverordnung (keine tierischen Fette und Öle, die Material der Kategorien 1, 2 und 3 darstellen) verweist, und werden gemäß § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG Biokraftstoffe, die aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt werden oder entstanden sind, aus der Anrechenbarkeit herausgenommen, so wird der harmonisierte Förderregelungsgegenstand der EE-RL und damit der Anwendungsbereich der Richtlinienvorgaben schon tatbestandlich verkürzt. Dann kann auch der Rechtsangleichungserfolg bezüglich der Nachhaltigkeitsziele der Richtlinie für die von der deutschen Regelung ausgenommene Biomasse auf der Rechtsfolgenseite nicht mehr erreicht werden. Zwar setzen die deutschen Umsetzungsnormen formell-rechtlich nicht am Nachhaltigkeitskriterium der Richtlinie an, materiell-rechtlich wird aber aufgrund deutscher Nachhaltigkeitsabwägungen die Förderung dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterliegender Biokraftstoffe ausgeschlossen.

Im Ergebnis verkürzt die Bundesrepublik Deutschland durch den Ausschluss der Anrechenbarkeit gemäß § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG und den Biomassebegriff des § 37b Absatz 1 Satz 1 BImSchG i.V.m. §§ 2 und 3 der BiomasseV den Anwendungsbereich der harmonisierenden Richtlinienvorgaben. Mithin ist der Ausschluss der Anrechenbarkeit nach § 37b von Biokraftstoffen, die aus tierischen Fetten und Ölen hergestellt wurden oder entstanden sind, nicht richtlinienkonform.

## II. Verweigerung der Anwendung von Massenbilanzsystemen zur Zuordnung nicht quotenerfüllender Biomasseanteile

Der Frage der Anrechenbarkeit von Biomasseanteilen aus tierischen Fetten und Ölen ist die Frage eines zulässigen Systems zur Nachvollziehbarkeit nicht anrechenbarer Masseanteile und deren Zuordnung gegenüber anrechenbaren Biomasseanteilen nachgelagert, insbesondere wie sichergestellt werden kann, dass sich das nicht anrechenbare Material im Rahmen der Erteilung der Nachhaltigkeitsnachweise nicht quotenerfüllend auswirkt.

### 1. Erfordernis der Anrechenbarkeit nach § 37b BImSchG

Den Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a der EE-RL umsetzende § 16 Absatz 1 Biokraft-NachV ordnet die Verwendung von Massenbilanzsystemen an.<sup>13</sup> Demnach ist die Herkunft der für die Herstellung eines Energieerzeugnisses verwandten Biomasse mittels eines Massenbilanzsystems nachzuweisen:

*„1) Um die Herkunft der Biomasse lückenlos für die Herstellung nachzuweisen, müssen Massenbilanzsysteme verwendet werden, die mindestens die Anforderungen nach Absatz 2 erfüllen.“*

§ 16 Absatz 2 Nummer 1 Biokraft-NachV sieht wiederum Mindeststandards vor, die ein Massenbilanzsystem bei der Erfassung anrechenbarer Biomasse im Falle der Vermischung mit anderer Biomasse, die nicht die Anforderungen dieser Verordnung erfüllt, aufweisen muss.

Die Nachhaltigkeitsanforderungen der Verordnung ergeben sich dabei aus den Vorschriften des Teils 2 der Biokraft-NachV. In diesem Abschnitt werden in Umsetzung der Artikel 17 und 18 der EE-RL die Anforderungen an anrechenbare Biokraftstoffe spezifiziert.

13 Siehe die 1. aml. Anm. der Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung zu dem Umfang der Richtlinien, deren Umsetzung die Verordnung dient.



