

Veröffentlichungen des Instituts
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht
der Freien Universität Berlin

29

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Lydia Scholz

Die Rechtfertigung
von diskriminierenden
umweltpolitischen
Steuerungsinstrumenten

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung: Problemstellung und Gang der Untersuchung

A. Problemstellung

Nach dem vierten Sachstandsbericht des Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)¹ gilt es als gesicherte Erkenntnis, dass der Klimawandel bzw. die Klimaerwärmung auf menschliches Verhalten zurückzuführen ist.² Die an der UN-Klimakonferenz auf Bali im Dezember 2007 und in Kopenhagen im Dezember 2009 teilnehmenden Vertragsstaaten gehen in ihrem Aktionsplan von der Eindeutigkeit dieser Feststellung aus.³ Nach dem Sachstandsbericht des IPCC sei der Anstieg der Konzentration von Treibhausgasen in der Erdatmosphäre als ursächlich für den Klimawandel anzusehen, der seit Beginn des Industriezeitalters nicht mehr nur auf natürlichen Ursachen, sondern auch auf menschlichem Verhalten beruht.⁴ Treibhausgase verminderten die Rückstrahlung der einfallenden Sonnenenergie ins All und trügen so zur Erwärmung der Atmosphäre bei.⁵ Als Folge dieser Erwärmung würden Klimaänderungen ausgelöst.⁶ Beschrieben werden in dem Bericht des IPCC die weitreichenden ökologischen und ökonomischen Folgen der Klimaänderungen.⁷ Mit steigender Temperatur sinke die Anpassungsfähigkeit der Ökosysteme an die Folgen des Klimawandels. Diese bestünden unter anderem in einer Verknappung der Wasserressourcen, einer

1 Das Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) ist ein zwischenstaatlicher Ausschuss, der 1988 vom United Nations Environmental Program (UNEP) und von der World Meteorological Organization (WMO) eingerichtet wurde.

2 IPCC, Climate Change 2007: Synthesis Report – An Assessment of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007, S. 37. Die Sicherheit dieser Erkenntnis ist unter Wissenschaftlern umstritten, vgl. beispielsweise Lüdecke, Klimawandel und menschgemachtes CO₂ – Über den Einfluss von anthropogenem CO₂ auf unser Klima, online unter: http://www.oekologismus.de/wp-content/upload/CO2_Bericht.pdf (abgerufen am 04.03.2007). Vgl. hierzu Lefevere, S. 171, 173 ff.

3 Aktionsplan von Bali Action Plan, Decision -/CP.13, 2007, Vorbestimmungen, online unter: http://www.bmu.bund.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/bali_aktionsplan.pdf (abgerufen am 15.01.2011). Ebenso Copenhagen Accord, Decision -/CP.15 vom 18.12.2009, 2, online unter: http://www.bmu.bund.de/files/english/pdf/application/pdf/cop15_cph_auv_bf.pdf (abgerufen am 15.01.2011).

4 IPCC, S. 36 f. Dies ist jedoch nicht unumstritten: vgl. Lüdecke, S. 1 ff.

5 Grunwald, S. 496.

6 Grunwald, S. 497; IPCC, S. 44 ff.

7 IPCC, S. 44 ff.

erheblichen Verringerung der Artenvielfalt und einem Rückgang der verfügbaren Nahrungsmittel.⁸

Vor diesem Hintergrund kommt einer auf die Verringerung von Emissionen ausgerichteten Klima- und Umweltschutzpolitik ein immer größerer Stellenwert zu.⁹ Eine solche dem Umweltschutz dienende Emissionsänderung kann durch eine Änderung des Verhaltens emittierender Akteure erzielt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gemäß dem Sachstandsbericht des IPCC das Kohlendioxid als das Treibhausgas gilt, das maßgeblich den Klimawandel verursacht.¹⁰ Kohlendioxid entsteht bei der Erzeugung von Elektrizität aus fossilen Brennstoffen, der die Europäische Kommission 80 Prozent aller Treibhausgasemissionen zurechnet und die sie demzufolge als Hauptursache des Klimawandels ansieht.¹¹ Dies zugrunde gelegt, trägt eine Verringerung der Kohlendioxidemissionen bei der Elektrizitätserzeugung zum Umweltschutz bei.

