Stiftung Umweltenergierecht

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Warenverkehrsfreiheit in der Europäischen Union und nationale Förderung erneuerbarer Energien

Was folgt aus den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot in den Fällen Essent Belgium NV und Åland Vindskraft AB?

Hintergrundpapier

erstellt von

Nora Grabmayr
Dr. Markus Kahles
Fabian Pause, LL.M.Eur.

 # 4

18.06.2014

ISSN 2365-7146

Zitiervorschlag: *Nora Grabmayr/Markus Kahles/Fabian Pause,* Warenverkehrsfreiheit in der Europäischen Union und nationale Förderung erneuerbarer Energien, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 4 vom 18.06.2014.

Stiftung Umweltenergierecht
Ludwigstraße 22
97070 Würzburg
Telefon +49 931 79 40 77-0
Telefax +49 931 79 40 77-29
E-Mail grabmayr@stiftung-umweltenergierecht.de
kahles@stiftung-umweltenergierecht.de
pause@stiftung-umweltenergierecht.de
Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de
Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.
Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz und Prof. Dr. Franz Reimer
Bankverbindung: Sparkasse Mainfranken Würzburg, Konto 46 74 31 83, BLZ 790 500 00

Inhaltsverzeichnis

A. Abstract ... 1

B. Einleitung ... 3

C. Ausgangspunkt: Welche Rolle spielt die Entscheidung *PreussenElektra* heute? ... 4

D. Ålands Vindskraft AB / Energiemyndigheten (C-573/12) ... 5

I. Ausgangssachverhalt ... 5

II. Wie sieht es der GA? ... 6

1. Erlaubt die EE-Richtlinie territoriale Förderbeschränkungen? ... 6

2. Steht Art. 34 AEUV einer solchen Beschränkung entgegen? ... 7

a) Liegt eine Beschränkung des Warenverkehrs vor? ... 7

b) Kann die Beschränkung gerechtfertigt werden? ... 7

III. Bewertung ... 8

1. Kritik am angelegten Prüfungsmaßstab ... 8

2. Kritik an der Argumentation im Einzelnen ... 11

a) Aufgabe von PreussenElektra? ... 11

b) Die Gefahr der Destabilisierung von Förderregelungen ... 13

c) Das Erfordernis einer Kooperationsvereinbarung. ... 14

d) „Bloße Berührung“ oder Verletzung des Souveränitätsvorbehalts der Mitgliedstaaten nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV? ... 14

IV. Zusammenfassung ... 15

E. Essent Belgium NV / VREG (C-204/12-208/12) ... 16

I. Ausgangssachverhalt ... 17

II. Wie sieht es der GA? ... 17

1. Wie ist die RL 2001/77/EG auszulegen? ... 17

2. Wie sind die Art. 28, 30 EGV [heute Art. 34, 36 AEUV] auszulegen? ... 18

a) Wird der freie Warenverkehr beschränkt? ... 18

b) Kann diese Beschränkung gerechtfertigt werden? ... 19

III. Bewertung ... 20

1. Aufgabe von PreussenElektra? ... 20

2. Klima- und Umweltschutz ... 20

3. Energieversorgungssicherheit 21
4. Erreichen der nationalen Ziele 22
5. Vermischung von Herkunftsnachweisen und Zertifikaten 22
IV. Zusammenfassung 23
F. Ausblick 23

A. Abstract

- Auf europäischer Ebene besteht seit langem ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes, insbesondere der Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit, einerseits und dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes durch die Förderung erneuerbarer Energien andererseits. Dies liegt vor allem daran, dass der Ausbau erneuerbarer Energien bislang vor allem territorial beschränkt durch die unterschiedlichen Förderregelungen in den Mitgliedstaaten erfolgt.
- Dieses Spannungsverhältnis zeigte sich erstmals in der noch heute relevanten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache *PreussenElektra* aus dem Jahr 2001 und hatte nach den zwischenzeitlichen Diskussionen um die Erneuerbaren-Strom-Richtlinie 2001/77/EG mit dem Erlass der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG (EE-RL) ein vorläufiges Ende gefunden. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL erlaubt den Mitgliedstaaten seitdem ausdrücklich, zu „*entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen*."
- Mit der nunmehr für den 01.07.2014 erwarteten Entscheidung im anhängigen EuGH-Verfahren *Ålands Vindskraft* steht dieser Themenkomplex erneut im Fokus der Rechtsentwicklung: Wie ist das Spannungsverhältnis zwischen Binnenmarkt und dem nationalen Ausbau erneuerbarer Energien aufzulösen?
- Folgt der EuGH den Ausführungen des Generalanwalts (GA) Bot in dessen Schlussanträgen, die maßgeblich auf seinen Ausführungen in dem ebenfalls anhängigen und ähnlich gelagertem Verfahren in Sachen *Essent Belgium* aufbauen, könnte die bisherige Erlaubnisnorm des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL 2009/28/EG wegen eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit für unwirksam erklärt werden.
- Dies hieße in der Konsequenz auch für das deutsche Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und alle anderen Fördersysteme in den Mitgliedstaaten der EU für Strom aus erneuerbaren Energien, dass ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nahe läge.
- Hauptkritikpunkte der Autoren an den Ausführungen von GA Bot sind:
  - Zum einen wird bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL der weite Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers bei der Setzung von Sekundärrecht vernachlässigt.
  - Zum anderen sind auch die einzelnen vorgebrachten Argumente, die einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit sowohl bezüglich des schwedischen Fördersystems, als auch von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL begründen sollen, nicht überzeugend.

- Schlussendlich wird der richtige Prüfungsmaßstab nicht durchgehalten. Dabei wird unter Verstoß gegen die Normenhierarchie des Unionsrechts ein unzulässiger Rückschluss von der Unwirksamkeit einer einzelnen nationalen Maßnahme auf die grundsätzliche Unwirksamkeit des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL gezogen.

- Die Autoren kommen daher, anders als der GA, zu dem Schluss, dass Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL keinen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit darstellt und weiterhin eine Schutzwirkung zugunsten nationaler Förderregelungen entfaltet. Territorial beschränkte nationale Förderregelungen sind somit trotz der Weiterentwicklung des Elektrizitätsbinnenmarkts seit der Entscheidung des EuGH in Sachen *PreussenElektra* weiterhin aus Gründen des Klima- und Umweltschutzes als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen.

B. Einleitung

Die Europäische Union (EU) hat den Umwelt- und Klimaschutz zu einem ihrer Hauptziele ernannt[1]. Im Rahmen der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG[2] (EE-RL) haben sich die Mitgliedstaaten der EU mit dem EU-Parlament und der EU-Kommission darauf verständigt, verbindliche nationale Ziele zu erfüllen und den Anteil von Strom aus Quellen von erneuerbaren Energien auf 20 % am Bruttoendenergieverbrauch zu erhöhen. Gleichzeitig ist es Ziel der EU einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen. Nach dem in Art. 26 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) festgelegten Binnenmarkt-Grundsatz, zielt die EU auf den „freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital". Geplant ist als Teilbereich dessen die Errichtung eines Elektrizitäts-Binnenmarktes, also die Möglichkeit unbeschränkten Stromhandels in sämtlichen Mitgliedstaaten der EU. Um dies zu erreichen, wurde unter anderem die Richtlinie 2009/72/EG[3] zum Elektrizitätsbinnenmarkt erlassen, die zum Ziel hat einen funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt zu schaffen. Ein wichtiger Bestandteil dieses Binnenmarktes ist die Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit, die in Art. 34 AEUV verankert ist. Die Warenverkehrsfreiheit verbietet grundsätzlich staatliche Maßnahmen, die die Einfuhr von Waren beschränken oder vergleichbar behindern. Dieses Verbot steht damit dem Anschein nach zunächst im Widerspruch zum nationalen Ausbau der erneuerbaren Energien zum Zwecke des Umwelt- und Klimaschutzes. Denn die Förderregelungen der Mitgliedstaaten sind auf im Inland erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien beschränkt. Dadurch wird die Einfuhr der ausländischen „Ware" Elektrizität erschwert, da diese nicht unter den gleichen Bedingungen auf den Markt kommt. Damit wird auch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, was einer Rechtfertigung bedarf[4].

Die Frage nach der Rechtfertigung dieser Beschränkung beschäftigte den Europäischen Gerichtshof (EuGH) in der Entscheidung *PreussenElektra* im Jahr 2001 und auch aktuell wieder in zwei für die Zukunft der EE-Förderung möglicherweise richtungsweisenden Verfahren. Insbesondere dem am 01.07.2014 zur Entscheidung anstehenden Verfahren in Sachen *Ålands Vindkraft* kommt hier besondere Bedeutung zu. Ziel dieses Hintergrundpapiers ist es, die Argumentation des GA in den Schlussanträgen zu diesem Verfahren kritisch zu beleuchten. Zum besseren Verständnis der Argumentation soll aber auch auf die Schlussanträge im ähnlich gelagerten Verfahren *Essent Belgium* eingegangen werden, die ebenfalls von GA Bot gehalten wurden. Im Kern geht es in beiden Verfahren um die heutige Relevanz der grundlegenden *PreussenElektra*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2001 und damit um die Frage nach der

[1] Siehe Art. 3 Abs. 3 S. 2 UAbs. 1 des Vertrags über die EU (EUV).
[2] RL 2009/28/EG 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 140/16, 05.06.2009.
[3] RL 2009/72/EG zur über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Abl. L 211/55, 14.08.2009.
[4] So auch *T. Müller*, Beihilfe und Grundfreiheiten: Europarechtliche Anforderungen an die EE-Förderung, ZNER 2014, S. 21.

Zulässigkeit territorial beschränkter Förderregelungen der Mitgliedstaaten angesichts der Warenverkehrsfreiheit im Elektrizitätsbinnenmarkt. So ist es auch das Ziel dieses Beitrags durch eine eingehende Befassung mit der Argumentation des GA in den genannten anhängigen Verfahren die Frage zu beantworten, ob auch nach dem heutigen Stand der Verwirklichung Elektrizitätsbinnenmarktes national beschränkte Förderregelungen der Mitgliedstaaten als Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zum Zwecke des Umwelt- und Klimaschutzes gerechtfertigt sein können.