Damit hat der deutsche Gesetzgeber in § 16 Biokraft-NachV<sup>14</sup> geregelt, mit welchem System Biomasseanteile mit unterschiedlichen Nachhaltigkeitseigenschaften nachvollzogen werden können und deren Zuordnung gegenüber anrechenbaren Biomasseanteilen gewährleistet werden kann. Der Fall der Vermischung von Biomassen ist – wie auch die Entstehungsgeschichte des § 37b BImSchG belegt<sup>15</sup> – mithin vom deutschen Gesetzgeber erkannt und explizit durch § 16 Biokraft-NachV geregelt worden. Im Sinne des Erwägungsgrundes 76 der RL 2009/28<sup>16</sup> soll die in § 16 Biokraft-NachV angeordnete Massenbilanzierung „die Integrität des Systems wahren und gleichzeitig vermeiden, dass der Industrie ein unvertretbarer Aufwand abverlangt wird“.<sup>17</sup>

Aus § 16 Biokraft-NachV lässt sich aber auch schließen, dass der Gesetzgeber von der Anwendung des Massenbilanzsystems im Falle der Vermischung mit nicht verordnungsgerechter Biomasse ausgeht:

„(2) Massenbilanzsysteme müssen sicherstellen, dass  
1. im Fall einer Vermischung der Biomasse mit anderer Biomasse, die nicht die Anforderungen dieser Verordnung erfüllt [...]“

Die Massenbilanzierung wird also für die Zuordnung von Biomasseteilen aus tierischen Fetten und Ölen gegenüber jenen, die aus anerkannter Biomasse hergestellt wurden, angeordnet. Damit sind auf den ersten Blick zumindest alle Biomassen erfasst, die aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt wurden oder entstanden sind, sofern sie nach den §§ 2 und 3 BiomasseV als Biomasse anerkannt werden.

## 2. Keine Massenbilanzierung nicht anrechenbarer Biokraftstoffe

Tierische Fette und Öle wiederum, die kein Material der Kategorien 1 bis 3 darstellen, könnten vom Anwendungsbe-

reich des § 16 Biokraft-NachV erfasst sein, da sie Biomasse darstellen können. § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG konkretisiert nicht den Biomassebegriff, sondern schließt lediglich die Anrechenbarkeit dieser Biomasseanteile auf die THG-Quote aus.<sup>18</sup>

Der § 16 Biokraft-NachV ordnet mithin die Massenbilanzierung im Rahmen des Zertifizierungsverfahrens an, welches für anrechenbare Biokraftstoffe entlang der Wertschöpfungskette angewandt wird. Mithin wird das Massenbilanzsystem nach deutschem Recht nur für solche Biomassen angeordnet, die zusätzlich gemäß § 37b BImSchG anrechenbar sind. Biokraftstoffe, die anteilig aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt wurden, stellen wie bereits dargestellt gemäß § 37b BImSchG aber keine anrechenbaren Biokraftstoffe dar. Die Biokraft-NachV verweist in Bezug auf den Biomassebegriff in § 2 Absatz 1 auf den Biomassebegriff der BiomasseV:

„(1) Biokraftstoffe im Sinne dieser Verordnung sind flüssige oder gasförmige Kraftstoffe für den Verkehr, die aus Biomasse hergestellt werden. Biomasse im Sinne dieser Verordnung ist Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung vom 21. Juni 2001 (BGBl. I S. 1234), die durch die Verordnung vom 9. August 2005 (BGBl. I S. 2419) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung.“

Nach § 3 Nummer 9 der BiomasseV<sup>19</sup> werden folgende Materialien nicht als Biomasse anerkannt:<sup>20</sup>