Ein solches umweltschützendes bzw. –schonendes Verhalten ist in einem von Wettbewerb geprägten Wirtschaftssystem jedoch kein Automatismus. Dies gilt zumindest dann, wenn das Unterlassen umweltschädigender Verhaltensweisen oder die Vornahme umweltschonender Handlungen für den einzelnen Akteur mit höheren Kosten verbunden ist und dementsprechend einer mikroökonomischen Rationalität zuwiderläuft.¹² Um dennoch ein umweltschonendes Verhalten bei emittierenden Akteuren wie Elektrizitätserzeugern herbeizuführen, kann sich der Gesetzgeber umweltpolitischer Instrumente bedienen, um so beispielsweise einen Anreiz für eine emissionsarme Elektrizitätserzeugung zu setzen. Der nationale Gesetzgeber hat hierbei neben dem Verfassungsrecht das Europarecht

8 IPCC, S. 46, 51.

9 So u. a. Europäische Kommission, KOM(2008) 19 endg., S. 4; ebenso bereits Gent, S. 19. Dementsprechend führt die Bundesregierung in ihrem Eckpunktepapier zum Energiekonzept 2011 aus, dass Deutschland die gesellschaftliche Grundentscheidung getroffen habe, seine Energieversorgung künftig aus erneuerbaren Energiequellen zu decken und die Treibhausgasemissionen bis 2020 um 40 %, bis 2030 um 55 %, bis 2040 um 70 % und bis 2050 um 80 % bis 95 % jeweils gegenüber 1990 zu reduzieren (so Eckpunktepapier der Bundesregierung, Der Weg zur Energie der Zukunft – sicher, bezahlbar und umweltfreundlich, Ziffer 2 und 7, online unter <http://www.bmu.de/energiewende/doc/47465.php> (abgerufen am 15.06.2011). Ebenso Bundesregierung, Erfahrungsbericht vom 6. Juni 2011 zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG-Erfahrungsbericht) gemäß § 65 EEG, S. 3, online unter http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/eeg_erafahrungsbericht_2011_bf.pdf (abgerufen am 15.06.2011).

10 IPCC, S. 36f. Kohlendioxid, CO_2 , ist ein Gas, das bei allen Verbrennungs- und Atmungsvorgängen entsteht, indem sich zwei Sauerstoffatome aus der Luft mit einem Kohlenstoffatom verbinden, das beim Verbrennen von kohlenstoffreichen Verbindungen wie Holz, Kohle, Öl oder Erdgas freigesetzt wird.

11 Mitteilung der Kommission, KOM (2007) 1 endg., S. 3.

12 Klöpfer, § 1 Rn. 5, und Manstetten, S. 268, zeigen im Ergebnis, dass das Leitbild für Entscheidungen in der Regel eine ökonomische Rationalität ist. Vgl. hierzu Teil I: A. I. 2.

als höherrangiges Recht zu beachten. Da politische Instrumente zum Schutz der Umwelt in der Regel in das durch freien und unverfälschten Wettbewerb geprägte Binnenmarktgefüge eingreifen, werden dem Rechtsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers insbesondere durch das Europäische Binnenmarktrecht, das auch die Warenverkehrsfreiheit umfasst, Grenzen gesetzt. Für eine europarechts- und insbesondere binnenmarktkonforme nationale Umweltgesetzgebung gilt es daher, die Grenze zwischen dem Grundsatz des freien Warenverkehrs und den Erfordernissen des Umweltschutzes zu kennen. Diese zu bestimmen und der Frage nachzugehen, inwieweit nach dem gegenwärtigen Stand des Unionsrechts der freie Verkehr von Waren auf dem Binnenmarkt aus Gründen des Umweltschutzes beeinträchtigt werden darf, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Die Untersuchung erfolgt am Beispiel der deutschen Energiefördergesetze EEG¹³ und KWKModG¹⁴. Das EEG ist in dieser Fassung am 1. Januar 2009 in Kraft getreten und hat das EEG 2004 abgelöst.¹⁵ EEG und KWKModG sehen für die kohlendioxidfreie bzw. -ärmere Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien und mittels Kraft-Wärme-Kopplung finanzielle Anreize vor und zählen daher zu den Instrumenten zum Schutz der Umwelt bei der Elektrizitätserzeugung. Da diese Förderung nur für die Elektrizitätserzeugung auf deutschem Hoheitsgebiet gilt und nicht für eine vergleichbar umweltfreundliche Elektrizitätserzeugung in anderen Mitgliedstaaten, sind beide Gesetze der Kritik ausgesetzt, die Freiheit des Warenverkehrs in diskriminierender Weise zu beeinträchtigen. Demzufolge drängt sich die Frage auf, ob der nationale Gesetzgeber hier die Grenze zwischen freiem Warenverkehr und Umweltschutz verkannt hat.

