

Lucyne Ghazarian und Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE)\*

## Mitgliedstaatliche Grenzen bei der Bestimmung THG-quotenerfüllender Biomasse

*This article illustrates similarities between the justification assessment of Article 34 AEUV and the compatibility assessment of Article 107(3) lit. c) AEUV. The authors argue that the objective to preference certain renewable resources over others does not constitute a legitimate objective to restrict the free movement of goods. The recent judgement of the ECJ in "Ålands vindkraft" regarding Swedish green electricity certificates and the rejection of mass balancing systems in the German biofuel support scheme serve as examples.*

Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV sind des Öfteren das Ergebnis von förderpolitischen Erwägungen. Die unionsrechtliche Zulässigkeit ist insbesondere in Fällen fraglich, in denen die Unternehmen bestimmter Wirtschaftssektoren in einem Mitgliedstaat vor Nachfragerückgang geschützt oder eine Förderung territorial begrenzt werden soll. Förderregelungen zum Beispiel, die nur nationale Zertifikate für die Erfüllung von Quotenpflichten berücksichtigen oder bestimmte Produkte nicht als quotenerfüllend anerkennen, begegnen sowohl Rechtfertigungsschwierigkeiten im Hinblick auf Art. 34 AEUV als auch möglichen EU-beihilfenrechtlichen Bedenken.

### I. Ålands vindkraft – Rs. C-573/12

Ein Beispiel bietet der Sachverhalt, der dem Urteil des EuGH in der Sache *Ålands vindkraft* zugrunde lag.<sup>1</sup> Stromversorger sowie bestimmte Verbraucher sind nach einer schwedischen Regelung zur Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen verpflichtet, am jährlichen Fälligkeitstag zur Erfüllung ihrer Quotenpflicht eine bestimmte Menge von Stromzertifikaten zu halten, die sich nach der gesamten von ihnen gelieferten bzw. verbrauchten Strommenge richtet. Für die Quotenerfüllungspflicht kön-

nen aber nur die nach der nationalen Regelung erteilten Zertifikate verwendet werden. Ziel der Ausgestaltung des Fördermechanismus ist es, die Förderung auf im Inland produzierten Strom zu beschränken. Die Verknüpfung solcher Zertifikate mit der Lieferung von Strom sei zumindest potenziell geeignet, so das Urteil des EuGH, die Stromeinfuhren inländischer Produzenten zu bevorzugen respektive die Stromeinfuhr ausländischer Stromerzeugungsunternehmen zu behindern.<sup>2</sup>

### II. Massenbilanzierungsverbot bei der Biokraftstoffförderung

Ein weiteres anschauliches Beispiel für eine förderpolitische Maßnahme, die bestimmte Rohstoffproduzenten vor anderen bevorzugt, ist die Biokraftstoffförderung nach § 37b BImSchG. Biokraftstoffe, die vollständig oder teilweise aus tierischen Fetten und Ölen hergestellt wurden, sind nach § 37b Abs. 8 Nr. 3 BImSchG nicht auf die THG-Quote anrechenbar. Werden tierische Fette und Öle mit auf die THG-Quote anrechenbarer Biomasse vermischt, dann verliert der gesamte Biokraftstoff seine Anrechenbarkeit, da die Zuordnung der nicht geförderten Anteile im Wege des rentablen Massenbilanzierungsverfahrens vom deutschen Gesetzgeber – im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten der EU – abgelehnt wird.<sup>3</sup> § 16 Biokraft-NachV ordnet die Massenbilanzierung ausschließlich bei Vermischung von anrechenbarer Biomasse unterschiedlicher Nachhaltigkeit an. Nicht anrechenbare oder bereits *per definitionem* vom deutschen Gesetzgeber nicht als Biomasse qualifizierte tierische Fette und Öle werden somit nicht von der Biokraftstoffförderung erfasst.<sup>4</sup>

### III. Keine Harmonisierung

Die Abgrenzung zwischen nationaler Gestaltungsautonomie bei der Schaffung eines Fördermechanismus und der ungerechtfertigten Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch die Behinderung der Einfuhr ausländischer Waren ist nicht eindeutig. Die Frage nach der Rechtfertigung

\* 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; der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten.