C. Ausgangspunkt: Welche Rolle spielt die Entscheidung *PreussenElektra* heute?

Im Fall *PreussenElektra*[5] wurde die Klägerin (PreussenElektra AG) als Netzbetreiberin seitens der Beklagten (Schleswag AG), einem regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen, nach § 4 Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) zur Erstattung der aus der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien entstandenen Kosten herangezogen. Das StrEG verpflichtete als Vorläufer des heutigen EEG nach § 2 StrEG die Elektrizitätsversorgungsunternehmen dazu, Strom aus erneuerbaren Energien nach einem festen Einspeisetarif zu vergüten. Allerdings regelte § 4 StrEG, dass bei einer geförderten Strommenge von mehr als 5 MW/Jahr die Mehrkosten von dem vorgelagerten Netzbetreiber verlangt werden konnten. Die Beklagte hat daher von der Klägerin die Mehrkosten in Höhe von 10 Mio. € pro Monat verlangt. Die Klägerin hat den Betrag für den Mai 1998 bezahlt, aber auf 500.000 € Rückzahlung geklagt, da die Vorschrift des StrEG gegen EG-Recht verstoße und daher keine Anwendung finde.

Das Landgericht Kiel hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH mehrere Fragen vorgelegt. Die hier relevante dritte Frage lautet: *„Ist Art. 30 EGV* [entspricht wortgleich Art. 28 AEUV] *derart auszulegen, dass eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung bzw. Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 30 EGV vorliegen, wenn eine nationale Regelung Unternehmen verpflichtet, Strom aus erneuerbaren Energien zu Mindestpreisen abzunehmen und darüber hinaus Netzbetreiber ohne Gegenleistung zur Finanzierung heranzieht?“*

Der EuGH setzt sich in seinem Urteil mit der Frage der Vereinbarkeit von nationalen Mindestpreisen mit Art. 30 EGV [heute Art. 28 AEUV] auseinander (Rn. 68 ff.). Er bejaht das Vorliegen einer potentiellen Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, da die *„Abnahmepflicht der Elektrizitätsversorgungsunternehmen nur für Strom aus erneuerbaren Energien gilt, der im Geltungsbereich dieses Gesetzes (…) erzeugt wurde“* (Rn. 71). Bei der Frage der Rechtfertigung betont der EuGH, dass das Ziel der Regelung sowie die Besonderheiten des Strommarktes zu berücksichtigen seien (Rn. 72). Ziel sei hier der Umweltschutz durch die verstärkte Nutzung erneuerbarer Energiequellen. Dieser Ausbau sei ein wesentlicher Bestandteil der europäischen Ziele (Rn. 73, 74). Darüber hinaus seien die Mitgliedstaaten ermächtigt, der *„Elektrizitätserzeugung auf Grundlage erneuerbarer Energien Vorrang einzuräumen*“ (Rn. 77). Es sei zu

[5] EuGH, C-379/98, Urteil vom 13.03.2001.

beachten, dass die Erneuerbaren-Strom-Richtlinie *„Hemmnisse für den Elektrizitätshandel zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen lasse*“ (Rn. 78) und daher noch von keinem „fertigen“ Elektrizitätsbinnenmarkt auszugehen sei. Außerdem könne die Herkunft des Stroms nach seiner Einspeisung nicht mehr identifiziert werden (Rn. 79). Aus diesen Gründen kommt der EuGH im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, *„dass eine Regelung wie das geänderte Stromeinspeisungsgesetz beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet des Elektrizitätsmarktes nicht gegen Art. 30 EG* [Art. 28 AEUV] *verstößt“* (Rn. 81).

Die Entscheidung *PreussenElektra* stellt gewissermaßen den gedanklichen Ausgangspunkt der Argumentation in den beiden anhängigen Verfahren *Essent Belgium* und *Ålands Vindkraft* dar. Es stellt sich somit heute insbesondere die Frage, ob sich das Gemeinschaftsrecht seit dem Jahr 2001 so entwickelt hat, dass die Vereinbarkeit nationaler Förderregelungen mit der Warenverkehrsfreiheit anders bewertet werden muss als damals.

D. Ålands Vindskraft AB / Energiemyndigheten (C-573/12)

I. Ausgangssachverhalt

Im Zentrum des Verfahrens in Sachen *Ålands Vindkraft* steht die Vereinbarkeit der schwedischen Förderregelung für Strom aus erneuerbaren Energien und deren Vereinbarkeit mit der RL 2009/28/EG[6] sowie der Warenverkehrsfreiheit. Das schwedische Recht sieht vor, dass es Zertifikate für Grünstromerzeuger gibt, die am Markt frei gehandelt werden können. Damit können die Stromerzeuger zusätzliche Einnahmen erlangen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Zertifikate grundsätzlich nur für Strom, der in Schweden erzeugt wurde, erteilt werden. Bestimmte Stromversorger und Nutzer müssen diese Zertifikate in einer bestimmten Menge erwerben.

Die Ålands Vindkraft AB betreibt auf den Åland-Inseln, die zu Finnland gehören, eine Windanlage, die nur an das schwedische Verteilernetz angeschlossen ist. Am 30.11.2009 hat sie die Zulassung für die Zuteilung grüner Zertifikate in Schweden beantragt. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 09.06.2010 abgelehnt, da die Erzeugungsanlage nicht in Schweden liege. Daraufhin hat die Ålands Vindkraft AB Klage auf Aufhebung des Bescheids erhoben. Das nationale Gericht hat beschlossen, das Verfahren auszusetzen und u.a. folgende Fragen dem EuGH vorzulegen:

> *1. (…) Sind Art. 2 Abs. 2 Buchst. k und Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2009/28 so auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaate erlauben, eine nationale Förderregelung wie oben dargestellt anzuwenden, bei der nur Erzeuger, die geografisch im Hoheitsgebiet des Staates*

[6] Die entscheidende Regelung des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der RL lautet: *„Unbeschadet der Artikel 87 und 88 des Vertrages [Art. 107 und 108 AEUV] haben die Mitgliedstaaten das Recht, gemäß den Artikeln 5 bis 11 dieser Richtlinie zu entscheiden, in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen fördern wollen.*“

belegen sind, berücksichtigt werden können und die zur Folge hat, dass diese Erzeuger im Verhältnis zu den Erzeugern, die keine Stromzertifikate zugeteilt bekommen können, wirtschaftlich begünstigt werden?

2. Kann eine Regelung wie sie in der ersten Vorlagefrage beschrieben worden ist – im Licht von Art. 34 AEUV – als eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung betrachtet werden?

3. Wenn die zweite Vorlagefrage bejaht wird: Kann eine derartige Regelung unter Berücksichtigung des Ziels, die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu fördern, mit Art. 34 AEUV vereinbar sein?

II. Wie sieht es der GA?[7]

In seinen Schlussanträgen vom 28.01.2014 folgt GA Bot dem Grunde nach seiner bereits in den Schlussanträgen zum Verfahren in Sachen *Essent* vorgetragenen Argumentation (vgl. hierzu noch näher im Abschnitt E.). Im Gegensatz zu *Essent* wird in den Schlussanträgen zu *Ålands Vindkraft* aber weitaus deutlicher, dass der GA Zertifikatsysteme, die wie das schwedische Modell nur Strom aus erneuerbaren Quellen fördern, der innerhalb der Staatsgrenzen erzeugt wird, nicht nur im Einzelfall, sondern grundsätzlich als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit einordnet. Denn er hält neben der schwedischen Regelung auch die in der EE-RL ausgesprochene sekundärrechtlichen Erlaubnis in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2009/28/EG für unvereinbar mit der Warenverkehrsfreiheit.

1. Erlaubt die EE-Richtlinie territoriale Förderbeschränkungen?

Der GA bejaht die Möglichkeit, im Rahmen der RL 2009/28/EG territoriale Beschränkungen von nationalen Förderregelungen für grüne Energie zu gewähren (Rn. 44). Seiner Auffassung nach erlaube der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der RL eine Entscheidung der Mitgliedstaaten darüber, ob und wie sie grüne Energie fördern sowie ob und wie sie mit anderen Mitgliedstaaten Vereinbarungen treffen. Die Art. 6 bis 11 der RL, die die Kooperation mit anderen Mitgliedstaaten oder Drittländern regeln, seien als freiwillige Maßnahmen ausgestaltet. Darüber hinaus würde die Ausgestaltung der Ziele der RL 2009/28/EG ebenfalls dafür sprechen, da lediglich das Gesamtziel verbindlich sei, der Mitgliedstaat jedoch in der Wahl der Mittel zur Umsetzung des Ziels frei sei.

[7] Generalanwalt Yves Bot, 28.1.2014, C-573/12.

2. Steht Art. 34 AEUV einer solchen Beschränkung entgegen?

a) Liegt eine Beschränkung des Warenverkehrs vor?

Der GA bejaht die Beschränkung des Warenverkehrs, da die Förderung des schwedischen Grünstroms einen Vorteil für die schwedischen Grünstromerzeuger darstelle, die dadurch begünstigt würden (Rn. 74 ff.). Die Begünstigung der einen Stromerzeuger würde wiederum zur Benachteiligung der anderen Stromerzeuger und dadurch zu einer Beschränkung des gesamten Handels führen.

b) Kann die Beschränkung gerechtfertigt werden?

Eine Rechtfertigung kommt grundsätzlich in Betracht, wenn die Bestimmung der Verwirklichung des Umweltschutzes dient. Dies verneint der GA aus mehreren Gründen. Die wesentlichen sind:

- Die Entscheidung des EuGH in Sachen *PreussenElektra* könne nicht aufrechterhalten werden, da eine Veränderung des Rechtsrahmens vorliege. Er betont, dass zum einen der Prozess der Liberalisierung des Energiebinnenmarktes weit fortgeschritten sei und zum zweiten ein System der wechselseitigen Anerkennung von Herkunftsnachweisen bestehe (Rn. 83 ff.).
- Zudem bestehe keine Gefahr der Destabilisierung der Funktionsfähigkeit der Förderregelungen: Es gebe keinen Nachweis darüber, dass die Öffnung der nationalen Regelungen zu einer Destabilisierung der nationalen Regelungen führe, daher könne dies nicht als Argument angeführt werden. Außerdem könne dem Risiko eines Preisverfalls bei Zertifikaten beispielsweise durch eine entsprechende Erhöhung der Quotenanforderungen entgegengewirkt werden (Rn. 97 f.).
- Für eine Öffnung sei kein Kooperationsmechanismus erforderlich: Bisher gebe es zwar nur ein Kooperationsabkommen. Es sei jedoch nicht zwingend, dass ein solcher Mechanismus vorliege, da der Abschluss von Kooperationsabkommen und die Öffnung der nationalen Märkte parallel laufen könnten (Rn. 99 ff.).
- Die Kontrolle über den nationalen Energiemix nach Art. 194 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV werde den Mitgliedstaaten nicht genommen; die Öffnung sei lediglich ein „Berühren“ der nationalen Politik, aber keine Einschränkung des Souveränitätsvorbehalts (Rn. 103 f.).