Dieser Problemkreis ist auch nach Erlass des PreussenElektra-Urteils¹⁶ des EuGH im Jahr 2001 nicht obsolet geworden. Bereits in diesem Urteil nahm der EuGH zum Spannungsfeld zwischen Warenverkehrsfreiheit und Umweltschutz im Hinblick auf ein deutsches Energiefördergesetz Stellung. Dem lag die vom Landgericht Kiel¹⁷ gemäß Art. 267 AEUV vorgelegte Frage zugrunde, ob die Fördersystematik des StrEG mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar sei.¹⁸ Diese Fördersystematik des StrEG galt vor Inkrafttreten der EEG-Vorläufergesetze, dem EEG 2000 und dem EEG 2004. § 2 StrEG verpflichtete Elektrizitätsversor-

13 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634) geändert worden ist.

14 Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 19. März 2002 (BGBl. I S. 1092), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1634) geändert worden ist.

15 Art. 7 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften, BT-Drs. 16/8148 vom 18.02.2008, S. 25.

16 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 68 ff.

17 LG Kiel, Beschluss vom 01.09.1998, RdE 1999, 116 = EuZW 1999, 29.

18 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 68 ff.

gungsunternehmen mit einem Netz für die allgemeine Versorgung, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und den Strom zu einem in § 3 StrEG geregelten Mindestpreis zu vergüten. Damit war die Förderung auf Strom beschränkt, der im Versorgungsgebiet dieser Elektrizitätsversorgungsunternehmen erzeugt wurde. Zusätzlich enthielt § 1 Abs. 1 StrEG ebenso wie § 2 Nr. 1 EEG und § 2 KWKModG eine Regelung, die den Anwendungsbereich des StrEG auf Strom aus dem Geltungsbereich des Gesetzes und damit auf das deutsche Hoheitsgebiet begrenzte. Folglich war Betreibern von Anlagen, die in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Strom aus erneuerbaren Energiequellen erzeugten, der Zugang zur Förderung verwehrt.

Neben der Frage, ob es sich um eine staatliche Beihilfe handele, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zu einer Vergütung von Strom zu Mindestpreisen über dem Marktpreis bestehe, wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die in Art. 30 EGV (nunmehr Art. 34 AEUV) geregelte Warenverkehrsfreiheit dem Fördersystem des StrEG entgegenstehe. Der EuGH beurteilte das Fördersystem des StrEG als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung.¹⁹ Gleichwohl verneinte er „nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt“ einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, da das Fördersystem dem Umweltschutz diene²⁰ und ergriff insofern Partei für den Klima- bzw. Umweltschutz.²¹ Das Fördersystem trage zur Verringerung der Emission von Treibhausgasen bei, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählten.²² Da sich die Europäische Gemeinschaft²³ und

19 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 69–71.

20 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 81. Als „gegenwärtiger“ Stand des Gemeinschaftsrechts im Sinne des Urteils gilt der Stand zum Zeitpunkt des Erlasses am 13.3.2001. Karpenstein/Schneller, RdE 2005, 6, 7f., bezeichnen die vom EuGH verwendete Formel „gegenwärtiger Stand des Gemeinschaftsrechts“ als sibyllisch und als Schlüssel für das Verständnis des Urteils: Die den Mitgliedstaaten gewährte relative Freiheit zur Förderung erneuerbarer Energien ende, sobald der Gemeinschaftsgesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für einen funktionierenden Elektrizitätsbinnenmarkt geschaffen habe. Dieser Frage wird in Teil 2 der Arbeit nachgegangen.