1 EuGH, Urteil vom 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (*Ålands vindkraft* AB ./ Energimyndigheten).

2 EuGH, Urteil vom 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (*Ålands vindkraft* AB ./ Energimyndigheten), Rn. 70–73; EuGH – Rs. T-249/81 (Kommission/Irland), EU:C:1982:402, Rn. 27–29; EuGH – Rs. C-277/91, C-318/91 und C-319/91 (Ligur Carni Sri u. a.), EU:C:1993:927, Rn. 36.

3 *Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 75. Erg.-Lfg. 2015, BImSchG § 37b Begriffsbestimmungen und Anrechenbarkeit von Biokraftstoffen, Rn. 2.

4 Siehe *Ghazarian/Koenig*, StoffR 2015, 245 ff.

einer solchen Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit stellt sich allerdings nur dann, wenn die Fördermaßgaben nicht vollharmonisiert sind.<sup>5</sup> Der EuGH hat bezüglich der Förderung von Grünstrom entschieden, dass diese in der RL 2009/28/EC<sup>6</sup> nicht vollharmonisiert wurde. Dagegen deutet die Richtlinie deutlich darauf hin, dass die Biokraftstoffförderung in Bezug auf die förderungswürdige Biomasse in Art. 17 und 18 der RL 2009/28/EC vollharmonisiert ist.<sup>7</sup> Da für den harmonisierten wie nicht harmonisierten Bereich gleichermaßen gilt, dass der Schutz bestimmter Rohstoffproduzenten ohne einen darüber hinausgehenden legitimen Zweck entweder regelmäßig durch die Harmonisierung ausgeschlossen ist oder eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nicht wird rechtfertigen können, soll die Fragestellung am Beispiel der Biokraftstoffförderung dargestellt werden. Im Ergebnis entscheidet sich, wie im Folgenden dargestellt wird, die Rechtfertigung im Einzelfall an der Erforderlichkeit der Beschränkung zur Erreichung eines legitimen Förderziels.

#### IV. Beschränkung potenziellen Wettbewerbs

Wenn biokraftstoffproduzierende Unternehmen in der Folge einer mitgliedstaatlichen Regelung auf die Verwendung eines Rohstoffes verzichten, reduziert sich der potenzielle Absatz des Rohstoffes auf dem Markt der Biokraftstoffproduktion. Dies ist vergleichbar mit Produkt- und Substanzverboten in Lebensmitteln, die der EuGH bereits als Maßnahmen gleicher Wirkung qualifiziert hat.<sup>8</sup> Die fehlende Anrechenbarkeit in Verbindung mit der Ablehnung der Massenbilanzierung reduziert die Marktzugangs- und Absatzchancen der Produzenten tierischer Fette und Öle auf dem deutschen Markt der Biokraftstoffherstellung und bevorzugt gleichzeitig die Hersteller anrechenbarer Biomasse. Die Einfuhr von tierfetthaltigen Fetten und Ölen wird damit – vergleichbar mit der Behinderung ausländischer Stromeinfuhren durch die fehlende Quotenerfüllung – zumindest potenziell beeinträchtigt.<sup>9</sup> Der EuGH sah im *Ålands vindkraft*-Urteil einen möglichen Rechtfertigungsgrund darin, dass das „[...] Ziel, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen für die Stromerzeugung zu fördern, grundsätzlich geeignet ist, etwaige Behinderungen des freien Warenverkehrs zu rechtfertigen“.<sup>10</sup> Dies ist ein legitimer Zweck, der durch die RL 2009/28/EG und Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV auch geschützt ist.<sup>11</sup> Die Mitgliedstaaten haben zwar bei Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen ein unilaterales Beschränkungsermessen. Sie dürfen die Schutzgründe determinieren, die sie mit einer Maßnahme verfolgen. Der Mitgliedstaat kann im Rahmen der Schaffung einer mitgliedstaatlichen Fördermaßnahme auch mögliche Verzerrungseffekte auf anderen Märkten verhindern wollen. Ist dies allerdings das einzige Ziel der Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, dann wird sich die Beschränkung regelmäßig nicht rechtfertigen lassen. Bei der Festle-