Der GA folgert daraus, dass territoriale Beschränkungen wie die im Ausgangsverfahren nicht gerechtfertigt sind und somit nicht mit Art. 34 AEUV vereinbar sind (Rn. 110). Er fordert, die RL 2009/28/EG insoweit für ungültig zu erklären (Rn. 111). Dies soll innerhalb von 24 Monaten nach der Verkündung des Urteils geschehen, damit ausreichend Zeit sei, die RL zu ändern (Rn. 121).

III. Bewertung

Nachfolgend wird kritisch auf den Prüfungsaufbau (dazu unter 1.) und die inhaltliche Bewertung (dazu unter 2.) in den Schlussanträgen eingegangen.

1. Kritik am angelegten Prüfungsmaßstab

Bei der rechtlichen Beurteilung der Vereinbarkeit von nationalen Förderregelungen mit dem europäischen Vorgaben sind sowohl die primärrechtlich verankerte Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV als auch die Regelungen der RL 2009/28/EG als sekundärrechtliche Vorgaben zu beachten. Es stellt sich somit die Frage, ob eine nationale Förderregelung direkt anhand des Art. 34 AEUV geprüft werden muss oder aber die Richtlinie 2009/28/EG der richtige Anknüpfungspunkt ist. Nach Rechtsprechung des EuGH kommt eine Prüfung anhand des Sekundärrechts dann in Betracht, wenn der betroffene Bereich vollständig harmonisiert ist, d.h. abschließend geregelt ist[8]. Liegt eine abschließende Regelung nicht vor, bleibt eine Prüfung anhand des Primärrechts notwendig. Fraglich ist daher, wann eine Regelung als abschließend anzusehen ist.

Zur Frage des Grades der Harmonisierung durch die Richtlinie 2009/28/EG werden verschiedene Auffassungen vertreten. So wird das Primärrecht für anwendbar erklärt, da gerade keine vollständige Harmonisierung vorliege[9]. Für das Fehlen einer vollständigen Harmonisierung und damit für die Anwendbarkeit des Primärrechts spricht unter anderem Erwägungsgrund 25, in dem es heißt: *„Diese Richtlinie zielt darauf ab, die grenzüberschreitende Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu erleichtern, ohne die nationalen Förderregelungen zu beeinträchtigen. (…) Um die Wirksamkeit der beiden Maßnahmen zur Zielerfüllung, also der nationalen Förderregelungen und der Mechanismen der Zusammenarbeit, zu gewährleisten, ist es unbedingt notwendig, dass die Mitgliedstaaten entscheiden, ob und in welchem Umfang ihre nationalen Förderregelungen für in anderen Mitgliedstaaten erzeugte Energie aus erneuerbaren Quellen gelten (…)*“.

[8] EuGH, C-324/99 (Daimler Chrysler), Urteil vom 13.12.2001, Rn. 32: *„Hierzu ist von Belang, dass alle nationalen Maßnahmen in einem Bereich, für den auf Gemeinschaftsebene eine harmonisierte Regelung geschaffen worden ist, anhand dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand der Artikel 30, 34 und 36 EG-Vertrag zu beurteilen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Oktober 1993 in der Rechtssache C-37/92, Vanacker und Lesage, Slg. 1993, I-4947, Randnr. 9).“*

[9] So zum Beispiel *J. Gundel,* EnWZ 2014, S. 104: *„Zugleich wird aber völlig zutreffend der Maßstab der Grundfreiheiten weiter für anwendbar erklärt, weil die Richtlinie keine materielle Harmonisierung der Förderbedingungen enthält, mit der die Binnenmarkthindernisse eingeebnet würden*.“ Ebenso *C. Ringel / C. Bitsch*, Die Neuordnung des Rechts der Erneuerbaren Energien in Europa, NVwZ 2009, S. 809; vgl. dazu auch: *M. Schmidt-Preuß* in FS für P. Salje, Das EEG: Aktuelle rechtliche Fragen und Probleme, 2013, S. 404: *„Dafür bedürfe es einer sachlichen abschließenden Regelung. Das kann man von der Regenerative-Energien-Richtlinie aus dem Jahr 2009 nicht sagen*.“

Es gibt jedoch in der Literatur auch Stimmen, die die RL 2009/28/EG als abschließend ansehen und daher die Richtlinie selbst als Prüfungsmaßstab verwenden[10].

GA Bot sieht hingegen eine Prüfung des Art. 34 AEUV für notwendig an, da seiner Auffassung nach „*die Richtlinie 2009/28 den materiellen Gehalt der Förderregelungen, mit denen die Nutzung grüner Energie gefördert werden soll, nicht harmonisiert hat*“ (Rn. 61). Das heißt, er sieht die Richtlinie 2009/28/EG nicht als abschließende Regelung an. GA Bot prüft einen Verstoß der nationalen Maßnahme gegen die Richtlinie (den er verneint) und prüft dann einen Verstoß der nationalen Maßnahme gegen die Warenverkehrsfreiheit (den er bejaht), um daraus ohne eine weitere Prüfung auf die (Un-)Vereinbarkeit der Richtlinie mit der Warenverkehrsfreiheit zu schließen.

Die bisher geschilderten Ansichten, einschließlich derer des GAs, übersehen jedoch, dass es sich bei der RL 2009/28/EG um einen Sonderfall in der Diskussion um das Vorliegen einer abschließenden Regelung handelt. Da die Förderregelungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich weiter territorial beschränkt sein dürfen, kann nicht von einer abschließend harmonisierenden Regelung gesprochen werden. Allerdings hat der Unionsgesetzgeber diesen Aspekt nicht, wie etwa im Falle einer bloß teilweisen Harmonisierung, einfach ungeregelt gelassen, sondern mit Art. 3 Abs. 3 UAbs.2 EE-RL ausdrücklich von seinem gesetzgeberischen Ermessen Gebrauch gemacht. Damit entfaltet Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL eine Sperrwirkung gegenüber der Anwendung der Warenverkehrsfreiheit, die mit der Wirkung einer abschließenden Regelung vergleichbar ist[11]. Die Sperrwirkung entsteht in diesem Fall dadurch, dass der Unionsgesetzgeber durch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL eine einer abschließende Entscheidung vergleichbare gesetzgeberische Wertung getroffen hat, als er sich aktiv dafür entschieden hat, die nationalen Förderregelungen einstweilen keiner Harmonisierung zu unterziehen. Ein Rückgriff auf das Primärrecht ist durch die Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens nicht mehr notwendig und aufgrund der Sperrwirkung auch nicht zulässig.

Richtigerweise muss somit die Vereinbarkeit der nationalen Maßnahme mit dem Sekundärrecht und anschließend die Vereinbarkeit des Sekundärrechts mit dem Primärrecht geprüft werden. Dafür spricht unter anderem die zwar uneinheitliche, aber von der Tendenz her in

[10] *J. Kühling / J. Haucap*, et 3/2013, Zeit für eine grundlegende Reform der EEG-Förderung – das Quotenmodell, S. 48; *C. Erk,* Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 213; *J. Haucap / C. Klein / J. Kühling*, Die Marktintegration der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien, 1. Auflage 2013, B. III. b)., S. 38: „„*Insoweit konkretisieren die sekundärrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen in der Konzeption des EuGH die primärrechtlichen Grundfreiheiten*.“; *J. Weigt*, Marktintegration im Lichte der europäischen Rahmensetzungen, ZNER 2009/3, S. 206; *U. Ehricke* in Frenz/Müggenborg, Kommentar zum EEG, 3. Auflage 2013, Einleitung, Rn. 44.

[11] *M. Kahles / T. Müller,* Legal assessment of “discriminating market barriers” in national support systems, in: R. Hinrichs-Rahlwes (Hrsg.), Sustainable Energy Policies for Europe, 2013, S. 65 ff. Siehe dazu auch: *R. Scholz / C. Moench / B. Herz*, Verfassungs- und europarechtliche Grundsatzfragen einer EEG-Reform, 2014, S. 133 f.. Auch die Bundesregierung geht nimmt in ihrer Stellungnahme zum *Åland*-Fall an, dass der Unionsgesetzgeber diesen Freiraum bewusst geschaffen hat und damit „eine Störung des freien Warenverkehrs“ hinnehmen wollte.

diese Richtung weisende Rechtsprechung des EuGH[12]. Der vom GA in den Schlussanträgen getätigte Rückschluss von der seiner Ansicht nach gegen Art. 34 AEUV verstoßenden nationalen Maßnahme auf die gleichzeitige Ungültigkeit von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL widerspricht somit der Normenhierarchie des Unionsrechts, die GA Bot selbst noch in den Rn. 63 ff. betont.

Natürlich muss Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL selbst mit der Warenverkehrsfreiheit in Einklang stehen, um eine Sperrwirkung, wie die soeben geschilderte, entfalten zu können[13]. Um dies feststellen zu können, hätte sich der GA aber mit der Frage nach dem Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers bei der Beschränkung der Grundfreiheiten beschäftigen müssen. Die Konsequenz des hier kritisierten Verstoßes gegen die Normenhierarchie und dem aus ihr folgenden Prüfungsmaßstab in den Schlussanträgen ist allerdings, dass die an sich notwendige Erörterung des Ermessensspielraums des Unionsgesetzgebers unterbleibt. In der (deutschen) rechtswissenschaftlichen Literatur ist der Grad der Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten durchaus umstritten. Hier werden von einer Verneinung der Bindung über die Bindung an die „Grundsätze" der Grundfreiheiten bis hin zur Annahme einer Bindungswirkung, die ebenso stark ist, wie diejenige der Mitgliedstaaten, verschiedenste Meinungen vertreten[14]. Der EuGH spricht dem Unionsgesetzgeber hier in der Regel einen weiten Ermessensspielraum zu. Bislang war der EuGH daher auch äußerst zurückhaltend, wenn es darum ging, eine sekundärrechtliche Vorschrift wegen des Verstoßes gegen die Grundfreiheiten für unwirksam zu erklären[15]. So gesteht der EuGH dem Gesetzgeber auch zur lediglich etappenweisen Harmonisierung ein weites Ermessen zu[16]. Mit diesem Rechtsprechungshintergrund zum Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers setzt sich der GA nicht auseinander[17]. Ihm reicht

[12] Vergleiche dazu beispielsweise: Zur Anwendung des Primärrechts: EuGH, C-471/04, Rn. 45. Zur Anwendung des Sekundärrechts: EuGH, C-322/01, Rn. 52 bis 54; EuGH, C-167/01, Rn. 58; EuGH, C-2/90, Rn. 20, 21.