„§ 3 Nicht als Biomasse anerkannte Stoffe  
Nicht als Biomasse im Sinne dieser Verordnung gelten:[...]  
9. tierische Nebenprodukte im Sinne von Artikel 3 Nummer 1 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 mit Hygienevorschriften für nicht für den menschlichen Verzehr bestimmte tierische Nebenprodukte und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 (ABl. L 300 vom 14.11.2009, S. 1), die durch die Richtlinie 2010/63/EU (ABl. L 276 vom 20.10.2010, S. 33) geändert worden ist, soweit es sich  
a) um Material der Kategorie 1 gemäß Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 handelt,  
b) um Material der Kategorie 2 gemäß Artikel 9 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 mit Ausnahme von Gülle, von Magen und Darm getrenntem Magen- und Darminhalt und Kolostrum im Sinne der genannten Verordnung handelt,  
c) um Material der Kategorie 3 gemäß Artikel 10 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 mit Ausnahme von Häuten, Fellen, Hufen, Federn, Wolle, Hörnern, Haaren und Pelzen nach Artikel 10 Buchstaben b Unterbuchstaben iii bis v, h und n handelt, und dieses Material durch Verbrennen direkt als Abfall beseitigt wird, oder  
d) um Material der Kategorie 3 gemäß Artikel 10 der Verordnung (EG) Nr. 1069/2009 handelt, das in Verarbeitungsbetrieben für Material der Kategorie 1 oder 2 verarbeitet wird, sowie Stoffe, die durch deren dortige Verarbeitung hergestellt worden oder sonst entstanden sind [...]“

14 Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung vom 30. September 2009 (BGBl. I S. 3182), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 20. November 2014 (BGBl. I S. 1740) geändert worden ist.

15 Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 75. Ergänzungslieferung 2015, BImSchG § 37b Begriffsbestimmungen und Anrechenbarkeit von Biokraftstoffen, Rn. 2.

16 Erwägungsgrund 76 der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140 vom 5.6.2009, S. 16.

17 Kahl (Hrsg.), in: Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung, 1. Auflage 2013, § 16 Ausstellung auf Grund von Massenbilanzsystemen, Rn. 7.

18 Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, BImSchG § 37b Rn. 7.

19 Biomasseverordnung vom 21. Juni 2001 (BGBl. I S. 1234), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist.

20 Kahl (Hrsg.), Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung, § 16, Rn. 2.

Demnach werden tierische Fette und Öle, die – bis auf die in den Buchstaben a bis d aufgezählten Rückausnahmen – Material der Kategorien 1, 2 und 3 darstellen, nach der BiomasseV nicht als Biomasse anerkannt. Aufgrund der dynamischen Verweisung des § 2 Absatz 1 Biokraft-NachV erfasst dem Wortlaut nach die Biokraft-NachV nicht anerkannte Biomasse nach der BiomasseV nicht, womit die Massenbilanzierung für diese Anteile nicht gemäß § 16 Biokraft-NachV angeordnet wird.<sup>21</sup> Dafür spricht auch eine historische Auslegung des § 16 Biokraft-NachV und des § 37b Absatz 1 BImSchG.<sup>22</sup> § 16 Biokraft-NachV findet bei Vermischung mit diesen Materialien somit keine Anwendung.

Die Vermischung nicht anrechnungsfähiger Biomasse darf zudem gemäß § 16 Absatz 4 Biokraft-NachV von Zertifizierungssystemen ganz oder teilweise ausgeschlossen werden:

„(4) Weiter gehende Anforderungen in Zertifizierungssystemen, die die Vermischung der Biokraftstoffe mit anderer Biomasse ganz oder teilweise ausschließen, bleiben unberührt.“

Hierfür wird angeführt, dass es sich bei der Anwendung des Massenbilanzsystems lediglich um einen Mindeststandard handele.<sup>23</sup> Die Massenbilanzierung sei nur für den Nachweis anrechenbarer Biomasse mit unterschiedlichen Nachhaltigkeitseigenschaften vorgesehen. Die §§ 16 und 2 Absatz 1 Biokraft-NachV verstoßen bei dieser engen Auslegung allerdings gegen die EE-RL.