21 So die Bewertung von Gebauer/Wollenteit/Hack, ZNER 2001, 12.

22 EuGH, Rs. C-379/98, (PreussenElektra), Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 73.

23 Die Europäische Union ist nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Wege der Rechtsnachfolge an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten (vgl. hierzu Weber, EuZW 2008, 7). Am 13. Dezember 2007 wurde der Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnet (ABl. EU vom 17.12.2007 Nr. C 306, 1ff. Vgl. hierzu Pernice, EuZW 2008, 65 und Weber, EuZW 2008, 7ff.). Der Vertrag trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Damit einher gingen nicht nur der Erweiterung der Europäischen Union auf 27 Mitgliedstaaten geschuldete institutionelle Reformen, sondern auch eine einheitliche Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union. Für die vorliegende Untersuchung wurde der Begriff der Europäischen Gemeinschaft dann beibehalten, wenn Zitate dargestellt werden.

ihre Mitgliedstaaten zur Bekämpfung der Klimaänderungen verpflichtet hätten, gehöre die Entwicklung der Nutzung erneuerbarer Energien daher zu den vorrangigen Zielen der Europäischen Gemeinschaft.²⁴ Zudem müssten die Erfordernisse des Umweltschutzes gemäß Art. 130r Abs. 1 Uabs. 1 Satz 3 EGV (nunmehr 191 Abs. 2 Uabs. 1 sowie Art. 11 AEUV) bei der Festlegung und Durchführung anderer Unionspolitiken einbezogen werden.²⁵

Im Ergebnis rechtfertigte der EuGH aus Gründen des Umweltschutzes ein formal diskriminierendes Gesetz²⁶ in einer auf den ersten Blick undogmatischen Weise, indem er eine pauschale, an die damaligen Rechts- und Tatsachenverhältnisse anknüpfende Bewertung vornahm.²⁷ Erwägungen für zulässige Warenverkehrshindernisse bei der Umweltgesetzgebung der Mitgliedstaaten²⁸ bzw. eine Richtschnur für das Verhältnis von Warenverkehrsfreiheit und Umweltschutz lässt sich der eher zielgerichteten Argumentation in der PreussenElektra-Entscheidung des EuGH auf den ersten Blick nicht entnehmen. Daher und in Anbetracht des Umstandes, dass sich „der gegenwärtige Stand des Gemeinschaftsrechts (nunmehr Unionsrechts) auf dem Gebiet des Elektrizitätsbinnenmarktes“ seit 2001 durch das Fortschreiten der Liberalisierung mit der EltRL geändert hat, ist die Frage nach einer Grenzbestimmung zwischen freiem Warenverkehr und Umweltschutz nach wie vor von aktueller Bedeutung.

B. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit werden die ökonomischen und ökologischen Aspekte der Elektrizitätserzeugung dargestellt und auf dieser Grundlage die Notwendigkeit einer Verhaltenssteuerung durch den Gesetzgeber herausgearbeitet. Exemplarisch werden die Systematik des EEG und die Systematik des KWKModG als umweltpolitische Steuerungsinstrumente zur Förderung der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien und in Kraft-Wärme-Kopplung sowie deren Auswirkungen auf den Binnenhandel aufgeführt.

24 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 73 f.

25 EuGH, Rs. C-379/98 (PreussenElektra) Urt. v. 13.03.2001, Slg. 2001, I-2099, Rn. 76.

26 Zur diskriminierenden Wirkung durch EEG und KWKModG vgl. Teil 3: B. II. 1. b) cc) (1) und 2. b) bb) (1).

27 So die Beurteilung von Apfelstedt, ZNER 2001, 2. Für Gebauer/Wollenteit/Hack, ZNER 2001, 12, ist der „äußerst knappe, fast beschwörende Duktus der apodiktischen Begründung“ auffallend. Kritisch betrachten auch Schneider in: Schneider/Theobald, 2. Aufl., München 2008, § 21 Rn. 136, und Roggenkamp/Redgwell/Del Guayo/Ronne, S. 243, die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses. Davies in: Chalmers/Davies/Monti, S. 896, bezeichnen die Begründungsweise des EuGH als „context-aware and discursive“.

28 Apfelstedt, ZNER 2001, 2.