gung der Mittel gewährt der EuGH auch in seinem *Ålands vindkraft*-Urteil weite Gestaltungsräume. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Bevorzugung bestimmter Rohstoffproduzenten vor anderen oder die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen durch Fördermaßnahmen an sich kein legitimer Grund ist. Die territoriale Beschränkung der Grünstromförderung war durch die EL 2009/28/EC ausdrücklich erlaubt.<sup>12</sup> Die tatsächliche oder potenzielle Behinderung des Warenverkehrs muss für die Zielerreichung erforderlich sein. Ist diese nicht erforderlich, wie im Falle der Förderung von Biokraftstoffen aus tierischen Fetten und Ölen, dann ist die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nur aus anderen Gründen zu rechtfertigen.

#### V. Parallelen zu der Kompatibilitätsprüfung der EU-Beihilfenkontrolle

Diese Einschränkung mitgliedstaatlicher Gestaltungsautonomie zeigt sich ebenso in der EU-Beihilfenkontrolle. Parallelen sind in der Kompatibilitätsprüfung des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV zu erkennen. Die Ausgestaltung von beihilfenrelevanten Fördermaßnahmen ist Kernregelungsgegenstand des Beihilfenregimes der Art. 107 ff. AEUV. Die zentrale regulatorische Steuerung einer beihilfenrelevanten Fördermaßnahme ist vom Anwendungsbereich der Art. 107 ff. AEUV erfasst. Würde der THG-Quotenmechanismus eine Beihilfenmaßnahme darstellen, würde das Ziel der Förderung bestimmter Rohstoffproduzenten EU-beihilfenrechtlich auf Kompatibilitätsebene Berücksichtigung finden, d.h. im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit der beihilfeninduzierten Wettbewerbsverzerrung gemäß Art. 107 Abs. 3

5 EuGH, Urteil vom 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (*Ålands vindkraft AB* ./ Energiemyndigheten), vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 14.12.2004 – Rs. C-309/02 (Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz), EU:C:2004:799, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung.

6 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 (Text von Bedeutung für den EWR), OJ L 140, 5.6.2009, p. 16–62.

7 Siehe Ghazarian/Koenig, StoffR 2015, 245 ff.

8 EuGH Rs. – Rs. C-274/87 (Kom./Deutschland), Slg. 1989, 229 Rn. 22 f.; Rs. C-17/93 (van der Veldt), Slg. 1994, I-3537 Rn. 12; Rs. C-123/00, Slg. 2001, I-2795 Rn. 12; EuGH – Rs. C-261/81 (Rau de Smedt), Slg. 1982, 3961 Rn. 20; Rs. C-16/83 (Prantl), Slg. 1984, 1299 Rn. 30; siehe zu Produkt und Substanzverboten: GHN/Leible/T. Streinz AEUV Art. 34, Rn. 94.

9 EuGH, Urteil vom 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (*Ålands vindkraft AB* ./ Energiemyndigheten), Rn. 70–73; EuGH – Rs. T-249/81 (Kommission/Irland), EU:C:1982:402, Rn. 27–29; EuGH – Rs. C-277/91, C-318/91 und C-319/91 (Ligur Carni Sri u. a.), EU:C:1993:927, Rn. 36.

10 EuGH, Urteil vom 1.7.2014 – Rs. C-573/12 (*Ålands vindkraft AB* ./ Energiemyndigheten), Rn. 82.

11 Ebenda, Rn. 81.

12 Ebenda, Rn. 50 ff.

lit. c) AEUV. Die Reduktion von Wettbewerbsnachteilen durch eine Fördermaßnahme ist der Schwerpunkt der Kompatibilitätsprüfung.<sup>13</sup> Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen durch beihilfenrelevante mitgliedstaatliche Fördermaßnahmen ist deswegen gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV im Rahmen der Genehmigungen der Beihilfenmaßnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen.