### 3. EE-RL sieht Massenbilanzierung vor

In Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EE-RL ist die Verwendung des Massenbilanzsystems im Fall der Vermischung von (Bio-)Massebestandteilen, die unterschiedliche Nachhaltigkeitseigenschaften aufweisen, hingegen ausdrücklich vorgesehen:

„(1) Werden Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe für die in Artikel 17 Absatz 1 Buchstaben a, b und c genannten Zwecke berücksichtigt, verpflichten die Mitgliedstaaten die Wirtschaftsteilnehmer nachzuweisen, dass die in Artikel 17 Absätze 2 bis 5 festgelegten Nachhaltigkeitseigenschaften erfüllt sind. Zu diesem Zweck verpflichten sie die Wirtschaftsteilnehmer zur Verwendung eines Massenbilanzsystems, das

a) es erlaubt, Lieferungen von Rohstoffen oder Biokraftstoffen mit unterschiedlichen Nachhaltigkeitseigenschaften zu mischen [...].“

Eine weitere Bezugnahme der Massenbilanzierung findet sich in Erwägungsgrund 76 der EE-RL:

„Nach der Massenbilanzmethode zur Überprüfung der Einhaltung der Kriterien gibt es eine konkrete Verbindung zwischen der Herstellung von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen, die die Nachhaltigkeitseigenschaften erfüllen, und dem Verbrauch von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen in der Gemeinschaft, wodurch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage geschaffen und ein Preisaufschlag gewährleistet wird, der höher ist als in Systemen ohne eine solche Verbindung. Zur Überprüfung der Einhaltung der Kriterien sollte daher die Massenbilanzmethode verwendet werden, damit sichergestellt wird, dass Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe, die die Nachhaltigkeitseigenschaften erfüllen, zu einem höheren Preis verkauft werden können.“

füllen, und dem Verbrauch von Biokraftstoffen und flüssigen Biobrennstoffen in der Gemeinschaft, wodurch ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage geschaffen und ein Preisaufschlag gewährleistet wird, der höher ist als in Systemen ohne eine solche Verbindung. Zur Überprüfung der Einhaltung der Kriterien sollte daher die Massenbilanzmethode verwendet werden, damit sichergestellt wird, dass Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe, die die Nachhaltigkeitseigenschaften erfüllen, zu einem höheren Preis verkauft werden können.“

Demnach erfasst das Gebot zur Massenbilanzierung nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EE-RL ausdrücklich nur die Fälle der Vermischung von Biomasse bzw. Biokraftstoffen unterschiedlicher Nachhaltigkeit. Nach der weiteren Begriffsdefinition der EE-RL in Artikel 2 Buchstabe i stellen tierische Fette und Öle allerdings Biomasse dar, sodass die daraus hergestellten Biokraftstoffe im Falle der Vermischung mit Biomasse anderer Nachhaltigkeit immer auch von dem Gebot der Massenbilanzierung erfasst werden.

### 4. Inkongruenz des Biomassebegriffs des Artikel 2 der EE-RL und des § 3 der BiomasseV

Zudem fasst Artikel 2 Buchstabe e der EE-RL tierische Öle und Fette unter den für die gesamte Richtlinie geltenden Begriff der Biomasse. Gemäß Artikel 2 Buchstabe i der EE-RL sind wiederum flüssige Biobrennstoffe und Biokraftstoffe solche, die aus Biomasse im Sinne des Artikels 2 Buchstabe e bestehen. Aufgrund des weiten Biomasse- und damit auch des Biokraftstoffbegriffs der EE-RL ist damit das Massenbilanzsystem aber auch für solche Biokraftstoffe angeordnet, die teilweise aus tierischen Ölen und Fetten hergestellt wurden oder entstanden sind.