[13] *T. Müller*, Neujustierung des europäischen Umweltenergierechts im Bereich der Erneuerbarer Energien?, in: W. Cremer/ J.-C. Pielow, Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht, S. 142, 169 ff.; *M. Kahles / T. Müller,* Legal assessment of "discriminating market barriers" in national support systems, in: R. Hinrichs-Rahlwes (Hrsg.), Sustainable Energy Policies for Europe, 2013, S. 65 ff.

[14] Vgl. für einen Überblick: *T. Müller*, Neujustierung des europäischen Umweltenergierechts im Bereich der Erneuerbarer Energien?, in: W. Cremer/ J.-C. Pielow, Probleme und Perspektiven im Energieumweltrecht, S. 142, 169 ff. Für eine Bindung sprechen sich z.B. aus: *U. Becker* in J. Schwarze, AEUV-Kommentar, 3. Auflage, Art. 34 AEUV, Rn. 101; *S. Leible / T. Streinz* in E. Grabitz / M. Hilf / M. Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 52. EL 2014, Art. 34 AEUV, Rn. 36; ebenso *W. Schroeder* in R. Streinz, Kommentar zum AEUV, 2. Auflage, Art. 34 AEUV, Rn. 29, der insbesondere den Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers unterstreicht. Auch der EuGH bejaht eine Bindung der Organe in ständiger Rechtsprechung; vgl. dazu das Urteil vom 17.05.1984, C-15/85, Rn. 15.
Eine andere Auffassung vertritt *T. Kingreen* in C. Calliess / M. Ruffert, AEUV- Kommentar, 4. Auflage, Art. 36 AEUV, Rn. 220, der eine Grundrechtsbindung der EU-Organe bejaht, eine Bindung an die Grundfreiheiten aber ablehnt.

[15] Im Fall Ramel ging es um eine Verordnung, aufgrund derer Frankreich Zölle auf den Import von italienischen Weinen erhoben hat. Der EuGH (Urteil vom 20.04.1978, C-80/77 - Henri Ramel, Rn. 38) hat entschieden, dass er den streitgegenständlichen Teil der Verordnung für mit dem Vertrag unvereinbar hält und folglich für ungültig
Der Fall EuGH *Diageo,* C-457/05, Slg. 2007, S. I-08075 (vgl. hierzu: *J. Gundel*, Gespaltene Harmonisierung, EuR 2008, 248 ff.; *S. Leible*, Anm. EuGH *Diageo*, EuZW 2007, 730, 732 ff.), ist zwar jüngeren Datums, betrifft jedoch eine Richtlinie aus dem Jahr 1975. In diesem Fall hat der EuGH eine Richtlinie für teilweise ungültig erklärt.

[16] EuGH *Rewe*, Rs. 37/83, Slg. 1984, 1229.

[17] Die von ihm in Rn. 68 eher beiläufig genannten EuGH-Entscheidungen betreffen andere Sachverhalte:

der bloße Rückschluss von der Annahme eines Verstoßes der schwedischen Regelung direkt gegen Art. 34 AEUV aus, um auch den für alle 27 mitgliedstaatlichen Förderregelungen geltenden Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL gleichzeitig ohne weitere Prüfung oder den Versuch einer primärrechtskonformen Auslegung für ungültig zu erklären.

2. Kritik an der Argumentation im Einzelnen

Neben der soeben geäußerten dogmatischen Kritik an der Vorgehensweise des GA innerhalb der Schlussanträge, die in der Praxis zu unabsehbaren Folgen für alle Förderregelungen für Strom aus erneuerbaren Energien in der Union führen könnte, überzeugen auch die einzelnen Argumente nicht, die in den Schlussanträgen aufgeführt werden, um eine ungerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch das schwedische Fördersystem und Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL festzustellen. Die nachfolgende Bewertung der durch den GA vorgebrachten Argumente gegen die Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit richtet sich zur besseren Orientierung innerhalb der Schlussanträge nach der vom GA vorgebrachten Reihenfolge.

a) Aufgabe von PreussenElektra?

Eine Aufgabe der Argumentation aus der Entscheidung *PreussenElektra* überzeugt entgegen der Auffassung von GA Bot nicht, da seit dieser Entscheidung aus dem Jahr 2001 die Vollendung des Strombinnenmarktes zwar weiter fortgeschritten, aber noch nicht ersichtlich ist und trotz der Herkunftsnachweise weiterhin erhebliche Handelshemmnisse bestehen[18].

Die Voraussetzungen für einen funktionierenden Binnenmarkt sind, dass wichtige Bestandteile eines Binnenmarktes im Sinne des AEUV[19], also ein existierender Wettbewerb, die Gewährung der Grundfreiheiten sowie der Ausgleich zwischen den verschiedenen Zielen der EU[20]

Die ersten beiden Fälle, auf die Bot verweist, beziehen sich nicht auf die Warenverkehrsfreiheit. Im dritten Fall (siehe dazu auch Fn. 34, C-457/05, Diageo) wurde eine Vorschrift aus einer RL aufgrund eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit für ungültig erklärt, die ein Verbot enthalten hat, welches dem Zweck der Richtlinie entgegenstand. Auch dieser Fall unterscheidet sich erheblich von der hier vorliegenden Konstellation: Hier handelt es sich um eine Erlaubnisnorm, die darüber hinaus darauf abzielt, die Ziele der Richtlinie zu unterstützen und das Spannungsverhältnis zwischen Umweltschutz und Warenverkehr auszugleichen. Darüber hinaus wurden in diesem Fall zur Rechtfertigung Gründe des Verbraucherschutzes ins Feld geführt.

[18] Mit den Schlussanträgen belebt GA Bot eine seit langem schwelende Diskussion wieder: Vgl. *U. Karpenstein/C. Schneller,* Stromeinspeisungsgesetze im Binnenmarkt, RdE 2005, 6, 13, die bereits zum damaligen Zeitpunkt davon ausgehen, dass die „Bedingung" der *PreussenElektra*-Entscheidung eingetreten sei. Gegen diese These allerdings: *W. Cremer,* Staatlich geförderter Klimaschutz und Gemeinschaftsrecht - Sind das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) seit dem 1.7.2007 gemeinschaftsrechtswidrig?, EuZW 2007, 591, 593 ff.; *S. Klinski,* Zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Binnenmarkt – Neubewertung unter Berücksichtigung der Richtlinien 2003/54/EG und 2001/77/EG, ZNER 2005, 207 ff.

[19] Art. 26 Abs. 2 AEUV: *„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren (…) gewährleistet ist*."

[20] Siehe dazu die Aufzählung in Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2 EUV, die keine Rangfolge der Ziele erkennen lässt: (1) *„Die Union errichtet einen Binnenmarkt*." (2) *„Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas […], eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, […] sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin*."

(wie z.B. in diesem Fall das Ziel des Umweltschutzes), gegeben sind. Hierbei ist bisher nicht abschließend geklärt, ob es allein auf die rechtliche oder vielmehr auch auf die tatsächliche Verwirklichung des Binnenmarkt-Ziels[21] ankommt. Von dem Erlass von Maßnahmen auf europäischer Ebene bereits auf die Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarkts zu schließen, würde auf jeden Fall zu kurz greifen. Vielmehr bedarf es neben der vollständigen Umsetzung des europäischen Rechtsbestands durch die Mitgliedstaaten[22], einer wohl zumindest ansatzweisen tatsächlichen Verwirklichung des Strombinnenmarktes, also eines europäischen Marktes, in dem weitgehend keine Handelshemmnisse bestehen[23]. Zwar hat sich der europäische Strommarkt in den letzten Jahren weiterentwickelt. Eine Vollendung des Strombinnenmarktes ist jedoch noch nicht in Sicht. Gegen eine vollständige Liberalisierung spricht vor allem, dass weder die technischen Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb gegeben sind noch die Grundfreiheiten ohne Hemmnisse gewährt werden. Es besteht nach wie vor eher „*das Bild eines noch unvollendeten Strommarktes*[24]“. Der Handel mit Strom ist nach wie vor beschränkt, es fehlt an einer „*hinreichenden Marktdurchdringung*[25]“.

In Bezug auf die rechtliche Entwicklung des Elektrizitätsbinnenmarktes ist zu berücksichtigen, dass seit der Entscheidung in Sachen *PreussenElektra* im Jahr 2001 als weitere normative Schritte mittlerweile bereits das Dritte Elektrizitätsbinnenmarktpaket (insb. mit RL 2009/72 zum Elektrizitätsbinnenmarkt sowie VO 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel) sowie die RL 2009/28/EG[26] erlassen wurden. Darüber hinaus sind die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 04.02.2011 sowie 18./19.10.2012[27] zu berücksichtigen. Es bleibt jedoch der Kritikpunkt bestehen, dass GA Bot ohne die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt zu würdigen, allein aufgrund der Aufzählung der zur Verwirklichung des Binnenmarkts ergangenen Richtlinien, von einem verwirklichten und funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt ausgeht (Rn. 84 ff.). Dies verwundert umso mehr, als an anderer Stelle (Rn. 98) durchaus auf die fortbestehenden tech-

[21] Siehe hierzu die Mitteilung der KOM vom 15.11.2012, „Ein funktionierender Energiebinnenmarkt, COM(2012) 663 final, Einleitung, S. 2; siehe auch Schlussfolgerungen auf der Tagung des Europäischen Rates am 04.02.2011, EUCO 2/1/11, Rn. 4; in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates zur Tagung vom 22.5.2013, EUCO 75/1/13, Rn. 2, wird dieses Ziel ausdrücklich bekräftigt.