## VI. Erforderlichkeit für die Erreichung des legitimen Förderziels

Das EU-beihilfenrechtliche Kontrollregime verfolgt einen zentralen Prüfungsansatz, der unilaterale – den Binnenmarkt beeinträchtigende – Dezisionen der Mitgliedstaaten ausschließt.<sup>14</sup> Die Einfuhr ausländischer Waren, die zu der Erreichung des Förderziels nach RL 2009/28/EG geeignet wären, darf nicht entgegen des eigentlichen legitimen Förderziels der Beihilfenmaßnahme (Förderung erneuerbarer Energien) behindert werden, um andere Rohstoffproduzenten zu fördern.

Die Verweigerung der Massenbilanzierung nimmt *de facto* Biokraftstoffe, die aus tierischen Fetten und Ölen hergestellt wurden, aus der deutschen Biokraftstoffförderung und Anrechenbarkeit heraus. Es wird die Nichtanrechenbarkeit und die Nichtverwendung tierischer Fette und Öle durch quotenverpflichtete Unternehmen forciert. Die Allokationsprozesse werden in Richtung anderer mitgliedstaatlicher Märkte gelenkt, d.h. tierfetthaltige Biokraftstoffe werden in der Folge in anderen Märkten angeboten. Die Anrechenbarkeit eines Rohstoffes steigert dessen Nachfrage in einem

mitgliedstaatlichen Fördersystem, welches den verpflichteten Unternehmen nach § 37a Abs. 1 BImSchG eine Quotenverpflichtung auferlegt. Die Herausnahme einzelner erneuerbarer Energiequellen aus der Anrechenbarkeit führt dazu, dass andere Rohstoffe vermehrt nachgefragt werden, wenn diese ansonsten durch den ausgeschlossenen Rohstoff substituiert würden. Der theoretisch mögliche Rohstoffmix wird dadurch reduziert. Der durch die Quotenregelung intendierte Leveraging-Effekt durch eine Mischung von Biokraftstoffen unterschiedlicher Nachhaltigkeit wird dadurch verringert. Stattdessen wird die Menge der Nachfrage an die Produktionszweige, die die anrechenbaren Rohstoffe produzieren, gesichert.

Solche unmittelbar mit der regulatorischen Steuerung eines Fördermechanismus verknüpfte Regelungen dürfen nicht zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten herangezogen werden. Mit anderen Worten dürfen Beihilfenkontrollanliegen nicht als diskriminierende Beschränkungsgründe bei der Warenverkehrsfreiheit herangezogen werden.

## VII. Fazit

Die Förderung einzelner Rohstoffproduzenten vor anderen rechtfertigt grundsätzlich nicht die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit. Ebenso wird eine solche Zwecksetzung nicht geeignet sein, einen legitimen Grund für eine solche Differenzierung im Rahmen der Kompatibilitätsprüfung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV darzustellen. Wie auch in der Rechtfertigungsprüfung der Warenverkehrsfreiheit entscheidet sich die Frage der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt in der Kompatibilitätsprüfung des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV daran, ob die Differenzierung zwischen den Rohstoffproduzenten und der daraus resultierende Wettbewerbsnachteil einen den (faktischen, nicht intendierten) Schutz einzelner Unternehmenszweige legitimen Zweck überragt und schließlich für das Gelingen der Förderung erforderlich ist.

13 Siehe Aktionsplan „Staatliche Beihilfen“, Rn. 11 und 20, ausführlicher dargestellt im Konsultationspapier zu staatlichen Innovationsbeihilfen (KOM(2005) 436 endgültig vom 21.9.2005); Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen, OJ C 82, 1.4.2008, S. 1–33, 1.3.1.

14 Vgl. Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 34, Rn. 168.