Die EE-RL setzt also voraus, dass tierische Fette und Öle für die Herstellung von flüssigen Biobrennstoffen und Biokraftstoffen verwendet werden und Biomasse darstellen.<sup>24</sup> Eine Ausnahme für Energieerzeugnisse, die aus Material der Kategorien 1, 2 und 3 hergestellt wurden oder entstanden

21 Siehe zu der dynamischen Verweisung auch das Gutachten von WM Consultant, Fachliche Bewertung des Umsetzungsbedarfs der Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, S. 44 ff., abrufbar im Internet unter [http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/Gutachten/fachliche-bewertung-umsetzungsbedarf-erneuerbare-energien-richtlinie-eu.pdf;jsessionid=DEE8212BD5A77A9692C5AE2359AD975E?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/Gutachten/fachliche-bewertung-umsetzungsbedarf-erneuerbare-energien-richtlinie-eu.pdf;jsessionid=DEE8212BD5A77A9692C5AE2359AD975E?__blob=publicationFile&v=2) (letzter Zugriff 29.7.2015).

22 Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer Umweltrecht, BImSchG § 37b Rn. 2-2a.

23 Kahl (Hrsg.), Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung, § 16 Rn. 7.

24 Ebenso werden tierische Öle in Anhang III bezüglich des Energiegehalts von Kraftstoffen aufgeführt.

sind, lässt sich der Richtlinie nicht entnehmen.<sup>25</sup> Die anteilige Verwendung tierischer Fette und Öle beeinflusst nicht die Eigenschaft der Masse als Biomasse und des daraus erzeugten Kraftstoffes als Biokraftstoff, sondern führt bei unterschiedlicher Nachhaltigkeit zu dem Erfordernis der Anwendung eines Massenbilanzsystems, welches die Zuordnung der Materialien ermöglicht.

Zudem ist die Anwendung von Massenbilanzsystemen, wie der Erwägungsgrund 76 der EE-RL ausdrücklich festhält, das Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen den konfligierenden Interessen der gezielten Förderung erneuerbarer Energiequellen und den Belastungen für die verpflichteten Industrieunternehmen.<sup>26</sup> Dies spricht deutlich für eine grundsätzliche Verpflichtung zur Anwendung von Massenbilanzsystemen im Rahmen mitgliedstaatlicher Förderregelungen für Biokraftstoffe im Sinne der EE-RL und nicht für einen dispositiven Mindeststandard.

## 5. Unverhältnismäßige technische Verfahren entgegen Artikel 13 EE-RL

Bei der Verweigerung der Anwendung der Massenbilanzierung auf Biokraftstoffe, die aus Biomasse im Sinne der EE-RL hergestellt wurden, ist insbesondere eine Verletzung des Artikels 13 EE-RL anzunehmen. Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten zu verhältnismäßigen Zertifizierungsvorschriften:

*„Artikel 13 Verwaltungsverfahren, Rechtsvorschriften und Regelwerke*

*(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass einzelstaatliche Vorschriften für die Genehmigungs-, Zertifizie-*

*rungs- und Zulassungsverfahren, die auf Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energiequellen und die angegliederten Infrastrukturen der Übertragungs- und Verteilernetze sowie auf den Vorgang der Umwandlung von Biomasse in Biokraftstoffe oder sonstige Energieprodukte angewandt werden, verhältnismäßig und notwendig sind. [...]*

*d) die Vorschriften für Genehmigung, Zertifizierung und Zulassung objektiv, transparent und verhältnismäßig sind, nicht zwischen Antragstellern diskriminieren und den Besonderheiten der einzelnen Technologien für erneuerbare Energie vollständig Rechnung tragen [...].“<sup>27</sup>*

Die Nichtanerkennung von tierischen Nebenprodukten der Kategorien 1 bis 3 als Biomasse gemäß § 3 BiomasseV ist zwar grundsätzlich in Bezug auf Artikel 13 Absatz 1 EE-RL indifferent, allerdings nur dann, wenn dies nicht durch Verweisungen anderer mitgliedstaatlicher Normen wie § 2 Biokraft-NachV in Verbindung mit § 16 Biokraft-NachV zu einem unverhältnismäßigen Zertifizierungsaufwand und damit zu einem rechtlichen oder faktischen Vermischungsverbot führt.

Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie in Erwägungsgrund 76 eine Wertung trifft, die darauf hindeutet, dass die Massenbilanzierung eine wirtschaftliche Abhilfemaßnahme darstellt, die verhindern soll, „dass der Industrie ein unvertretbarer Aufwand abverlangt wird“.<sup>28</sup>

## 6. Unzulässiges faktisches Vermischungsverbot von tierischen Fetten und Ölen bei der Herstellung von Biokraftstoffen

Ungeachtet der Verhältnismäßigkeit konkreter alternativer Segregationsverfahren, ist die Richtlinienkonformität jedenfalls zu verneinen, wenn ein mitgliedstaatlicher Umsetzungsakt zu einem faktischen Vermischungsverbot führt.

§ 37b BImSchG dient der Umsetzung der EE-RL und insbesondere deren Artikel 17 und 18, die ebenfalls kein Vermischungsverbot vorsehen.<sup>29</sup> Dem Wortlaut des § 37b Absatz 8 Satz 1 Nummer 3 BImSchG in der am 1.1.2015 in Kraft getretenen Gesetzesfassung lässt sich kein rechtliches Verbot der Verwendung tierischer Öle oder Fette als Biomasse bei der Herstellung von Biokraftstoffen entnehmen. Ebenso folgt aus dem Wortlaut nicht, dass die Beimischung tierischer Öle oder Fette in die Biomasse eines Energieerzeugnisses vollständig dessen Eigenschaft als anrechnungsfähigen Biokraftstoff entfallen ließe (sog. Vermischungsverbot).<sup>30</sup> Vielmehr ergibt der Umkehrschluss, dass die Verwendung grundsätzlich zulässig ist und lediglich der Teil, der aus tierischen Fetten besteht, nicht auf die Quotenverpflichtung des § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 4 angerechnet werden darf.<sup>31</sup>

25 Die Eigenschaft als Material, das in der Verordnung (EG) Nr. 1774/2002 als Material der Kategorie 3 eingestuft wird, wird im Anhang der EE-RL im Rahmen der typischen Werte und Standardwerte für Biokraftstoffe bei der Herstellung ohne Netto-CO<sub>2</sub>-Emissionen infolge von Landnutzungsänderungen und den disaggregierten Standardwerten für Biokraftstoffe und flüssige Biobrennstoffe berücksichtigt.

26 Erwägungsgrund 76 der Richtlinie 2009/28/EG: „Dies sollte die Integrität des Systems wahren und gleichzeitig vermeiden, dass der Industrie ein unvertretbarer Aufwand abverlangt wird. Andere Überprüfungsverfahren sollten jedoch geprüft werden.“

27 Hervorh. durch Verfasser.

28 Erwägungsgrund 76 der EE-RL.

29 Tünnesen-Harmes, Umweltrecht, BImSchG § 37b Rn. 2 u. 3.

30 Siehe zu dem weitestgehend wortgleichen § 37b S. 13 alte Fassung („Energieerzeugnisse im Sinne von Satz 1, die vollständig oder teilweise aus tierischen Ölen oder Fetten hergestellt werden, werden ab dem 1. Januar 2012 nicht mehr auf die Erfüllung von Verpflichtungen nach § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 3a angerechnet“): VG Köln, Beschluss vom 21.10.2013 – 13 L 1293/13, Rn. 26.

31 Siehe zu dem weitestgehend wortgleichen § 37b S. 13 alte Fassung Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 75. Ergänzungslieferung 2015, BImSchG § 37b Rn. 1.

„(8) Nicht auf die Erfüllung von Verpflichtungen nach § 37a Absatz 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 37a Absatz 3 und 4 angerechnet werden können [...]