[22] Vgl. dazu *A. Hatje,* in: J. Schwarze, EU-Kommentar, 3. Auflage, Art. 26 AEUV, Rn. 21 sowie *M. Schröder,* in: R. Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, Art. 26 AEUV, Rn. 39, die insoweit von einer quantitativen Verwirklichung des Binnenmarktes sprechen.

[23] Vgl. dazu auch die Ausführungen bei *C. König*, der darauf abstellt, dass der *„Europäische Rat […] die Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes in seinen Schlussfolgerungen in einen Zusammenhang mit der Umsetzung der Binnenmarktrichtlinien, der mittlerweile erfolgten Verabschiedung der Verordnung über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarktes (REMIT), das Market Coupling und die Entwicklung von Netzkodizes sowie den Ausbau der grenzüberschreitenden Infrastruktur [stellt]“, C. König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, 2013, S. 337 f.*

[24] *M. Schmidt-Preuß* in FS für P. Salje, Das EEG: Aktuelle rechtliche Fragen und Probleme, 2013, S. 405.

[25] *M. Schmidt-Preuß* in FS für P. Salje, Das EEG: Aktuelle rechtliche Fragen und Probleme, 2013, S. 405.

[26] 62. Erwägungsgrund der RL 2009/28/EG: Ziel ist ein voll funktionierender Elektrizitätsbinnenmarkt.

[27] Die Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarktes soll danach bis Ende 2014 stattfinden.

nischen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Stromhandel, *„insbesondere im Zusammenhang mit den Schwierigkeiten beim Netzzugang und dem Fehlen von Verbünden“* hingewiesen wird. Dieser Widerspruch bleibt unaufgelöst bestehen, sodass sich auch hier wiederum der Eindruck aufdrängt, der zweite Schritt (die Verkündung eines verwirklichten und funktionierenden Binnenmarkts) werde vor dem ersten Schritt (der Schaffung der erforderlichen grenzüberschreitenden Netzinfrastruktur) gemacht.

Des Weiteren führt die bloße Existenz von Herkunftsnachweisen nicht dazu, dass der grenzüberschreitende Handel mit Strom aus erneuerbaren Energien vollständig funktioniert. Es gibt nach wie vor auch grünen Strom, der nicht als solcher gehandelt wird, wie zum Beispiel im Rahmen des deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG). Danach kann Grünstrom direkt vermarktet werden oder eingespeist werden, um dann als sogenannter Graustrom auf den Markt zu kommen. Daraus folgt, dass nicht jeder grüne Strom auch als Grünstrom gehandelt wird. Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die *Åland*-Inseln selbst ein weiteres Beispiel dafür liefern, dass auch die Existenz von Herkunftsnachweisen allein nicht dazu geführt hat, dass jeder grüne Strom auch als solcher gehandelt wird. Auf den Åland-Inseln wird 25% des dortigen Stroms von den Windanlagen auf der Insel selbst produziert, 75% wird aus Schweden importiert. Da der „Windstrom“ sowie der „schwedische“ Strom in denselben Leitungen fließen, ist nicht eindeutig, welcher Strom „grün“ ist und welcher nicht.[28] Somit ist das umfassende Verneinen der Rechtfertigungsgründe aus *PreussenElektra* nicht überzeugend.

b) Die Gefahr der Destabilisierung von Förderregelungen

GA Bot meint, dass eine solche Gefahr im Verfahren nicht ausreichend belegt worden sei. Daraus lässt sich jedoch in der Konsequenz darauf schließen, dass die Gefahr der Destabilisierung und des Verlusts der Kostenkontrolle (vgl. hierzu unten[29]) grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund darstellen können. Zusätzlich führt GA Bot an, dass dem Risiko eines Preisverfalls nach einer Öffnung des Zertifikatesystems für EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten durch eine entsprechende Erhöhung der Quotenanforderungen begegnet werden kann. Angenommen, diese Argumentation würde für Quotensysteme, wie es das schwedische System darstellt, zutreffen, dürfte eine einfache Übertragbarkeit auf Instrumente der Preissteuerung wie das Einspeisesystem des EEG nicht möglich sein. Hier bleibt als Regulierungsmechanismus im Falle einer unkontrollierten Förderung von EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten die Absenkung des Förderniveaus, was sowohl dem allgemeinen Unionsziel des Umweltschutzes als auch dem Ziel der EE-RL 2009/28/EG klar widersprechen würde.

[28] EnWZ 3/2014, Aktuelles aus Europa, Aktuell V.
[29] Vgl. unter E.III., S.21 f.

c) Das Erfordernis einer Kooperationsvereinbarung.

GA Bot vertritt auch die Ansicht, dass die Öffnung der nationalen Fördersysteme nicht mit der Einführung eines Kooperationsmechanismus einhergehen müsse. Der Abschluss von Kooperationsabkommen werde nicht eingeschränkt; vielmehr könne die Öffnung der nationalen Märkte dazu führen, dass die Systeme aufeinander abgestimmt würden.

Damit verkehrt GA Bot aber das System der RL 2009/28/EG in sein Gegenteil. Denn die Erfüllung der dort ausgegebenen verbindlichen Ziele für die Mitgliedstaaten orientiert sich am Bruttoendenergieverbrauch. Für den Zweck der Berechnung des EE-Anteils enthält Art. 5 Abs. 3 RL 2009/28/EG allerdings die Fiktion, dass der Bruttoendenergieverbrauch von Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen als die Elektrizitätsmenge berechnet wird, die in einem Mitgliedstaat aus erneuerbaren Energiequellen *erzeugt* wird. Dies würde in der Logik von GA Bot allerdings bedeuten, dass die Mitgliedstaaten EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten fördern müssten, ohne sicher zu sein, dass ihnen dieser Beitrag auch auf ihr Ziel angerechnet wird. Denn eben hierfür ist nach dem System der RL 2009/28/EG die Vereinbarung über einen Kooperationsmechanismus nach Art. 6 ff. RL 2009/28/EG erforderlich und sinnvoll.

d) „Bloße Berührung“ oder Verletzung des Souveränitätsvorbehalts der Mitgliedstaaten nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV?

Als Vorbemerkung sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV eine Grenze der Kompetenz der Union in Energiefragen darstellt. Damit ist die Norm dogmatisch streng genommen nicht als Rechtfertigungsgrund einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu prüfen[30]. Allerdings kann Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV der allgemeine Grundsatz entnommen werden, dass den Mitgliedstaaten auch angesichts des Ziels der Union einen gemeinsamen Energiebinnenmarkt zu schaffen, noch relevante Entscheidungsspielräume in Energiefragen verbleiben müssen. Außerdem geht der GA in seiner Argumentation explizit auf Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV ein, weswegen auch hier zu den Ausführungen Stellung genommen werden soll.

Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV gewährt den Mitgliedstaaten die Nutzung ihrer Ressourcen, die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen sowie die allgemeine Struktur der Energieversorgung zu bestimmen. GA Bot sieht Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV als nicht verletzt an, die Entscheidung der Mitgliedstaaten für eine bestimmte Energiepolitik werde lediglich „*berührt*“. Eine solche Berührung sei zulässig, da bereits durch die Festlegung verbindlicher EE-Ziele

[30] Diese Frage müsste entweder bei der Frage der Kompetenzen geprüft werden oder aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Rechtfertigung. In letzterem Fall könnte man überlegen, ob man die Maßstäbe aus Art. 194 AEUV auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit überträgt. Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit der Argumentation wird jedoch an dieser Stelle auf Art. 194 AEUV eingegangen.

durch die Union in der RL 2009/28/EG die Zusammensetzung des Energiemixes der Mitgliedstaaten zwangsläufig beeinflusst werde. Mit dieser verkürzten Argumentation lässt GA Bot allerdings einige Aspekte außer Acht:

Er vernachlässigt die Frage nach der Reichweite des Souveränitätsvorbehalts des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV. So enthält Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV im Gegensatz zu Art. 192 Abs. 2 Buchst. c) AEUV keine Erheblichkeitsschwelle. Eine solche wird zwar teilweise dennoch angenommen[31], ergibt sich jedoch nicht aus dem Wortlaut. Insofern könnte auch ein von GA Bot angenommenes „*berühren*" der Wahl der Mitgliedstaaten zwischen den verschiedenen Energiequellen ausreichen, um die Kompetenzsperre des Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV auszulösen.

Gegen das Argument, eine verpflichtende Öffnung nationaler Förderregelungen verletze die Möglichkeit der Bestimmung des nationalen „Energiemix" gemäß Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, spricht, dass die Staaten immer noch bestimmen können, welche Energiequellen sie wie fördern möchten. Durch eine Öffnung wird der jeweilige Energiemix nur teilweise verändert.

Für einen Verstoß gegen Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV spricht jedoch, dass die Mitgliedstaaten die Kontrolle darüber verlieren, was durch die inländischen Mittel gefördert wird. Dadurch kann auch die Gefahr der Unterförderung im eigenen Land entstehen, da durch die zusätzliche Förderung „externer" Energie zu wenige Ressourcen für die eigenen Ziele vorhanden sind (vgl. unten[32]). Diese Erwägungen stehen stark in Verbindung mit dem Bestimmungsrecht der Mitgliedstaaten über die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung nach Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV, worauf GA Bot in seiner pauschalen Ablehnung des sich aus Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV ergebenden Souveränitätsvorbehalts überhaupt nicht eingeht. Zumindest wäre es hier die Aufgabe gewesen, sich zum Beispiel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit der Frage der Mengenbegrenzung der Förderung ausländischer Energie als milderes Mittel zur vollständigen Öffnung zu befassen.

IV. Zusammenfassung

Aufgrund der soeben aufgeführten Argumentation kommt GA Bot zu dem Schluss, dass das schwedische System gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt. Hieraus folgert er ohne weitere Prüfung, dass auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL, der den Mitgliedstaaten die territoriale Beschränkung der Förderwirkung ihrer Förderregelungen erlaubt, wegen Verstoßes gegen die

[31] Dies wird zum Teil damit begründet, dass die Vorschrift eng auszulegen ist (siehe dazu *C. Calliess* in ders. / M. Ruffert, AEUV-Kommentar, Art. 194 AEUV, Rn. 28); angeführt wird auch die Nähe („Schulterschluss") zu Art. 192 Abs. 2 lit. c AEUV, der eine Erheblichkeitsschwelle beinhaltet (*S. Bings* in R. Streinz, AEUV-Kommentar, 2. Auflage, Art. 194 AEUV, Rn. 40); darüber hinaus wird argumentiert, dass der „Schweregrad des Eingriffs" entscheidend sei, da nicht jede energiepolitische Entscheidung zu einer Verletzung der mitgliedstaatlichen Rechte führen könne (*S. Neveling*, Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 54. Jahrgang (2004), Heft 5, S. 343).
[32] Siehe unter E.III., S. 21 f.