3. Biokraftstoffe, die vollständig oder teilweise aus tierischen Ölen oder Fetten hergestellt wurden [...].<sup>32</sup>

Die Verweigerung eines wirtschaftlichen Zuordnungsverfahrens äquivalent der Massenbilanzierung führt aber zu einem faktischen Vermischungsverbot, wenn die von den deutschen Behörden und Zertifizierungssystemen vorgeschlagenen alternativen Verfahren zur Segregation nicht quotenerfüllender Anteile schlechthin unwirtschaftlich sind. Die Ablehnung eines wirtschaftlichen Zuordnungsverfahrens wie das der Massenbilanzierung führt zu einem faktischen Vermischungsverbot, wenn die alternativen Verfahren zur Segregation nicht quotenerfüllender Anteile schlechthin unwirtschaftlich sind. Die Verweigerung der Massenbilanzierung ohne wirtschaftlich vertretbare Alternative steht in der praktischen Wirkung einem Verbot der Vermischung gleich, wenn die Anrechnungsfähigkeit auch der vor Vermischung anrechenbaren Anteile in der Praxis entfällt, da die nicht anrechenbaren Anteile überhaupt nicht (im Rahmen der verweigerten Massenbilanzierung) verfahrenstechnisch sowie wirtschaftlich vertretbar behandelt (zugeordnet) werden können. Die Förderung von Biokraftstoffen ist aber – so auch der europäische und nationale Gesetzgeber – erforderlich, um diese rentabel herstellen und verkaufen zu können.<sup>33</sup> Wird ein wirtschaftlich vertretbares alternatives Zuordnungsverfahren abgelehnt und kein äquivalentes Verfahren von den Zulassungssystemen anerkannt, dann verbleibt den biokraftstoffherstellenden Unternehmen in der Folge nur der Verzicht auf Tierfette.

Führt die Beimischung nicht anrechenbarer Biomasse mangels wirtschaftlichem Zuordnungsverfahren zu dem Verlust der Biokraftstoffeigenschaft des gesamten Energieerzeugnisses, dann wird die Vermischung wirtschaftlich un-

rentabel und damit *de facto* verhindert (faktisches Vermischungsverbot).

### III. Ergebnis

Die EE-RL strebt eine Vollharmonisierung der Nachhaltigkeitskriterien der Biokraftstoffförderung in der EU an. Die Ausnahme des § 37 Absatz 8 BImSchG, d.h. die Nichtanrechenbarkeit von Biokraftstoffen, die aus tierischen Ölen oder Fetten hergestellt wurden oder entstanden sind, auf die THG-Quote, ist sekundärrechtswidrig. Die Bundesrepublik Deutschland ist im Falle einer Biokraftstoffförderung verpflichtet, die Biokraftstoffförderung richtlinienkonform umzusetzen und die Anrechenbarkeit von Biokraftstoffen, die aus tierischen Fetten und Ölen hergestellt wurden oder entstanden sind, anzuerkennen. Für die Vermischung von Biomassen unterschiedlicher Nachhaltigkeit sieht die Richtlinie zudem in Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a EE-RL als Ergebnis einer Abwägung zwischen den Nachhaltigkeitszielen der EE-RL und den Belastungen für die betroffenen Unternehmen Massenbilanzierungssysteme vor. Durch eine Verengung des Biomassebegriffs in den §§ 16 und 2 Absatz 1 Biokraft-NachV verkürzen die deutschen Behörden und die Zertifizierungssysteme den Anwendungsbereich der EE-RL. Die Nichtanerkennung tierischer Fette und Öle, die Material der Kategorien 1, 2 und 3 darstellen, als Biomasse nach § 2 Absatz 1 Biokraft-NachV und §§ 2 und 3 BiomasseV und die Nichtanwendung von Massenbilanzierungssystemen auf Biokraftstoffe, die anteilig aus tierischen Fetten und Ölen hergestellt wurden, sind sekundärrechtswidrig. Das aus der Verweigerung der Massenbilanzierung resultierende faktische Vermischungsverbot ist mit der EE-RL unvereinbar.

32 § 37b neugef. mWv 1.1.2015 durch Gesetz v. 20.11.2014 (BGBl. I S. 1740).

33 Ausdrücklich Erwägungsgrund 27 der EE-RL.