Warenverkehrsfreiheit für ungültig zu erklären ist (Rn. 111). Diese Unwirksamkeit hätte weitreichende Konsequenzen über den Fall Åland hinaus, da damit für alle Förderregelungen der Mitgliedstaaten der bisherige sekundärrechtliche Schutz entfallen würde.

Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit liegt hier zwar vor, jedoch ist im Gegensatz zur Argumentation von GA Bot eine Rechtfertigung dieser Beschränkung anzunehmen. Die Rechtfertigung anhand der Argumente der Entscheidung des EuGH in Sachen *PreussenElektra* lässt sich auch heute nicht von vornherein ablehnen, sondern ist, unter Beachtung der Weiterentwicklung des Elektrizitätsbinnenmarkts, weiterhin anzuwenden. Darüber hinaus sind auch die übrigen von GA Bot vorgetragenen Argumente zu entkräften. Vor allem scheidet eine einfache Übertragbarkeit der Argumentation im Rahmen der Rechtfertigung von GA Bot auf andere Fördersysteme, insbesondere im Fall von Einspeisesystemen, aus. Nach hier vertretener Auffassung ist darüber hinaus ein Rückschluss von der Einordnung der nationalen Maßnahme auf die Ungültigkeit von Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV nicht zulässig. Vielmehr sprechen im Kern dieselben Argumente für die Primärrechtskonformität des Art. 3 Abs. 3 Uabs. 2 EE-RL, wie sie im Rahmen der Kritik der einzelnen Argumente in den Schlussanträgen bereits vorgetragen wurden[33]. Denn auch der Unionsgesetzgeber stand bei Erlass der EE-RL vor der Aufgabe dem Erfordernis des freien Warenverkehrs und dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes gerecht zu werden. Die gesetzgeberische Entscheidung, bei dem derzeit immer noch unvollendeten Stand des Elektrizitätsbinnenmarkts und mangels eines konsensfähigen europaweiten Fördersystems, die Möglichkeit zur territorialen Beschränkung der Förderregelungen der Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL festzuschreiben, stellt sich im Hinblick auf den damit erzielten Umwelt- und Klimanutzen durch den Ausbau erneuerbarer Energien als gerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit dar.

E. Essent Belgium NV / VREG (C-204/12-208/12)

Neben dem Fall *Ålands Vindkraft* beschäftigt den EuGH die Frage nach der Zulässigkeit der territorial begrenzten Förderung erneuerbarer Energien durch die Mitgliedstaaten im Elektrizitätsbinnenmarkt auch noch im Fall *Essent Belgium NV/ VREG.* Die Schlussanträge in diesem Fall wurden bereits am 08.05.2013 gehalten, die Entscheidung steht aber noch aus. Da die Schlussanträge vor denen im Fall *Ålands Vindkraft* und ebenfalls von GA Bot gehalten wurden, lohnt sich auch hier ein kritischer Blick in die Argumentation des GA, zumal sich der GA in seinen Schlussanträgen im Fall *Ålands Vindkraft* (vgl. dort Rn. 53, 74 und 79) auf seine Ausführungen im Fall *Essent* bezieht und die Schlussanträge in beiden Fällen argumentativ ähnlich aufgebaut sind.

[33] So im Ergebnis auch: *R. Scholz / C. Moench / B. Herz*, Verfassungs- und europarechtliche Grundsatzfragen einer EEG-Reform, 2014, S. 136. Die Autoren sehen die Beschränkung des Fördersystems als erforderlich an und verneinen die Geeignetheit des Mittels im Falle einer Öffnung. Sie argumentieren insbesondere mit dem Inhalt der Richtlinie 2009/28/EG, der diskriminierende Fördersysteme ausdrücklich zulässt.

I. Ausgangssachverhalt

In einem Dekret vom 17.07.2000 wurden in Belgien für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien grüne Zertifikate eingeführt, einhergehend mit der Pflicht von Stromversorgern, eine bestimmte Anzahl dieser grünen Zertifikate zu erwerben. Am 05.03.2004 erfolgte ein Erlass mit dem Inhalt, dass Herkunftsnachweise aus anderen Ländern grundsätzlich im flämischen System als grüne Zertifikate fungieren konnten. Gleichzeitig sollten jedoch die ausländischen Herkunftsnachweise prinzipiell von der zuständigen Behörde (VREG) als „inakzeptabel" eingestuft werden und somit nicht dazu dienen, die Verpflichtung zum Erwerb grüner Zertifikate zu erfüllen. Der hier betroffene Kläger, Essent Belgium NV, ein Stromversorger, war verpflichtet, eine bestimmte Anzahl grüner Zertifikate zu kaufen. Er erwarb unter anderem auch Herkunftsnachweise von Erzeugern aus den Niederlanden, Norwegen und Dänemark und legte diese bei der VREG vor. Diese erkannte die Herkunftsnachweise nicht als grüne Zertifikate an und belegte das Unternehmen Essent Belgium mit Geldbußen. Das Unternehmen klagte dagegen, das nationale Gericht setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH den Fall vor.

Eine der Vorlagefragen lautet, ob eine nationale Regelung wie die flämische Regelung mit Art. 28 EGV [entspricht wortgleich dem heutigen Art. 34 AEUV] und Art. 11 des EWR-Abkommens und/oder Art. 30 EGV [entspricht wortgleich dem heutigen Art. 36 AEUV] und Art. 13 des EWR-Abkommens zu vereinbaren ist. Dabei wird insbesondere Bezug darauf genommen, dass die Regelung Herkunftsnachweise aus anderen Ländern zwar erlaube, aber in den hier vorliegenden Fällen die aus Norwegen, den Niederlanden, Dänemark und Schweden stammenden Herkunftsnachweise in Ermangelung von Durchführungsmaßnahmen der flämischen Regierung nicht akzeptiert wurden.

II. Wie sieht es der GA?[34]

Im Ergebnis kommt der GA Bot zu dem Schluss, dass Art. 5 RL 2001/77/EG derartigen nationalen Förderregelungen nicht entgegensteht (hierzu unter a). Er sieht jedoch Art. 28 AEUV als beeinträchtigt an und verneint eine Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes (hierzu unter b).

1. Wie ist die RL 2001/77/EG auszulegen?

In diesem Verfahren ist im Gegensatz zum Verfahren in Sachen *Ålands Vindkraft* noch die Erneuerbaren-Strom-Richtlinie 2001/77/EG maßgeblich, die im Jahre 2009 durch die EE-RL er-

[34] GA Yves Bot, 08.05.2013, Verbundene Rechtssachen C-204/12 bis 208/12.

setzt wurde. Art. 5 RL 2001/77/EG sah vor, ein System von Herkunftsnachweisen einzuführen[35]. Diese sollten aber keine Auswirkungen auf die nationalen Fördersysteme in den Mitgliedstaaten haben, sondern nur als Nachweis gegenüber dem Verbraucher dienen, um den Handel mit EE-Strom zu ermöglichen[36]. Nach Auffassung des GA setzt diese Richtlinie nicht voraus, dass ausländisch erzeugter Strom berücksichtigt werden muss. Zum einen werde in der RL klar zwischen Herkunftsnachweisen und nationalen Fördermechanismen (z.B. durch Zertifikate) unterschieden (Rn. 55). Zum anderen strebe die RL keine vollständige Harmonisierung des gemeinsamen Marktes an (Rn. 58). Ein Verstoß der nationalen Förderregelung gegen die Richtlinie 2001/77/EG wird demnach verneint.

2. Wie sind die Art. 28, 30 EGV [heute Art. 34, 36 AEUV] auszulegen?

a) Wird der freie Warenverkehr beschränkt?

Eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit sei zu bejahen, da eine Begünstigung der nationalen Grünstromerzeuger im Verhältnis zu anderen Grünstromerzeugern, die keine Förderung erhalten, vorliegen würde. Hier werde die Einfuhr von fremdem Grünstrom verhindert, da dieser nach dem flämischen System nicht zur Erfüllung der vorgegebenen Quote dienen könne. Dies stelle eine Diskriminierung dar, da ein bloßes Anknüpfen an die jeweilige geographische Herkunft vorliege.

[35] Wortlaut der Norm: *(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass spätestens zum 27.Oktober 2003 die Herkunft des aus erneuerbaren Energiequellen erzeugten Stroms als solcher im Sinne dieser Richtlinie nach von den einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien garantiert werden kann. Sie sorgen dafür, dass zu diesem Zweck auf Antrag ein Herkunftsnachweis ausgestellt wird.*
(2) Die Mitgliedstaaten können eine oder mehrere in Bezug auf die Stromerzeugung und -verteilung unabhängige und fachlich befähigte Stellen benennen, die die Ausstellung der Herkunftsnachweise überwachen.
(3) Die Herkunftsnachweise
- müssen Angaben zur Energiequelle, aus der der Strom erzeugt wurde, zu Zeitpunkt und Ort der Erzeugung sowie bei Wasserkraftanlagen die Angabe der Leistung enthalten;
- müssen Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energiequellen den Nachweis ermöglichen, dass der von ihnen verkaufte Strom aus erneuerbaren Energiequellen im Sinne dieser Richtlinie stammt.
(4) Die gemäß Absatz 2 ausgestellten Herkunftsnachweise sollten von den Mitgliedstaaten ausschließlich als Nachweis der in Absatz 3 genannten Punkte gegenseitig anerkannt werden.
[36] Vgl. Erwägungsgrund 11 RL/2001/77/EG, Abl. L 283/33, 27.10.2001.

b) Kann diese Beschränkung gerechtfertigt werden?

GA Bot geht davon aus, dass die Rechtfertigung einer diskriminierenden Maßnahme[37] durch den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des Umweltschutzes[38] möglich sein kann (Rn. 100 ff.). Damit folgt er überzeugenderweise der Rechtsprechungsentwicklung des EuGH, wonach der Unterschied zwischen diskriminierenden und unterschiedslosen Maßnahmen bezüglich der Anwendbarkeit der geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nach und nach schwindet[39]. Gestützt auf folgende Gründe lehnt GA Bot die Rechtfertigung jedoch ab:

- Die Argumente aus *PreussenElektra* (Hemmnisse des Elektrizitätshandels sowie Eigenart der Elektrizität nach Einspeisung) seien jetzt nicht mehr haltbar, da zum einen die Liberalisierung des Strommarktes fortgeschritten sei und zum anderen Herkunftsnachweise eingeführt wurden (Rn. 101 ff.).
- Das Argument der Verringerung von Treibhausgasen greife hier nicht, da Elektrizität aus erneuerbaren Energien, die anderswo erzeugt werde, ebenfalls dazu beitrage (Rn. 104).
- Das Verursachungsprinzip, wonach Umweltbeeinträchtigungen nach Möglichkeit an ihrem Ursprung zu bekämpfen sind, könne eine Diskriminierung von EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten nicht rechtfertigen (Rn. 105).
- Die Energieversorgungssicherheit könne hier nicht angeführt werden, da die interne Versorgungssicherheit durch den Ausbau netzübergreifender Verbundsysteme verbessert werden könne (Rn. 106).
- Das Argument, dass die RL 2001/77/EG nationale Ziele festlege, deren Einhaltung bei Öffnung der Fördersysteme gefährdet seien, überzeuge nicht, da mit Zustimmung des ausführenden Mitgliedstaats auch eingeführter Grünstrom zur Erreichung der nationalen Ziele angeführt werden könne (Rn. 107 ff.).
- Die flämische Regelung verwische den Unterschied zwischen grünen Zertifikaten und Herkunftsnachweisen und verwende die Herkunftsnachweise allein zum Nutzen des flämischen Systems (Rn. 112 f.).

Auf Grundlage vorgenannter Erwägungsgründe kommt der GA zum Ergebnis, dass Art. 5 der RL 2001/77/EG der flämischen Regelung zwar nicht entgegenstehe. Allerdings verstoße die

[37] Zum Begriff der Diskriminierung: *J. Scherb* in J. Bergmann, Handlexikon der EU, 4. Auflage, → Diskriminierung: *„Bei der unmittelbaren Diskriminierung wird nach der Staatsangehörigkeit unterschieden und der Angehörige aus einem anderen Mitgliedstaat entsprechend benachteiligt.“*; zum Streitstand: Siehe mit weiteren Nachweisen: *W. Schroeder* in R. Streinz, AEUV-Kommentar, 2. Auflage, Art. 36 AEUV, Rn. 33, 34.

[38] Siehe dazu die ständige Rechtsprechung des EuGH: *„Der Umweltschutz stellt somit ein zwingendes Erfordernis dar, das die Anwendung des Artikels 30 EWG-Vertrag einschränken kann.“* EuGH, C-302/86 (Pfandflaschen, Dänemark), Urteil vom 20.09.1988, Rn. 9. Bestätigt in den Urteilen C-2/90 (Abfall Wallonien) sowie C-463/01 (Dosenpfand in Deutschland).

[39] Die Entwicklung geht dahin, dass eine Rechtfertigung von diskriminierenden Maßnahmen aus zwingenden Gründen in Betracht kommt. So z.B. in den Fällen: C-2/90, Rn. 34 (Belgische Abfälle); C-120/95 (Decker), Rn. 39; C-379/98, Rn. 73 (Preussen Elektra).

Regelung gegen die Warenverkehrsfreiheit, da sie auf diskriminierende Weise den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige, ohne durch zwingende Erfordernisse des Umweltschutzes gerechtfertigt zu sein (Rn. 116).

III. Bewertung

Im Folgenden sollen die einzelnen vom GA in Schlussanträgen vorgebrachten Argumente kritisch begutachtet werden. Zur besseren Orientierung innerhalb der Schlussanträge werden die Themenkomplexe in der vom GA vorgebrachten Reihenfolge behandelt.

1. Aufgabe von PreussenElektra?

Laut GA Bot könnten die Argumente aus *PreussenElektra* (Hemmnisse des Elektrizitätshandels sowie Eigenart der Elektrizität nach Einspeisung) jetzt nicht mehr gelten, da zum einen die Liberalisierung des Strommarktes fortgeschritten sei und zum anderen Herkunftsnachweise eingeführt wurden.

Für diese Auffassung spricht, dass sich zum für das Verfahren maßgeblichen Zeitpunkt der „gegenwärtige Stand des Gemeinschaftsrechts“ tatsächlich seit 2001 verändert hatte. Im Jahr 2003 wurde das zweite Elektrizitätsbinnenmarktpaket (insb. mit RL 2003/54/EG) erlassen. Darüber hinaus wurde schon mit der RL 2001/77/EG ein System der Herkunftsnachweise eingeführt, wodurch die grüne Eigenschaft von Strom nachvollziehbar und der Handel mit Grünstrom möglich ist.

Allerdings gibt es gute Gründe, die gegen die Auffassung des GA sprechen. Denn es ist bereits fraglich, ob die Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarktes überhaupt so weit fortgeschritten ist, dass von einem funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt ausgegangen werden kann. Hierzu wurde bereits im Zuge der kritischen Würdigung der Schlussanträge in Sachen *Ålands Vindkraft* Stellung genommen (vgl. im Abschnitt D unter Punkt III.2.a). Daher kann an dieser Stelle auf weitergehende Ausführungen verzichtet werden, zumal im Fall *Essent* ein noch früheres Stadium des Elektrizitätsbinnenmarkts den Bezugspunkt der Argumentation darstellt.

2. Klima- und Umweltschutz

Laut GA Bot kann das Argument der Verringerung von Treibhausgasen nicht angeführt werden, da Elektrizität, die anderswo erzeugt werde, ebenfalls zur Verringerung der Abgase in der betroffenen Region beitrage. Auch der Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen seien grundsätzlich an ihrem Ursprung zu bekämpfen, würde dieses Argument nicht stützen. Grund dafür sei die Diskriminierung, die von der Beschränkung auf nationale Maßnahmen ausgehe.

Dagegen kann eingewendet werden, dass es durchaus denkbar ist, dass die Förderung für Strom aus erneuerbaren Energien geringer ausfallen wird, wenn der Kreis der zu fördernden Maßnahmen größer und für den betroffenen Mitgliedstaat unkontrollierbar wird. Im Fall einer geringeren Förderung erneuerbarer Energien besteht die Gefahr, dass sich der Anteil von fossilen Energieträgern erhöht. Die Konsequenz, dass auch anderswo produzierter grüner Strom die Treibhausgasemissionen innerhalb der EU insgesamt reduziert, ist somit nicht zwingend. Darüber hinaus ist der Grundsatz des Ursprungs, wie zum Beispiel in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankert, ein wesentlicher Grundsatz des europäischen Umweltrechts[40]. Danach soll jedes Land seine „eigenen" Verschmutzungen und Beeinträchtigungen möglichst weitgehend selbst beseitigen bzw. dafür aufkommen. Wenn man diesen Grundsatz hier ablehnt, besteht die Gefahr, dass sich manche Staaten weniger anstrengen, den Schutz zu erreichen, da sie auf die Anstrengungen anderer Staaten bauen. In diesem Fall wäre ein Ablehnen des Grundsatzes kontraproduktiv.

3. Energieversorgungssicherheit

Der GA vertritt die Ansicht, dass das Ziel der Energieversorgungssicherheit hier nicht als Rechtfertigungsgrund der Beschränkung der Förderung auf im Inland erzeugten EE-Strom angeführt werden könne. So könne insbesondere die interne Versorgungssicherheit eines Mitgliedstaats durch den Ausbau netzübergreifender Verbundsysteme verbessert werden. Dieses Argument ist – jenseits technischer Restriktionen des sicheren Netzbetriebes – in der Theorie nicht von der Hand zu weisen, da eine bessere Vernetzung die Sicherheit grundsätzlich erhöht. Allerdings ist auch hier wiederum zu beachten, dass die Vernetzung innerhalb der Union noch nicht so weit fortgeschritten ist, dass ein problemloser grenzüberschreitender Handel mit Strom aus erneuerbaren Energien möglich ist[41]. Der wesentliche Unterschied von Strom aus erneuerbaren Energien und konventionellem Strom besteht in der fluktuierenden Erzeugung[42]. Hierdurch können insbesondere in Zeiten hoher Einspeisung von EE-Strom Netzengpässe an den Grenzkuppelstellen entstehen. Zum Engpassmanagement an den Grenzkuppelstellen hat die Union eigens eine Verordnung geschaffen, die sich auch mit den Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel befasst und den Übertragungsnetzbetreibern Vorgaben zur Verteilung der beschränkten Kapazität mittels Auktionen macht[43]. Sowohl über den Unterschied zwischen konventionellem und Strom aus erneuerbaren Energien als auch über den tatsächlichen und nicht nur theoretischen Zustand des grenzüberschreitenden Stromhandels geht GA Bot einfach hinweg (Rn. 106).

[40] Siehe dazu mit weiteren Nachweisen: *M. Nettesheim* in E. Grabitz / M. Hilf / ders., Das Recht der Europäischen Union, 52. EL 2014, Art. 191 AEUV, Rn. 105-106.

[41] Vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission vom 28.05.2014, COM (2014) 330 final zur „European Energy Security Strategy", S. 8 ff, worin die Erforderlichkeit des Ausbaus betont wird.

[42] Insofern geht auch der Verweis des GA auf den „externen Aspekt" der Energieversorgungssicherheit in Bezug auf konventionelle Energiequellen fehl.

[43] Vgl. Art. 16 i.V.m. Anhang 1 Nr. 2 VO (EG) Nr. 714/2009.

4. Erreichen der nationalen Ziele

Das Argument, dass die RL 2001/77/EG indikative nationale Ziele in Bezug auf den Anteil erneuerbarer Energien festlege, deren Einhaltung bei Öffnung der Fördersysteme gefährdet sei, überzeugt GA Bot nicht, da auch eingeführter Grünstrom zur Erreichung der nationalen Ziele angeführt werden könne. Zwar ergebe sich dies nicht direkt aus der Richtlinie; die Kommission habe dies jedoch in einer Mitteilung aus dem Jahr 2004 klargestellt. Voraussetzung ist allerdings, dass der exportierende Staat ausdrücklich erklärt, dass er den grünen Strom nicht doppelt verwenden wird: „*Ein Mitgliedstaat kann einen Beitrag von Einfuhren aus einem anderen Mitgliedstaat nur dann einbeziehen, wenn der ausführende Mitgliedstaat ausdrücklich akzeptiert und im Herkunftsnachweis festgehalten hat, dass er die betreffende Menge von Strom aus erneuerbaren Energien nicht verwenden wird, um seine eigenen Ziele zu erreichen und damit zugestimmt hat, dass die fragliche Strommenge auf die Ziele des einführenden Mitgliedstaates angerechnet wird*“[44]. Daraus folgt, dass eine Doppelverwertung grundsätzlich nicht stattfindet und der Import-Staat die Menge nur werten darf, wenn der Export-Staat ausdrücklich zugestimmt hat. Diese theoretische Möglichkeit einer völkerrechtlichen Vereinbarung zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten reicht dem GA bereits aus, um auszuschließen, dass keine Gefährdung der nationalen Ziele vorliegen könne. In der Konsequenz hieße dies jedoch, dass die Mitgliedstaaten EE-Strom, der in anderen Mitgliedstaaten produziert wurde, zunächst finanziell fördern müssten, ohne sicher zu sein, ob und unter welchen Bedingungen eine solche Vereinbarung künftig zustande kommt. Welche Schwierigkeiten im Einzelnen mit solchen Vereinbarungen verbunden sind, zeigen exemplarisch die bisherigen Erfahrungen mit der Einführung der Kooperativen Mechanismen nach der EE-RL 2009/28/EG. Von der dort vorgesehenen Möglichkeit, zwischenstaatliche Vereinbarungen zur gemeinsamen Zielerreichung zu schließen, wurde bislang kaum Gebrauch gemacht. Die Kommission hat mittlerweile Leitlinien zur Nutzung der Kooperativen Mechanismen erstellt, die Anschauungsmaterial für die Komplexität solcher Vereinbarungen bieten[45]. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, besteht wiederum ein Zusammenhang mit einem bereits genannten Argument: Der betroffene Mitgliedstaat könnte gezwungen sein, die Förderung herunter zu fahren, um die Kostenkontrolle zu behalten.

5. Vermischung von Herkunftsnachweisen und Zertifikaten

Argumentativ zu folgen ist GA Bot insoweit, als er der flämischen Regelung vorwirft, den in der RL 2001/77/EG deutlich angelegten Unterschied zwischen Zertifikaten und Herkunftsnachweisen zu verwischen, indem die Herkunftsnachweise entgegen ihrer Funktion nach Art. 5 RL 2001/77/EG allein zum Nutzen des flämischen Systems in grüne Zertifikate umgewandelt

[44] KOM(2004) 366 endgültig, 26.5.2004, Mitteilung der Kommission an den Rat und das EP, „Der Anteil erneuerbarer Energien in der EU“, S. 20.
[45] COM SWD (2013) 440 final, Guidance on the use of renewable energy cooperation mechanism.

würden. Dies steht jedoch dem Sinn und Zweck von Herkunftsnachweisen nach der RL 2001/77/EG entgegen, die gerade den grenzüberschreitenden Handel mit EE-Strom ermöglichen sollen, indem sie gegenüber dem Letztverbraucher als Nachweis über die grüne Eigenschaft des Stroms dienen. Nach dem System der RL 2001/77/EG sind somit Herkunftsnachweise und grüne Zertifikate streng voneinander zu trennen[46]. Damit verstößt die flämische Regelung entgegen der Schlussfolgerung von Bot aber bereits gegen Art. 5 RL 2001/77/EG. Der Rückgriff auf die primärrechtliche Warenverkehrsfreiheit wäre somit nicht nötig gewesen und führt zur Verwirrung. Denn es bleibt nach der Argumentation von GA Bot unklar, ob er nur im konkreten Fall der Vermischung von Herkunftsnachweisen und Zertifikaten nach der flämischen Regelung einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit sieht oder generell Fördersysteme mit grünen Zertifikaten als primärrechtswidrig einordnet, wenn diese nicht für EE-Strom aus anderen Mitgliedstaaten geöffnet sind.

IV. Zusammenfassung

Der GA kommt zu dem Schluss, dass die flämische Regelung keinen Verstoß gegen die RL 2001/77/EG beinhaltet, aber einen Verstoß gegen das Primärrecht. Eine Rechtfertigung der Verletzung der Warenverkehrsfreiheit kommt nach Auffassung des GA nicht in Betracht. Dies überzeugt jedoch, wie gezeigt, aus mehreren Gründen nicht. Da die flämische Regelung nach hier vertretener Auffassung bereits gegen Art. 5 RL 2001/77/RG verstößt, wäre ein Rückgriff auf die Warenverkehrsfreiheit zudem überhaupt nicht erforderlich gewesen und stiftet über den flämischen Einzelfall hinaus unnötig Verwirrung bezüglich der Frage nach der Vereinbarkeit von Zertifikatssystemen mit der Warenverkehrsfreiheit.

F. Ausblick

Im Gegensatz zur ebenfalls anstehenden Entscheidung in Sachen *Essent Belgium,* ist die Entscheidung des EuGH in Sachen *Ålands Vindkraft* bereits für den 01.07.2014 terminiert und birgt eine ungleich größere Sprengkraft für die übrigen Förderregelungen in der Union. Daher soll an dieser Stelle ein Ausblick auf die Entscheidungsmöglichkeiten des EuGH in diesem Fall gegeben werden und deren möglicher Übertragbarkeit auf andere Förderregelungen gegeben werden.

Der EuGH ist an die Schlussanträge des GA nicht gebunden. Er kann die Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Primärrecht und auch die Vereinbarkeit der nationalen Maßnahmen mit dem Sekundärrecht bejahen oder verneinen. Der EuGH kann also im Sinne der vorstehend vertretenen Auffassung entscheiden und sowohl Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL als auch die schwedische Regelung aufrecht erhalten.

[46] Vgl. Erwägungsgrund 11 RL 2001/77/EG. *„Es ist wichtig, klar zwischen Herkunftsnachweisen und handelbaren grünen Zertifikaten zu unterscheiden.“*

Ebenfalls diskutiert wird, den entscheidenden Artikel der Richtlinie primärrechtskonform zu interpretieren. „*Ein gangbarer Mittelweg könnte hier in einer einschränkenden Interpretation von Art. 3 III UAbs. 2 EE-RL liegen. Danach könnten die Mitgliedstaten sich auf die Norm (nur) so lange berufen, wie die verbindlichen nationalen Gesamtziele der EE-RL für den Anteil erneuerbarer Energien am Bruttoendenergieverbrauch im Jahr 2020 noch nicht realisiert sind*."[47] Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist eine solche primärrechtskonforme Auslegung grundsätzlich der Unwirksamkeitserklärung vorzugswürdig: „*Gestattet eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts mehr als eine Auslegung, so ist nach Auffassung des Gerichtshofes die Auslegung, bei der die Bestimmung mit dem Vertrag vereinbar ist, derjenigen vorzuziehen, die zur Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Vertrag führt.*[48]" Ist also eine Auslegung möglich, die zur Vereinbarkeit der Regelung mit dem Europarecht führt, dann hat diese Auslegung Vorrang. Auch eine Entscheidung des EuGH im Sinne dieser Ansicht entspräche der Normenhierarchie und würde den Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers beachten.

Falls der EuGH dem Antrag des GAs folgt, würde die RL 2009/28/EG grundsätzlich bestehen bleiben, mit der Ausnahme des Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EE-RL, der gestrichen werden müsste. Würde diese Vorschrift für ungültig erklärt werden, ist die daraus folgende Konsequenz fraglich: Dürften die Mitgliedstaaten dann in Bezug auf die Förderregelungen keine territorialen Beschränkungen mehr festsetzen? Gilt diese Einschränkung nur für grüne Zertifikate oder für alle Förderregelungen und damit auch für Regelungen mit Einspeisetarifen und Einspeiseprämien?

Zur Frage der Übertragbarkeit der nahenden Entscheidung auf andere Fördersysteme wird bereits jetzt zum Teil vertreten, dass es sich bei Åland um eine sehr spezifische Fallkonstellation handele, die speziell auf die Fördersysteme mit Zertifikaten gerichtet sei: „*They do no suggest that principally European Law requires Member States to open up their support schemes*"[49]. Zum Teil wird die Frage der Vereinbarkeit aber auch auf alle Arten der Förderung ausgeweitet: „*Sind territoriale Beschränkungen des Zugangs zu den nationalen Förderregelungen für die grüne Energie mit den Anforderungen des Grundsatzes des freien Warenverkehrs vereinbar?*"[50] ist laut *C. Koenig* die entscheidende Frage für den EuGH. So kommt auch *J. Gundel* zu dem Ergebnis, dass „ … *man angesichts der erreichten Größenordnung des Anteils der*

[47] *M. Ludwigs*, Die Förderung erneuerbarer Energien im doppelten Zangengriff des Unionsrechts, EuZW 2014, S. 202. Ebenfalls als Ansatz, aber im Ergebnis ablehnend, erwähnt dies *J. Gundel,* Die Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit für die Förderung erneuerbarer Energien – Neue Lösungen für ein altes Problem?, EnWZ 2014, S. 104.

[48] EuGH C-218/82, Urteil vom 13.12.1983, Rn. 15.

[49] *D. Fouqet / J. Nysten*, European Energy Journal, Vol. 3, Issue 3, 07/2013, p. 79.

[50] *C. Koenig,* Energiewirtschaft, Newsletter 1/2014, S. 4. Er beantwortet diese Frage nicht, lässt jedoch erahnen, dass er die Argumentation von GA Bot durchaus für nachvollziehbar hält.

erneuerbaren Energien nun formulieren [wird] müssen, dass es eine Vollendung des Energiebinnenmarktes ohne ein diskriminierungsfreies Regime der Erneuerbaren-Förderung nicht geben wird“[51].

Ob und wie der EuGH diese Kernfrage danach, was zuerst stattfinden sollte, eine Öffnung der Fördersysteme oder die Verwirklichung des Elektrizitätsbinnenmarkts mittels der erforderlichen Netzinfrastruktur, beantworten wird, darf insofern mit Spannung erwartet werden.

[51] *J. Gundel*, EnWZ 2014, Die Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit für die Förderung erneuerbarer Energien – Neue Lösungen für ein altes Problem?, S. 106.